

# Het algoritme van de Afdeling: de realiteit van complex bestuursrecht

Johan Wolswinkel\*

De rechtsontwikkeling ten aanzien van geautomatiseerde besluitvorming heeft niet alleen betekenis voor de normering van digitaal bestuur, maar is evenzeer relevant voor andere terreinen van het bestuursrecht waar algoritmische besluitvorming plaatsvindt. Omgekeerd laat de rechtsontwikkeling op die andere terreinen zien hoe een bestuursrechtelijk toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming verder gestalte kan krijgen.

## 1 Inleiding

Geautomatiseerde besluitvorming staat momenteel prominent in de bestuursrechtelijke schijnwerpers. Zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in twee belangrijke uitspraken een toetsingskader ontwikkeld voor geautomatiseerde besluitvorming door bestuursorganen.<sup>1</sup> Ook in een recent advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effecten van digitalisering op de rechtsstatelijke verhoudingen tussen overheid en burger komt dit toetsingskader nadrukkelijk aan de orde. De Afdeling advisering beveelt aan om voor de normering van geautomatiseerde besluitvorming aansluiting te zoeken bij algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat deze beginselen compensatie kunnen bieden indien wetgeving de rechtspositie van burgers onvoldoende bepaalt.<sup>2</sup> Daarmee slaat dit advies

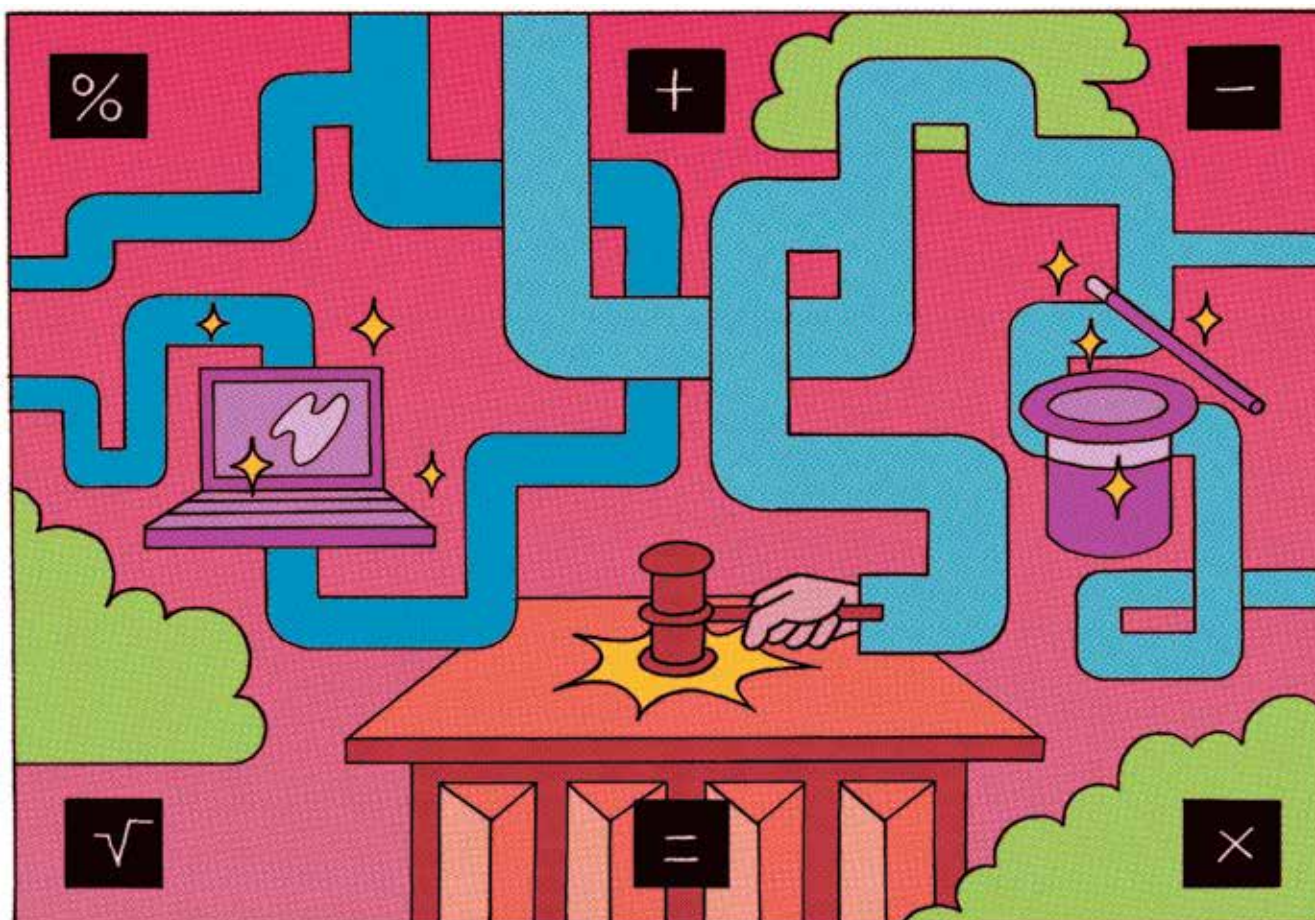
een brug tussen de rechtsontwikkeling op het terrein van 'digitaal bestuur' en het overige bestuursrecht, waar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur eveneens van toepassing zijn.

## Deze bijdrage richt zich op de gevolgen van de (aangescherpte) normering van digitaal bestuur voor de verhouding tussen het 'digitale bestuursrecht' en het overige bestuursrecht

Terwijl de meeste bestuursrechtelijke literatuur over geautomatiseerde besluitvorming zich richt op de normering van digitaal bestuur als zodanig,<sup>3</sup> richt deze bijdrage zich op de gevolgen van deze (aangescherpte) normering voor de ver-

\* Prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, markt & data aan Tilburg University. Deze bijdrage is tot stand gekomen in het kader van het NWO-MVI project 'Designing a regulatory framework for citizen-friendly data communication by public actors' (nr. 313-99-330).

- 1 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS) en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburg), hierna ook aangeduid als *AERIUS I* respectievelijk *AERIUS II*. *AERIUS* verwijst naar het softwaresysteem dat in deze uitspraken centraal stond.
- 2 Advies Raad van State betreffende digitalisering, *Stcrt.* 2018, 50999.
- 3 Zie onder meer B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & Rechtsbescherming* (diss. Tilburg), Tilburg 2018 (hierna: Van Eck 2018a); B.J. van Etekoven, 'Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big data tijdperk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 209-233; R.M. van Male, 'Digitalisering van discretionaire bevoegdheden', in: R.J.N. Schlössels e.a. 2018, p. 263-284; B.M.A. van Eck, M. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101, afl. 40, p. 3008-3017; N. Jak & S. Bastiaans, 'De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid. Een black box voor een black box', *NJB* 2018/2102, afl. 40, p. 3018-3025; B.M.A. van Eck, 'Computerbesluiten bij de overheid; recht en rekenen', *AA* 2018, afl. 11, p. 962-967 (AA20180962), en R. Uylenburg,



Illustratie: Jop Luberti | © Ars Aequi

houding tussen het ‘digitale bestuursrecht’ en het overige bestuursrecht. De rechtsontwikkeling inzake geautomatiseerde besluitvorming zegt namelijk ook iets over de richting waarin het bestuursrecht zich als geheel beweegt. Centraal in deze bijdrage staat de stelling dat het toetsingskader dat door de Afdeling<sup>4</sup> is ontwikkeld voor geautomatiseerde besluitvorming, in de kern een toetsingskader is voor *algoritmische* besluitvorming, dat zowel binnen een context van geautomatiseerde besluitvorming als daarbuiten kan worden toegepast. De directe consequentie hiervan is dat ook de rechtsontwikkeling buiten de context van geautomatiseerde besluitvorming relevant kan zijn voor de normering van geautomatiseerde besluitvorming.

