

I Introductie

1.1 Aanleiding en onderzoeksvraag

Wie regelmatig een krant openslaat, weet dat algoritmes niet meer weg te denken zijn uit onze huidige maatschappij. Ook Nederlandse bestuursorganen maken veelvuldig gebruik van (complexe) algoritmes in de uitoefening van hun bestuurlijke taken.¹ Een deel van de algoritmische toepassingen van de overheid heeft zich de laatste jaren ontwikkeld tot een *regelrecht* schandaal. Niet zelden hadden deze toepassingen namelijk significante mentale, sociale en financiële consequenties voor de desbetreffende slachtoffers. Voorbeelden van zulke schandalen zijn de inmiddels internationaal beruchte kinderopvangtoeslagaffaire, de zwarte lijsten van de Fraudesignaleringsvoorziening van de Belastingdienst en de toepassing van het recenter in de media verschenen algoritme voor de handhaving van de Wet studiefinanciering 2000.²

Wat deze schandalen met elkaar gemeen hebben, is dat zij het resultaat zijn van gedeeltelijk algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid.³ Daarnaast vormen zij er ook een pijnlijke illustratie van dat uitvoering die haaks staat op de beginselen van de democratische rechtsstaat dikwijls pas jaren later aan het licht komt.⁴ In bijvoorbeeld de kinderopvangtoeslagaffaire vergde het meerdere rechterlijke geschillen alsook journalistiek en parlementair speurwerk voordat parlementaire ondervragings- en enquêtecommissies *daadwerkelijk* gingen graven. Steeds opnieuw staat daarbij de vraag centraal of het algoritmisch ingestoken

1 Alhoewel de huidige maatschappelijke discussie soms doet vermoeden dat dit een nieuw fenomeen betreft, is dit zeker niet het geval, maar daarover later meer. Zie onder par. 3.1 en 3.2.

2 NOS 17 december 2020; The Guardian 15 januari 2021; NOS 21 juni 2023; PwC 2021. Een voorbeeld van een datagedreven algoritme is het inmiddels niet meer in werking zijnde bijstands-algoritme van de gemeente Rotterdam: Argos/Human 6 maart 2023. Dit preadvies gaat over de Nederlandse context, maar deze problematiek beperkt zich zeker niet daartoe. Uit Australië is het zogenoemde 'Robodebt'-schandaal bekend, uit Frankrijk het 'Parcoursup'-schandaal en meest recent uit het Verenigd Koninkrijk het 'Post Office'-schandaal. Zie achtereenvolgens: The Guardian 7 juli 2023; La Croix 11 februari 2022; BBC News 23 januari 2024.

3 In dit preadvies wordt de term 'fraudeopsporing' gebruikt, maar algoritmische toepassingen worden ook gebruikt voor controle op de naleving van wettelijke vereisten voor een aanspraak op een socialezekerheidsvoorziening. Bij niet-naleving kan sprake zijn van een onschuldige fout en is niet direct sprake van fraude. In het maatschappelijk en politiek debat wordt het onderscheid tussen fraudeopsporing en controle op de naleving niet (voldoende) gemaakt en hierdoor is het onduidelijk wanneer waarvan sprake is. Het voert te ver om in dit preadvies een conceptueel kader hiervoor op te nemen. Tenzij nadrukkelijk bedoeld wordt op het onderscheid tussen fraudeopsporing en niet-naleving, wordt dus de term 'fraudeopsporing' gebruikt.

4 In Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 7 (rapport Ondervragingscommissie toeslagenaffaire, *Ongekend onrecht*) constateert de Parlementaire Ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag dit ook met zoveel woorden.

fraudeopsporingsbeleid discriminatoir van aard is.⁵ Want wat heeft ertoe geleid dat een bestuursorgaan bij de daadwerkelijk onderzochte groep X uitgekomen is, en niet bijvoorbeeld de rechtmatigheid van belastingaangiften van groep Y is gaan controleren?

Tegen deze achtergrond staan het bieden van effectieve rechtsbescherming tegen algoritmische besluitvorming door de overheid en het ontwerpen van passende normering daarvoor steeds vaker hoog op de maatschappelijke en wetenschappelijke agenda.⁶ De analyse in dit preadvies draagt bij aan dit debat door de volgende vraag te beantwoorden:

Welke rol speelt de rechter (via het bewijsrecht) bij de effectieve rechtsbescherming van belanghebbenden tegen beschikkingen waaraan discriminatoir, algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid ten grondslag ligt en wat zijn oplossingsrichtingen voor (bestuursrechtelijke) normering in deze context?