Ter onderbouwing van bovenstaande stelling is deze bijdrage als volgt opgebouwd. Allereerst wordt een beschrijving gegeven van het begrip ‘geautomatiseerde besluitvorming’ en van het bestuursrechtelijke toetsingskader dat hiervoor is ontwikkeld (§ 2.1). Vervolgens wordt dit begrip naast het begrip ‘algoritmische besluitvorming’ geplaatst (§ 2.2), waarna wordt vastgesteld

dat de reikwijdte van het bestuursrechtelijke toetsingskader van de Afdeling niet beperkt hoeft te blijven tot geautomatiseerde besluitvorming, maar zich kan uitstrekken tot allerlei vormen van algoritmische besluitvorming, al dan niet in een geautomatiseerde context (§ 2.3). Op basis van die vaststelling wordt verkend hoe de rechtsontwikkeling op het terrein van geautomatiseerde besluitvorming en daarbuiten elkaar kan versterken (§ 3.1). Daartoe wordt enerzijds nagegaan welke betekenis de eisen die de Afdeling aan geautomatiseerde besluitvorming stelt, kunnen hebben voor niet-geautomatiseerde besluitvorming (§ 3.2). Anderzijds wordt de mogelijke betekenis van de rechtsontwikkeling buiten het ‘digitale’ bestuursrecht, in het bijzonder in de context van schaarse rechten, benadrukt voor de doorontwikkeling van het toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming (§ 3.3). Gezamenlijk kan deze kruisbestuiving tussen digitaal en niet-digitaal bestuur een impuls geven aan een algemeen bestuursrechtelijk toetsingskader voor algoritmische besluitvorming (§ 4).

<sup>1</sup> ‘Rechterlijke toetsing van digitale besluiten in het omgevingsrecht’, in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 759-769.

<sup>4</sup> Wanneer in deze bijdrage in algemene zin over ‘de Afdeling’ wordt gesproken, wordt verondersteld dat inhoudelijk geen verschil bestaat tussen de opvattingen van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Afdeling advisering van de Raad van State.

Het toetsingskader dat door de Afdeling is ontwikkeld voor geautomatiseerde besluitvorming, is in de kern een toetsingskader voor *algoritmische* besluitvorming, dat zowel binnen een context van geautomatiseerde besluitvorming als daarbuiten kan worden toegepast

## 2 Naar een toetsingskader voor algoritmische besluitvorming

### 2.1 Geautomatiseerde besluitvorming

Geautomatiseerde besluitvorming kan worden omschreven als de totstandkoming van besluiten door een systeem dat automatisch handelt, dat wil zeggen zonder dat rechtstreekse menselijke tussenkomst is vereist.<sup>5</sup> Hierbinnen wordt soms een nader onderscheid gemaakt tussen volledig en deels geautomatiseerde besluitvorming. De gedachte achter dit onderscheid is dat in geval van deels geautomatiseerde besluitvorming de uiteindelijke beslissing niet in handen van het computersysteem, maar in menselijke handen ligt, terwijl volledig geautomatiseerde besluitvorming plaatsvindt zonder enige menselijke interventie.<sup>6</sup> De scheidslijn tussen volledig en deels geautomatiseerde besluitvorming kan echter in de praktijk behoorlijk dun zijn.<sup>7</sup>

Voor deze bijdrage over een bestuursrechtelijk toetsingskader is het voldoende om uit te gaan van geautomatiseerde besluitvorming die leidt tot een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Hoewel computersystemen ook kunnen worden ingezet bij andere handelingen dan het nemen van besluiten, zoals feitelijke toezichtshandelingen, is de reden voor deze beperking dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur primair zijn toegespitst op het nemen van besluiten. Tegelijk erkent de Awb dat deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook van betekenis kunnen zijn voor andere handelingen van bestuursorganen, voor zover de aard van die handelingen zich daartegen niet verzet.<sup>8</sup>

Waar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet specifiek betrekking hebben op geautomatiseerde besluitvor-

ming, geldt dat tot op zekere hoogte wel voor de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).<sup>9</sup> Hoewel zeker niet elke vorm van verwerking van persoonsgegevens geautomatiseerd plaatsvindt, bevat de AVG twee typen normen die zich specifiek richten op geautomatiseerde besluitvorming. Aan de ene kant staat de AVG in beginsel in de weg aan volledig geautomatiseerde besluitvorming. Artikel 22 AVG bepaalt hierover dat de betrokkene in beginsel<sup>10</sup> het recht heeft niet te worden onderworpen aan een *uitsluitend* op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit<sup>11</sup> waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.<sup>12</sup> Door de Nederlandse wetgever wordt deze bepaling, hoewel geformuleerd als een recht van betrokkene, beschouwd als een verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming.<sup>13</sup> Aan de andere kant verzet de AVG zich niet tegen geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens als *onderdeel* van de besluitvorming. Voor zover sprake is van deels geautomatiseerde besluitvorming, geldt wel een verplichting tot transparantie: het bestuursorgaan moet de betrokkene (al dan niet op verzoek) informeren over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming en nuttige informatie verstrekken over de onderliggende logica, alsmede over het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene.<sup>14</sup>

Niet alleen in wetgeving, zoals de AVG, maar ook in jurisprudentie komen eisen tot ontwikkeling die specifiek betrekking hebben op geautomatiseerde besluitvorming. Bovendien is het bereik van die eisen niet noodzakelijk beperkt tot de verwerking van persoonsgegevens.<sup>15</sup> Het meest prominent is in dit verband de zogeheten PAS-uitspraak (*AERIUS I*),<sup>16</sup> die betrekking heeft op toestemmingsregimes voor activiteiten die stikstofdepositie veroorzaken op Natura 2000-gebieden. In deze uitspraak heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de aanzet gegeven voor een algemeen toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming:<sup>17</sup>

'Het PAS, de bijbehorende passende beoordeling en AERIUS brengen echter ook het risico met zich dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames. Indien belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen op het PAS gebaseerde besluiten kan daardoor een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaan. Zij kunnen in geval van besluitvorming op basis van een programma dat vanuit hun perspectief is te beschouwen als een zogenoemde "black box" immers niet controleren op

5 Van Eck 2018a, p. 43.

6 M. Brkan, 'Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond', *International Journal of Law and Information Technology* 11 januari 2019, <https://doi.org/10.1093/ijlit/eyy017>, p. 3.

7 Zie onder meer B.C. van Breda, 'Profilering in de AVG: nieuwe regels, voldoende bescherming?', *Computerrecht* 2017/154, afl. 4, p. 224, en Brkan 2019, p. 11-12.

8 Zie in het bijzonder de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb.

9 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *PbEU* 2016, L 119/1.

10 Art. 22 lid 2 AVG staat toe dat lidstaten legitieme uitzonderingen op dit verbod maken. Zie nader hierover Jak & Bastiaans 2018, p. 3021-3022.

11 Hieronder vallen in elk geval besluiten in de zin van art. 1:3 Awb (zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, 3, p. 46).

12 Aanvankelijk had deze bepaling uitsluitend betrekking op profilering (COM(2012) 11 final), maar in de definitieve versie van de AVG wordt profilering slechts genoemd als een voorbeeld van (volledig) geautomatiseerde verwerking (vgl. Brkan 2019, p. 6-7). Zie nader over profilering: Van Breda 2017, p. 223-229.

13 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, 3, p. 46. Zie in dezelfde zin: Brkan 2019, p. 8-9.

14 Zie art. 13 tot en met 15 AVG. De verplichting om de betrokkene te informeren over de 'verwachte gevolgen' van de verwerking, lijkt overigens specifiek met profilering samen te hangen (zie ook overweging 63 van de AVG).

15 Hoewel het begrip 'persoonsgegeven' uitdijt (vgl. N. Purtova, 'The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law', *Law, Innovation and Technology* 2018, afl. 1, p. 40-81), is er nog steeds ruimte voor (de regulering van) niet-persoonsgegevens. Vgl. Verordening (EU) 2018/1807 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 inzake een kader voor het vrije verkeer van niet-persoonsgegevens in de Europese Unie, *PbEU* 2018, L 303/59.

16 ABRvS 17 mei 2017, ECLI: NL:RVS:2017:1259 (PAS). PAS staat in dit verband voor het

basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen en of de zekerheid bestaat dat het project of andere handeling de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet zal aantasten.<sup>18</sup>

Centraal in bovenstaande overweging van de Afdeling staat het risico van een gebrek aan inzicht in de onderliggende keuzes, gegevens en aannames bij geautomatiseerde besluitvorming. Zonder inzicht in de ‘black box’ wordt controle van deze besluitvorming onmogelijk. De Afdeling probeert daaraan tegenwicht te bieden door het bestuursorgaan te verplichten om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames ‘volledig, tijdig en uit eigen beweging’ op een passende wijze openbaar te maken:

‘Ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie rust in dit geval op genoemde ministers en de staatssecretaris de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn. Deze volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten, zodat reële rechtsbescherming tegen besluiten die op deze keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd mogelijk is, waarbij de rechter aan de hand hiervan in staat is de rechtmatigheid van deze besluiten te toetsen.’<sup>19</sup>

Opvallend is dat de Afdeling bestuursrecht-spraak de verplichting tot volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling van keuzes, gegevens en aannames niet relateert aan het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel. In plaats daarvan houdt de verplichting tot actieve beschikbaarstelling vooral verband met het beginsel van *equality of arms*, aangezien deze verplichting is gericht op het voorkomen van een ongelijkwaardige procespositie. In de latere *Blankenburg*-uitspraak (*AERIUS II*) matigt de Afdeling deze actieve informatieverplichting van het bestuursorgaan enigszins door ook een verantwoordelijkheid bij de burger te leggen: weliswaar moeten bepaalde gegevens sowieso uit eigen beweging door het bestuursorgaan ter beschikking worden gesteld, maar voor andere gegevens geldt dat belanghebbenden tijdig in de procedure een verzoek om inzage in deze gegevens moeten doen.<sup>20</sup>

De ontwikkeling van dit toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming door de Afdeling staat niet op zichzelf.<sup>21</sup> Reeds eerder heeft de Centrale Raad van Beroep geoordeeld dat een geautomatiseerd systeem ter ondersteuning van besluitvorming moet voldoen aan eisen op het terrein van transparantie (inzichtelijkheid), verifieer-

baarheid en toetsbaarheid. Wanneer aan die eisen niet wordt voldaan, kan een besluit dat op basis van dit systeem wordt genomen, worden vernietigd wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.<sup>22</sup> Die eisen scherpt de Afdeling nu verder aan door te specificeren in welk stadium en op welke wijze het bestuursorgaan informatie moet verschaffen. Deze lijn van de Afdeling is inmiddels ook overgenomen door de Hoge Raad, die bovendien geen onderscheid meer maakt tussen gedeeltelijk en volledig geautomatiseerde besluitvorming.<sup>23</sup> Ook de Centrale Raad van Beroep heeft dit nieuwe toetsingskader van de Afdeling inmiddels toegepast in zijn jurisprudentie over geautomatiseerde besluitvorming,<sup>24</sup> waardoor dit toetsingskader in snel tempo de nieuwe standaard lijkt te zijn geworden.

## Algoritmen, aldus de Afdeling advisering, kunnen geen rekening houden met impliciete kennis, met de noodzaak om de regel te interpreteren en met de noodzaak om alle omstandigheden van het geval mee te wegen

### 2.2 Algoritmische besluitvorming

Opvallend genoeg komt het begrip ‘algoritme’ in bovenstaande jurisprudentie niet voor. Toch brengt de Afdeling advisering in haar ongevraagd advies bovenstaand toetsingskader in direct verband met algoritmen: geautomatiseerde besluitvorming betreft het nemen van besluiten op basis van algoritmen, ofwel beslisregels, die door middel van software door computers worden uitgevoerd.<sup>25</sup> Een vergelijkbare typering bevat het WRR-rapport *Big Data in een vrije en veilige samenleving* met de omschrijving van een algoritme als een geautomatiseerde reeks stappen die inputdata in outputdata omzet en daarbij de verschillende data ten opzichte van elkaar ‘weegt’.<sup>26</sup> Beide omschrijvingen leggen nadrukkelijk een relatie tussen algoritmen en automatisering (computers).

Ook in de problemen die de Afdeling advisering vervolgens associeert met het gebruik van algoritmen, wordt een nadrukkelijk verband met computers gelegd. Het

Programma Aanpak Stikstof 2015-2021.

17 Zie hierover ook Van Ettehoven 2018, p. 221-223, en Uylenburg 2019, p. 763-765.

18 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS), r.o. 14.3.

19 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS), r.o. 14.4.

20 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburg), r.o. 23.3-23.5.

21 Zie ook Van Eck 2018a, p. 70.

22 CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4716.

23 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, r.o. 2.3.3: ‘Indien echter een door het bestuursorgaan genomen besluit geheel of ten dele het resultaat is van een geautomatiseerd proces, [...]’

24 CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737.

25 Advies Raad van State betreffende digitalisering 2018, p. 7. De Afdeling advisering omschrijft een beslisregel als een vertaling van een formele rechtsregel in een concrete toepassing.