Dit preadvies betoogt – samengevat – dat er redenen bestaan om aan te nemen dat het besluitvormingsproces in toenemende mate gefragmenteerd raakt door de inzet van algoritmes en zich daarbij verplaatst naar het bovenindividuele niveau.⁷ Waar geldende bestuursrechtelijke normering primair ontworpen is voor een analoge (niet-algoritmische) en individueel-georiënteerde context waarin het beslismoment beter op één plek kan worden gelokaliseerd, bestaan algoritmische bestuursbesluiten juist uit veel, in temporele zin, kleinere beslismomenten die op bovenindividueel niveau doorwerken. Daarnaast is de wetgever bij het ontwerpen van het non-discriminatierecht uitgegaan van vooraf identificeerbare discriminatiegronden zoals etniciteit of religie, terwijl bepaalde algoritmes op een andere, wellicht eveneens discriminatoire, manier ‘oordelen’ dan mensen. Door deze andere oordeelswijze kunnen potentiële discriminatiegronden lastiger vooraf identificeerbaar zijn. Doordat het huidige non-discriminatierecht hier niet op ingesteld is, zou de beoogde rechtsbescherming kunnen ontbreken bij bepaalde vormen van algoritmische discriminatie.

Zogenoemde ‘vertaalfouten’ kunnen optreden bij het nemen van de stap van geldende rechtsnormen die ontworpen zijn voor de analoge bestuursbesluitvormingscontext naar in de algoritmische bestuursbesluitvormingscontext hanteerbare normen. Mogelijkerwijs treffen geldende rechtsnormen hierdoor

5 Voor de risicoselectie in de kinderopvangtoeslagaffaire is dit zelfs vastgesteld: Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 14; Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 683, p. 3-4.

6 Getuige de ontelbare nationale en internationale wetenschappelijke artikelen hierover, waarvan naar een deel in dit preadvies wordt verwezen.

7 Voor de analyse van dit preadvies wordt ‘gedeeltelijk algoritmisch vormgegeven fraudeopsporingsbeleid’ dus als besluitvorming aangemerkt. In Awb-jargon is dit niet zozeer besluitvorming maar voorbereiding daarop; de analyse in dit preadvies is deels conceptueel en loopt dus niet langs Awb-lijnen. Bij het besluitbegrip zijn door de jaren heen al de nodige kanttekeningen geplaatst, zie ook Meuwese 2017. Buiten de Awb-context om zien we dat deze discussie ook speelt, bijvoorbeeld in het recente Schufa-arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJ) EU 16 maart 2023, C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220). Daarin speelde de vraag in hoeverre de fase van algoritmische analyse op zichzelf behoort tot het object van regulering zoals omschreven in art. 22 AVG (namelijk: een volledig geautomatiseerd besluit).

geen doel (hierna: ‘de doorkruising van de reflexieve werking’). Deze veranderingen in de besluitvormingscontext hebben ook hun weerslag op de door de rechter, onder meer via het bewijsrecht, geboden rechtsbescherming. Voor een deel is dit te wijten aan het *black box*-karakter van het aan de beschikking ten grondslag liggende fraudeopsporingsbeleid; voor een ander deel aan de doorkruising van de reflexieve werking tussen rechtsnormen en gedragsnormen. Door verschillende hoge rechters geformuleerde transparantievereisten zouden in bepaalde gevallen het probleem van de *black box* kunnen oplossen; toch kan niet zonder meer gesteld worden dat daarmee ook effectieve rechtsbescherming wordt geboden.⁸ Daarvoor lijkt een meer systemische vorm van transparantie en een recontextualisering van geldende normering geboden. Tegen deze achtergrond zal dit preadvies enkele oplossingsrichtingen aanstippen.