26 Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Den Haag: WRR 2016, p. 21.

eerste probleem ontstaat doordat algoritmen door middel van een programmeertaal worden omgezet in machinetaal voor computers, terwijl deze omzetting voor niet-ICT-specialisten niet is te controleren. Het tweede probleem is dat regels in natuurlijke taal lang niet altijd één-op-één kunnen worden vertaald in een algoritme. Algoritmen, aldus de Afdeling advisering, kunnen geen rekening houden met impliciete kennis, met de noodzaak om de regel te interpreteren en met de noodzaak om alle omstandigheden van het geval mee te wegen.<sup>27</sup>

Anders dan de Afdeling advisering komt de Minister voor Rechtsbescherming in zijn recente Kamerbrief over transparantie van algoritmen tot een meer algemene typing. Hij omschrijft een algoritme als een set instructies om een bepaalde taak uit te voeren, waarbij aan de hand van data die in het algoritme worden ingevoerd, in verschillende stappen wordt toegewerkt naar het beoogde eindresultaat.<sup>28</sup> Vervolgens maakt hij een onderscheid tussen *rule-based* en *case-based* algoritmen.<sup>29</sup> Terwijl *rule-based* algoritmen doorgaans het karakter van een eenvoudige beslisboom hebben, doen meer complexe *case based* algoritmen op basis van een aantal casussen voorspellingen over nog niet bekende gevallen.<sup>30</sup> De relevantie van dit onderscheid is hierin gelegen dat *rule-based* algoritmen doorgaans simpele algoritmen zijn die een een-op-een-vertaling inhouden van (reeds gepubliceerde) wetgeving en beleidsregels, zodat openbaarmaking van de beslisregels van het algoritme weinig tot niets aan de gewenste transparantie toevoegt. Bij *case-based* algoritmen, waarvan het gebruik door de overheid nog in de kinderschoenen staat,<sup>31</sup> kan deze behoefte aan transparantie anders liggen, maar moet wel onderscheid worden gemaakt tussen technische transparantie, gericht op publicatie van de (complexe) broncode, en uitlegbaarheid ('leken transparantie'), die juist erop is gericht de uitkomst van een algoritme in begrijpelijke taal te verklaren.<sup>32</sup>

De Minister voor Rechtsbescherming legt anders dan de Afdeling advisering dus geen onlosmakelijk verband tussen algoritmen en computers.<sup>33</sup> Een computer kan wellicht niet zonder algoritmen functioneren,<sup>34</sup> maar omgekeerd kan een algoritme wel zonder computer worden toegepast.<sup>35</sup> Een van de bekendste voorbeelden van een dergelijk 'pen-en-papier'-algoritme betreft de staartdeling: dit algoritme wordt gehanteerd om

het ene getal door het andere getal te delen, maar is primair bedoeld om handmatig te worden toegepast. Deze belangrijke constatering dat geen onlosmakelijk verband bestaat tussen algoritmen en computers, brengt enerzijds mee dat door de Afdeling advisering geconstateerde problemen die worden geassocieerd met algoritmen, zoals het vertalen van algemene wettelijke termen in concrete beslisregels, ook kunnen spelen bij niet-geautomatiseerde besluitvorming. Anderzijds kunnen eisen die aan algoritmen worden gesteld in de context van geautomatiseerde besluitvorming, mogelijk ook betekenis hebben buiten die context en zodoende onderdeel zijn van een breder toetsingskader inzake algoritmische besluitvorming.<sup>36</sup>

## De door de Afdeling geïntroduceerde driedeling in keuzes, gegevens en aannames lijkt niet zozeer aan te sluiten bij de wezenskenmerken van geautomatiseerde besluitvorming als wel bij die van een algoritme

### 2.3 Keuzes, gegevens en aannames

Het toetsingskader dat de Afdeling bestuursrechtspraak in *AERIUS I* introduceert, is gericht op het openen van de 'black box' van geautomatiseerde besluitvorming en vereist daartoe tijdige, volledige en adequate beschikbaarstelling van gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames. Met name door deze drieslag in keuzes, gegevens en aannames lijkt dit toetsingskader specifiekier toegespitst op geautomatiseerde besluitvorming dan eerdere normering door de Centrale Raad van Beroep. Het expliciet benoemen van deze drie elementen hangt samen met het feit dat de bestuursrechter juist deze elementen van het computersysteem kan (en moet) betrekken in zijn beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit. Het gaat hier dus niet zozeer om het realiseren van technische transparantie als wel om uitlegbaarheid en toetsbaarheid van het besluit.<sup>37</sup>

De door de Afdeling geïntroduceerde driedeling in keuzes, gegevens en aannames lijkt echter niet zozeer aan te sluiten bij de wezenskenmerken van geautomatiseerde besluitvorming als wel bij die van een al-

27 Advies Raad van State betreffende digitalisering 2018, p. 7-8.

28 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, 570, p. 2. Zie in deze zin ook M. Vetzo, J. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 47-48, die een algoritme typeren als een (precieze) set instructies die in staat is om inputdata om te zetten in outputdata ten behoeve van het oplossen van een probleem.

29 Een vergelijkbaar onderscheid tussen 'domme' en 'slimme' algoritmen wordt gehanteerd in Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 47-48.

30 Zie ook R. Leenes & E. Bayamhoğlu, 'The "rule of law" implications of data-driven decision-making: a technology perspective', *Law, Innovation and Technology* 2018, afl. 2, p. 299-300.

31 Zie echter <https://nos.nl/artikel/2286848-overheid-gebruikt-op-grote-schaal-voorspellende-algoritmes-risico-op-discriminatie.html>.

32 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, 570, p. 3-4.

33 Zie in vergelijkbare zin W.J. LeVeque, *Topics in Number Theory. Volumes I and II*, New York: Dover Publications 2002, p. 15: 'In general, an algorithm is a systematic procedure which is applied repeatedly, each step depending on the results of the earlier steps.'

34 Brkan 2019, p. 4-5.

35 Zie ook Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 48: 'Voor het genereren van de output van algoritmes worden vaak computers gebruikt [curs. CJW].'

36 In Van Eck, Bovens & Zouridis 2018, wordt de term 'algoritmische rechtstoepassing' wel nadrukkelijk verbonden met geautomatiseerde besluitvorming.

37 Zoals Van Eck in punt 5 van haar annotatie onder de PAS-uitspraak in *Computerrecht* 2017/256 aangeeft, is de softwarecode van AERIUS als open source beschikbaar.

goritme. Dit kan duidelijk worden geïllustreerd aan de hand van het algoritme van Euclides, een van de oudste en bekendste algoritmen uit de geschiedenis.<sup>38</sup> Euclides introduceerde dit algoritme rond 300 voor Christus in zijn *Elementen*, een handboek over de meetkunde, om de ‘grootste gemene deler’ van twee gehele getallen te bepalen.<sup>39</sup> Deze grootste gemene deler houdt in dat beide getallen door dit getal kunnen worden gedeeld en dat er geen groter getal is waardoor beide getallen kunnen worden gedeeld.<sup>40</sup>

Het algoritme van Euclides kan in programmeertaal worden weergegeven, maar ook op een wijze die voor niet-ICT-specialisten (inclusief juristen) is te begrijpen.<sup>41</sup> Hierdoor gaat het door de Afdeling geconstateerde probleem dat de omzetting van het algoritme in programmeertaal niet kan worden gecontroleerd door niet-ICT-specialisten, in dit geval niet noodzakelijkerwijs op.

### 1 Algoritme van Euclides (natuurlijke taal)

#### Grootste gemene deler van twee gehele getallen

- 1 Noem het grootste van beide getallen  $a$ , het andere  $b$ .
- 2 Deel  $a$  door  $b$  en noteer de rest van deze deling.
- 3 Wanneer de rest 0 is, is  $b$  de grootste gemene deler.
- 4 Zo niet, herhaal dan voorgaande stappen met  $b$  en de rest.

### 2 Algoritme van Euclides (pseudocode)

```
function gcd(a, b)
while b ≠ 0
t := b;
b := a mod b;
a := t;
return a;
```

Feitelijk komt het algoritme van Euclides neer op het herhaald toepassen van een staartdeling totdat is voldaan aan de stopconditie (stap 3). Daarmee is dit algoritme bij uitstek een voorbeeld van een pen-en-papier-algoritme, hoewel het ook door een computer kan worden uitgevoerd. De beschrijving van dit algoritme (in natuurlijke taal) laat bovendien zien dat keuzes, gegevens en aannames zinvol kunnen worden onderscheiden in een algoritme. In het algoritme van Euclides vormen twee gehele getallen de ‘gegevens’ (data)<sup>42</sup> waarvan de grootste gemene deler wordt bepaald. Een belangrijke ‘aanname’ is vervolgens dat de grootste gemene deler van deze getallen  $a$  en  $b$  tevens de grootste gemene deler is van het kleinste getal  $b$  en de rest die uit de deling van  $a$  door  $b$  voortvloeit, waardoor

het algoritme herhaaldelijk kan worden toegepast (stap 4). Ook laat het algoritme een duidelijke ‘keuze’ zien. In stap 2 was immers ook een andere instructie denkbaar geweest, namelijk om beide getallen eerst door  $b$  te delen en vervolgens, zolang geen gemeenschappelijke deler wordt gevonden, aflopend door  $b - 1$ ,  $b - 2$  etcetera, totdat een getal wordt gevonden dat zowel  $a$  als  $b$  deelt. Dit getal is dan immers de *grootste* gemene deler. Kortom: om de ‘taak’ van het bepalen van de grootste gemene deler van twee getallen uit te voeren, zijn verschillende instructies en daarmee verschillende algoritmen mogelijk.

## Aardig genoeg laat juist de historische ontwikkeling van het algoritme van Euclides de potentie van een wisselwerking tussen geautomatiseerd en niet-geautomatiseerd besluitvormingsrecht zien

Vanuit het perspectief van algoritmen is de drieslag die de Afdeling aanbrengt tussen keuzes, gegevens en aannames dus zinvol. Dit geldt echter niet alleen in de context van gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming. Terecht heeft de Hoge Raad het toetsingskader van de Afdeling daarom ook toegepast op volledig geautomatiseerde besluitvorming.<sup>43</sup> Eenzelfde ruime strekking kent de AVG met het vereiste dat nuttige informatie wordt verstrekt over de ‘onderliggende logica’ van geautomatiseerde besluitvorming, ongeacht of deze volledig of deels is geautomatiseerd. Daarmee zijn de grenzen van het toetsingskader van de Afdeling echter nog niet bereikt. Integendeel, dit toetsingskader zou zich zelfs kunnen uitstrekken tot alle gevallen van algoritmische besluitvorming, ongeacht of die geautomatiseerd wordt uitgevoerd.

Aardig genoeg laat juist de historische ontwikkeling van het hierboven besproken algoritme van Euclides de potentie van een dergelijke wisselwerking tussen geautomatiseerd en niet-geautomatiseerd besluitvormingsrecht zien. In de loop van de geschiedenis is het algoritme van Euclides namelijk niet alleen toegepast op gehele getallen, maar ook op zogeheten ‘complexe getallen’.<sup>44</sup> Uiteraard was het hiervoor

<sup>38</sup> De Amerikaanse informaticus Donald Knuth noemt het algoritme van Euclides ‘the granddaddy of all algorithms, because it is the oldest nontrivial algorithm that has survived to the present day’ (D.E. Knuth, *The Art of Computer Programming. Volume 2: Seminumerical Algorithms*, Reading: Addison-Wesley 1997, p. 335).

<sup>39</sup> Met deze grootste gemene deler kan de gemeenschappelijke ‘eenheid’ van twee lijnstukken worden bepaald, zoals de maximale omvang van vierkante tegels in een rechthoekig vlak. In zoverre is deze bijdrage nauw verbonden met C.J. Wolswinkel, ‘Het vijfde postulaat van de Afdeling: transparantie als beginsel van “verdelingsrecht”’, AA 2017, afl. 6, p. 500-507 (AA20170500).

<sup>40</sup> De bestuursrechtjurist associeert het begrip ‘grootste gemene deler’ wellicht eerder met de Drupsteen-bundel over de verhouding tussen het algemeen bestuursrecht en de bijzondere delen van het bestuursrecht. Zie M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer: Kluwer 2002.

<sup>41</sup> Knuth 1997, p. 336-337.

<sup>42</sup> De begrippen ‘data’ en ‘gegevens’ kunnen als synoniemen worden gebruikt (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2016, p. 31). Vgl. R. Kitchin, *The Data Revolution*, Londen: Sage Publishing 2014, p. 2.

<sup>43</sup> HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

<sup>44</sup> Complexe getallen hebben de vorm  $a + bi$ , waarbij  $a$  en  $b$  gehele getallen kunnen zijn en  $i$  het zogeheten imaginaire getal is met de eigenschap  $i^2 = -1$ . Zie uitgebreider W.J. LeVeque, *Elementary Theory of Numbers*, New York: Dover Publications 1990, p. 96-101.

noodzakelijk om het begrip ‘grootste gemene deler’ opnieuw te interpreteren en te definiëren, het algoritme enigszins aan te passen en aanvullende keuzes te maken, maar het door de Afdeling advisering geconstateerde probleem dat een algoritme niet zou kunnen worden toegepast in een andere dan de oorspronkelijke context, deed zich juist door deze herformulering van het algoritme niet voor. Het belang van deze complexe getallen is vervolgens enorm geweest in de wiskunde, omdat hiermee een bewijs kon worden geleverd voor stellingen over gehele getallen waarvoor eerder geen bewijs beschikbaar was.<sup>45</sup> Op vergelijkbare wijze kan de ‘ontdekking’ van het digitale bestuursrecht ook een impuls geven aan de normering van algoritmische besluitvorming in het niet-digitale bestuursrecht, waarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een brugfunctie kunnen vervullen.

## Een van de meest geschikte terreinen om de potentie van de wisselwerking nader te verkennen, betreft de verdeling van schaarse rechten

### 3 Wisselwerking tussen geautomatiseerd en niet-geautomatiseerd besluitvormingsrecht?

#### 3.1 Algoritmische transparantie

Onlangs heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven een norm ontwikkeld die verplicht tot tijdige en actieve openbaarmaking van (geheime) handhavingsmarges bij het voornemen tot oplegging van een punitieve sanctie.<sup>46</sup> Hoewel die handhavingsmarges geen betrekking hebben op geautomatiseerde besluitvorming, is niet uitgesloten dat deze norm mede is geïnspireerd door de PAS-uitspraak (*AERIUS I*) van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2017. In zijn conclusie voor het College verwijst advocaat-generaal Wattel namelijk expliciet naar deze PAS-uitspraak.<sup>47</sup> Daarmee laat deze uitspraak van het College heel voorzichtig zien dat ontwikkelingen op het terrein van geautomatiseerde besluitvorming niet op zichzelf hoeven te blijven staan in de jurisprudentie, maar ook van betekenis kunnen zijn voor andere terrei-

nen van het bestuursrecht. Dit geldt in het bijzonder nu op meerdere terreinen van het bestuursrecht een tendens zichtbaar is waarin zwaardere eisen worden gesteld aan de inzichtelijkheid van het besluitvormingsproces, zowel voorafgaand aan de besluitvorming als in de motivering van de genomen besluiten achteraf.

Een van de meest geschikte terreinen om de potentie van die wisselwerking nader te verkennen, betreft de verdeling van schaarse rechten. Waar het toetsingskader van de Afdeling, dat anders dan de AVG geen betrekking heeft op de toelaatbaarheid van geautomatiseerde besluitvorming als zodanig, maar enkel op de inzichtelijkheid hiervan, kan worden geplaatst in de sleutel van *algorithmic transparency*,<sup>48</sup> staat transparantie juist ook bij de verdeling van schaarse rechten midden in de belangstelling.<sup>49</sup> Hiervan is sprake als het bestuur slechts een beperkt aantal rechten (zoals vergunningen of subsidies) kan verlenen, terwijl hiervoor meer gegadigden dan beschikbare rechten zijn.<sup>50</sup> Op grond van deze transparantieverplichting is het bestuur volgens de Afdeling bestuursrechtspraak verplicht om een passende mate van openbaarheid te verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Het bestuur moet hierover tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid scheppen door informatie over deze aspecten bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.<sup>51</sup> Bovendien moeten de verdelingscriteria duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd.<sup>52</sup>

In het licht van de *AERIUS*-uitspraken is deze stap naar schaarse rechten geen grote stap, omdat juist in die uitspraken keuzes, gegevens en aannames over de omvang van zogeheten ‘depositieruimte’ centraal stonden. Deze depositieruimte geeft de totale hoeveelheid stikstofdepositie weer die binnen één tijdvak van zes jaren beschikbaar is voor de groei van bestaande activiteiten en voor het uitvoeren van nieuwe activiteiten.<sup>53</sup> De depositieruimte vormt dus een plafond, waarbinnen activiteiten voor het gebruik van die schaarse depositieruimte al dan niet worden toegestaan. Daarmee is de PAS-problematiek niet alleen een vraagstuk van omgevingsrecht<sup>54</sup> of van geautomatiseerde besluitvorming, maar evenzeer van de verdeling van schaarse rechten.<sup>55</sup>

45 Zo kon een van de stellingen worden bewezen van Pierre de Fermat (1601-1665), raadsheer aan het gerechtshof van Toulouse en amateurwiskundige, over de som van twee kwadraten  $a^2 + b^2$ , die tevens kan worden beschouwd als de vermenigvuldiging van  $a + bi$  met  $a - bi$ . Zie uitgebreider over deze stelling: S. Singh, *Het laatste raadsel van Fermat*, Amsterdam: De Arbeiderspers 2001, p. 90. Zie nader over Fermat en de rechtswetenschap: C.J. Wolswinkel, ‘De laatste stelling van Struiksma. Over juridisch cyclisme’, in: *Verwant met Verband. Over Recht, Ruimte en Wetenschap* (vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 149-159.

46 CBB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:652, r.o. 5.4.

47 Conclusie A-G Wattel 22 mei 2018, ECLI:NL:CBB:2018:187, punt 6.2.6.

48 Zie met verdere verwijzingen Jak & Bastiaans 2018, p. 3022-3024, en Brkan 2019, p. 17 e.v.

49 Zie over de potentie van het transparantiebeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur: A.W.G.J. Buijze, ‘Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht’, *JBplus* 2016, afl. 4, p. 255-256.

50 Vgl. F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie VU), Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

51 ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8.

52 ABRvS 27 september 2017, AB 2017/389, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Helmond*).

53 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS), r.o. 6.

54 Zie met name ook de recente PAS-uitspraken: ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604.

55 Zie ook A. Drahmman, ‘Gelijke kansen bij het verlenen van schaarse vergunningen in het omgevingsrecht’, *TBR* 2017/156, afl. 10, p. 1059.

### 3.2 Verworvenheden van het digitale toetsingskader

Allereerst introduceert de Afdeling in *AERIUS I* bij het ontleden van geautomatiseerde besluitvorming een drieslag tussen keuzes, gegevens en aannames. Dat de Afdeling hierbij niet verwijst naar eerdere jurisprudentie, kan verband houden met de omstandigheid dat deze drieslag tussen keuzes, gegevens en aannames in het niet-digitale bestuursrecht niet zo nadrukkelijk naar voren komt. Exact hierin schuilt het probleem van niet-transparante besluitvorming bij de verdeling van schaarse rechten: door het ontbreken van expliciete keuzes, gegevens en aannames blijft de verdeling een ‘black box’.<sup>56</sup> De *AERIUS*-uitspraken kunnen zodoende worden beschouwd als een aansporing voor het bestuursorgaan om beslisregels neer te leggen, hetzij in moderne algoritmen hetzij in klassieke beleidsregels.<sup>57</sup> Overigens komt in de *AERIUS*-uitspraken de consequentie van het onderscheid tussen gemaakte keuzes enerzijds en gebruikte gegevens en aannames anderzijds in de toepassing van dit toetsingskader nog niet nadrukkelijk terug.<sup>58</sup> Hierdoor blijft onderbelicht of gebruikte gegevens en aannames in een algoritme inhoudelijk anders moeten worden beoordeeld dan gemaakte keuzes,<sup>59</sup> maar staat in elk geval vast dat elk van deze elementen tijdig en passend openbaar moet worden gemaakt.

### Hierin schuilt het probleem van niet-transparante besluitvorming bij de verdeling van schaarse rechten: door het ontbreken van expliciete keuzes, gegevens en aannames blijft de verdeling een ‘black box’

Ten tweede beogen de beide *AERIUS*-uitspraken een expliciete balans aan te brengen tussen actieve en passieve openbaarmaking van informatie. Waar *AERIUS I* benadrukt dat het bestuursorgaan informatie uit eigen beweging beschikbaar moet stellen, specificeert de Afdeling in *AERIUS II* dat de burger in bepaalde gevallen zelf om informatie moet verzoeken. Die balans tussen actieve en passieve openbaarmaking is op andere terreinen van het bestuursrecht nog veel minder geëxpliciteerd. Zo vereist

de Afdeling bij de verdeling van schaarse rechten weliswaar dat de toe te passen criteria tijdig vooraf worden bekendgemaakt, maar brengt de omstandigheid dat bepaalde criteria in een wettelijk voorschrift niet nader zijn gedefinieerd, nog niet mee dat deze criteria onvoldoende richtinggevend zouden zijn voor potentiële gegadigden om hun aanvraag hierop af te stemmen. Daarbij betreft de Afdeling expliciet de omstandigheid dat over deze criteria vooraf geen vragen ter verduidelijking zijn gesteld door potentiële gegadigden.<sup>60</sup> De Afdeling is dus van mening dat de aanvrager zelf om nadere informatie had moeten verzoeken als hij de verschaft informatie onvoldoende duidelijk vond, maar geeft – anders dan in *AERIUS II* – niet duidelijk aan waar de scheidslijn tussen actieve en passieve openbaarmaking ligt.

Ten derde benadrukt het toetsingskader van de Afdeling het belang van *tijdige* beschikbaarstelling van informatie. De betekenis van dit toetsingskader lijkt niet beperkt tot de fasen van bezwaar en beroep.<sup>61</sup> Oogmerk van de tijdige beschikbaarstelling van informatie is namelijk dat een burger deze informatie kan (laten) beoordelen en zo nodig gemotiveerd kan betwisten door in bezwaar en beroep te gaan. Bij de verdeling van schaarse rechten is volledige beschikbaarstelling van informatie voorafgaand aan bezwaar en beroep nog minder uitgekristalliseerd. Zo overweegt de Afdeling in een uitspraak over schaarse subsidies (*Holland Opera*)<sup>62</sup> dat voor een adequate bestrijding van de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en daarmee van de totstandkoming van die rangorde, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Om die reden moet informatie over concurrerende aanvragen worden beschouwd als op de zaak betrekking hebbende stukken<sup>63</sup> die in bezwaar en beroep moeten worden verstrekt om de ‘black box’ van subsidieverdeling inzichtelijk te maken voor degene die zijn positie in de rangschikking wil bestrijden. De *AERIUS*-uitspraken lijken een stap verder te gaan door te vereisen dat die inzichtelijkheid, althans gedeeltelijk, zelfs voorafgaand aan bezwaar en beroep moet worden gerealiseerd.

### 3.3 Doorontwikkeling van het digitale toetsingskader

Omgekeerd biedt het niet-digitale bestuursrecht al meerdere aanknopingspunten voor het openen van de ‘black box’ van (algo-

<sup>56</sup> Expliciet over de verdeling van schaarse rechten als ‘black box’: M.J. Jacobs & W. den Ouden, ‘Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullege’s, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure’, in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: BJu 2011, p. 204; en A. Drahmman, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015, p. 144.

<sup>57</sup> Zie over de vraag of algoritmen kunnen worden gekwalificeerd als beleidsregels: A. Tollenaar, ‘Bestuursrechtelijke normering en “big data”’, *NTB* 2017/16, p. 133-135, en Van Male 2018, p. 277.

<sup>58</sup> ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS), r.o. 15-27.

<sup>59</sup> In ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburg*), r.o. 23.3, lopen gegevens en keuzes door elkaar heen in de zin dat het gebruik van bepaalde gegevens een keuze is: ‘De minister moet in zijn (ontwerp) besluit derhalve niet alleen inzichtelijk maken wat de uitkomsten zijn van het onderzoek, maar ook op welke keuzen, dat wil zeggen welke maatwerk invoergegevens, zijn besluit is gebaseerd.’

<sup>60</sup> ABRvS 30 augustus 2017, *AB* 2017/390, m.nt. C.J. Wolswinkel & G.J. Stoepker (*speelautomatenhal Emmen*). Zie nader over deze plicht voor gegadigden om proactief om verduidelijking te verzoeken: A. Drahmman, ‘Een klachtplicht in het kielzog van de transparantieverplichting’, in: Marseille e.a. 2019, p. 489-498.

<sup>61</sup> Zie ook Van Eck in punt 5 van haar annotatie onder ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (PAS). Uiteraard heeft het toetsingskader ook betrekking op deze fasen van bezwaar en beroep. Zie HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, over ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ in de zin van art. 7:4 Awb, dus tijdens de bezwaarfase.

<sup>62</sup> ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, *AB* 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*), r.o. 6.1 en 6.2.

<sup>63</sup> Zie art. 7:4 Awb en art. 8:42 Awb.



ritmische) besluitvorming. Allereerst laat bovengenoemde *Holland Opera*-uitspraak mooi zien hoe de eis van *volledige* beschikbaarstelling moet worden geconcretiseerd: niet alleen moet inzage worden verkregen in de adviezen van de adviescommissie en de toewijzingsbesluiten aan concurrenten, maar in ieder geval ook in de concurrerende aanvragen zelf.<sup>64</sup> Bij de verdeling van schaarse rechten heeft het onderscheid tussen (verdelings)criteria, wegingsfactoren die het gewicht van de verschillende criteria bepalen en scoreregels die bepalen welke score op een bepaald criterium aan een aanvraag wordt toegekend,<sup>65</sup> steeds verder vorm gekregen.<sup>66</sup> Juist deze elementen bevatten – in combinatie met de noodzaak van een individuele motivering van de scoretoekenning achteraf – concrete aanknopingspunten die in de literatuur noodzakelijk worden geacht om een ‘white box’ in het kader van algoritmische besluitvorming te creëren.<sup>67</sup>

In het verlengde hiervan is de rechtsgrondslag van de transparantieplichting van belang. De Afdeling leidt de transparantieplichting voor schaarse rechten namelijk af uit het gelijkheidsbeginsel, dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen. Hoewel ook bij de verdeling van schaarse rechten het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel een belangrijke rol hebben gespeeld (en soms nog steeds spelen),<sup>68</sup> geeft het gelijkheidsbeginsel meer dan de andere beginselen aan dat het bij het verdelen van schaarse rechten in de kern draait om het bieden van gelijke kansen.<sup>69</sup> Waar in het bestuursrecht een beroep op het gelijkheidsbeginsel doorgaans geen kans van slagen heeft, maar hooguit via het motiveringsbeginsel gestalte krijgt,<sup>70</sup> ligt dat bij schaarse rechten inmiddels anders. Dit roept de vraag op of het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel steeds als leidende algemene beginselen van behoorlijk bestuur zouden moeten fungeren voor geautomatiseerde besluitvorming, zoals de Afdeling advisering bepleit. Wellicht dat juist hier reden bestaat om te differentiëren tussen *rule-based* en *case-based* algoritmen. Juist bij *case-based* algoritmen staat de vergelijking met eerdere gevallen centraal, zodat het gelijkheidsbeginsel hier sneller in beeld komt. Dit sluit aan bij het risico van *bias* in data en algoritmen dat met (complexe) geautomatiseerde besluitvorming wordt geassocieerd.<sup>71</sup> In het bestuursrecht wordt het uitgangspunt van *non bias* gerelateerd aan

het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4 Awb), dat niet alleen in nauw verband staat met het zorgvuldigheidsbeginsel, maar juist ook met het gelijkheidsbeginsel.<sup>72</sup>

## Het toetsingskader van de Afdeling inzake de inzichtelijkheid van geautomatiseerde besluitvorming is uiteindelijk gericht op het voorkomen van een ongelijkwaardige procespositie tussen burger en bestuursorgaan

Vanuit dit perspectief van gelijkheid is tot slot een ander aspect van gelijkheid, namelijk dat van *equality of arms*, eveneens van belang voor geautomatiseerde besluitvorming. Het toetsingskader van de Afdeling inzake de inzichtelijkheid van geautomatiseerde besluitvorming is immers uiteindelijk gericht op het voorkomen van een ongelijkwaardige procespositie tussen burger en bestuursorgaan: informatie moet tijdig, volledig en adequaat beschikbaar worden gesteld om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten. Transparantie of inzichtelijkheid staat dus niet op zichzelf, maar is een middel om de besluitvorming te kunnen controleren op zorgvuldigheid, gelijkheid, et cetera. Wanneer de burger zelf niet deskundig genoeg is om de verschaft informatie te beoordelen, kan deze controle onvoldoende van de grond komen. Een volgende stap die uit een oogpunt van *equality of arms* en ter waarborging van een gelijkwaardige procespositie dan noodzakelijk kan zijn, betreft de inzet van deskundigen. Dit vraagstuk staat sinds het *Korošec*-arrest<sup>73</sup> middenin de belangstelling.<sup>74</sup> Hoewel die jurisprudentie primair betrekking heeft op medische deskundigen,<sup>75</sup> kan deze jurisprudentie ook van belang zijn voor de noodzaak van ondersteuning door ICT-deskundigen in het kader van geautomatiseerde besluitvorming.<sup>76</sup> Niet zonder reden spreekt de Afdeling in *AERIUS I* expliciet over de mogelijkheid om de verschaft informatie te laten beoordelen.<sup>77</sup> Daarmee vormt algoritmische transparantie dus een eerste stap in de ontwikkeling van een toetsingskader dat ook andere vormen van ongelijk-

64 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, AB 2016/453, m.nt. W. den Ouden (*Holland Opera*), r.o. 6.2.

65 Zie hierover C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publiekrechtelijke rechten. Op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 142-146.

66 Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 februari 2018, AB 2018/293, m.nt. C.J. Wolswinkel (*fietstaxivergunning Amsterdam*), waarin de Afdeling tot het oordeel kwam dat de wijze van scoretoekenning op vooraf bekendgemaakte verdelingscriteria onvoldoende kenbaar was.

67 Zie Brkan 2019, p. 22.

68 Zie ABRvS 21 februari 2018, AB 2018/293, m.nt. C.J. Wolswinkel (*fietstaxivergunning Amsterdam*).

69 Zie F.J. van Ommeren, ‘Schaarse vergunningen: het beginsel van gelijke kansen als rechtsgrondslag voor de verplichting tot het bieden van mededingingsruimte’, in: M. Bosma e.a. (red.), *De conclusie voorbij. Liber amicorum aangebonden aan Jaap Polak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 201-202.

70 R.J.N. Schössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 385-386.

71 Zie onder mee WRR 2016, p. 81, en Vetzo, Gerards & Nehmelman 2018, p. 142.

72 *PG Awb I*, p. 178.

73 EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, AB 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Korošec / Slovenië*).

74 Zie hierover D.E. de Groot, ‘Deskundigenbewijs in het bestuursrecht na het Korošec-arrest’, *NJB* 2017/473, afl. 9, p. 581-588.

75 Zie onder meer ABRvS 30 juni 2017, AB 2017/365, m.nt. L.M. Koenraad & A.M.L. Jansen, CRvB 30 juni 2017, AB 2017/366, m.nt. L.M. Koenraad en AB 2017/367, m.nt. A.M.L. Jansen.

76 Zie over het belang van ‘equality of digital arms’: G.-J. Zwenne & A.H.J. Schmidt, ‘Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?’, in: E.M.L. Moerel e.a., *Homo Digitalis* (Handelingen NJV 146-D), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 362.

77 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (*PAS*), r.o. 14.4.

heidscompensatie (*equality of arms*) kan omvatten, zoals de inzet van deskundigen, om algoritmische besluitvorming daadwerkelijk op zorgvuldigheid en gelijkheid (*non bias*) te kunnen controleren.

In deze bijdrage is de stelling verdedigd dat het toetsingskader van de Afdeling feitelijk kan worden toegepast op elke vorm van algoritmische besluitvorming en dat het dus ook voor niet-geautomatiseerde besluitvorming van betekenis kan zijn

#### 4 Slot

Complexe in de zin van geautomatiseerde besluitvorming is inmiddels realiteit geworden. Om hieraan het hoofd te bieden heeft de Afdeling in de *AERIUS*-uitspraken een toetsingskader ontwikkeld dat recht beoogt te doen aan de inherente eigenschappen van geautomatiseerde besluitvorming. In deze bijdrage is echter de stelling verdedigd dat dit toetsingskader feitelijk kan worden toegepast op elke vorm van algoritmische besluitvorming en dat het dus ook voor niet-geautomatiseerde besluitvorming van

betekenis kan zijn. Zo kan de verplichting om keuzes, gegevens en aannames in de besluitvorming volledig, tijdig en uit eigen beweging op een passende wijze openbaar te maken, evenzeer worden toegepast op niet-digitale besluitvorming. Omgekeerd kan de ontwikkeling van de transparantieverplichting in het niet-digitale bestuursrecht, bijvoorbeeld in de context van schaarse rechten, ook relevant zijn voor de invulling van *algorithmic transparency* in het digitale bestuursrecht.

Correlatie betekent echter nog geen causaliteit. Uit de omstandigheid dat zich in de jurisprudentie zowel binnen het digitale bestuursrecht als daarbuiten vergelijkbare ontwikkelingen lijken voor te doen, kan nog niet worden afgeleid dat de ontwikkelingen binnen het digitale bestuursrecht de ontwikkelingen daarbuiten daadwerkelijk hebben beïnvloed (of omgekeerd). Onder de paraplu van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn er echter voldoende concrete aanknopingspunten die de meerwaarde van de wisselwerking tussen beide delen van het bestuursrecht benadrukken. Daarmee wordt niet alleen het onderscheid tussen geautomatiseerde en niet-geautomatiseerde besluitvorming gerelativeerd, maar vooral een impuls gegeven aan doorontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en bezinning op de (on)mogelijkheden van algoritmische besluitvorming binnen het bestuursrecht als geheel.

## Algemene wet bestuursrecht 2019/2020 en aanverwante regelgeving

*F.G. van Dam & A.Th. Meijer (red.)*

Alle relevante wet- en regelgeving zoals deze geldt op 1 juli 2019. De wetsartikelen zijn in de marge voorzien van toelichtende kopjes.

ISBN: 978-94-9276-673-1 | Prijs: € 24.50 | 212 pagina's | [www.arsaequi.nl](http://www.arsaequi.nl)