1.2 Perspectief en afbakening

De analyse wordt gedeeltelijk ingestoken vanuit een voor het Nederlandse staats- en bestuursrechtelijke debat extern perspectief, gevormd door een combinatie van *legal regulatory theory* en *law and technology theory*.⁹ De relatie tussen *legal regulatory theory* en *law and technology theory* is als volgt. *Legal regulatory theory* analyseert ‘mismatches’ tussen rechtsnorm en ‘realiteit’ (ofwel: de te reguleren praktijk). Daarbij is de centrale premisse dat een rechtsnorm pas doel kan treffen wanneer deze gericht is op het fenomeen dat in causaal opzicht relevant is. Aangezien het maar tot op zekere hoogte mogelijk is om de realiteit in een rechtsnorm te vangen, gaan rechtsnormen per definitie uit van bepaalde ficties, zoals het besluitbegrip uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Wanneer een rechtsnorm de realiteit zo goed als mogelijk vangt, kunnen veranderingen in deze realiteit over de tijd heen toch resulteren in een ‘mismatch’. *Law and technology theory* is een specifiek onderdeel van de algemene *legal regulatory theory* dat ziet op de manier waarop bij het (her)ontwerpen van rechtsnormen geanticipeerd of gereageerd moet worden op door technologie ingezette verandering (in par. 2.1 wordt dit perspectief uitgewerkt).

Voor dit perspectief wordt gekozen omdat het relevante inzichten biedt voor de manier waarop rechtsnormen ontworpen moeten worden, zodat ze zo goed mogelijk aansluiten op de veranderende ‘sociotechnische context’ waarin ze doel moeten treffen. Met ‘sociotechnische context’ wordt bedoeld op het samenspel van sociale en technische factoren in een bepaalde context.¹⁰ Alhoewel het huidige staats- en bestuursrecht voortbouwt op veel kennis over de asymmetrische relatie burger-overheid alsook het waarborgen van de beginselen van de democratische rechtsstaat binnen deze relatie, is dit recht niet voldoende gestoeld op kennis over de manier waarop het recht moet anticiperen op en omgaan met

8 Zie bijv. Pasquale 2015 voor het gebruik van de term ‘black box’.

9 Delen van dit gecombineerde perspectief komen naar voren in bijvoorbeeld dit gezaghebbende werk: Black 1997; Black 2002; Schauer 1993; Bennett Moses 2013; Brownsword 2008.

10 In de *law and technology*-hoek is deze term min of meer gemeengoed, zo signaleren ook Bennett Moses 2013, p. 6-10 en Kaminski 2020, p. 124-125.

sociotechnische verandering. Ook in het wetenschappelijke debat ontbreekt het grotendeels aan kennis over de invloed van sociotechnische verandering op de effectuering van rechtsnormen, terwijl de hierboven geformuleerde problematiek in ieder geval gedeeltelijk het gevolg lijkt van een toenemend gebruik van algoritmes bij bestuurlijke besluitvorming en een daardoor veranderende sociotechnische context.¹¹

De hierboven geschetste, veelomvattende problematiek wordt enigszins afgebakend doordat gefocust wordt op (a) beschikkingen van bestuursorganen, die (b) (gedeeltelijk) algoritmisch tot stand gekomen zijn en (c) een intrekking en terugvordering van een socialezekerheidsvoorziening zoals een bijstandsuitkering of studiefinanciering als gevolg hebben gehad – al dan niet gepaard gaande met een boeteoplegging. De focus ligt daarmee op voor burgers ingrijpende gevolgen die het resultaat zijn van fraudeopsporingsbeleid waarbij algoritmes in ieder geval enige vorm van ondersteuning bieden. Afbakening (a) past goed bij de analyse van de invloed van de veranderende besluitvormingscontext op effectieve rechtsbescherming en passende normering. De beschikking stond namelijk centraal bij het ontwerp van de Awb, zoals blijkt uit de opbouw van deze voor het bestuursrecht belangrijke wet. Verder geeft afbakening (c) weliswaar een heel specifiek beeld van het bestuursrecht, maar het socialezekerheidssterrein is nu eenmaal bij uitstek een terrein waarop algoritmes veelvuldig ingezet worden.¹² Bovendien is deze afbakening ook pragmatisch te onderbouwen. Over het algemeen wordt weinig inzicht geboden in algoritmische besluitvormingsprocessen en bij de auteur van dit preadvies zijn ook geen uitspraken bekend waarin de rechter daadwerkelijk toekomt aan een rechtmatigheidsoordeel over de keuzes die gemaakt zijn bij algoritmische besluitvormingsprocessen. Om toch een analyse te kunnen verrichten is daarom naar een analoge context gezocht. Die is gevonden in de over analoog fraudeopsporingsbeleid ontwikkelde jurisprudentie. Analoog fraudeopsporingsbeleid is weliswaar – zoals ‘analoog’ aangeeft – niet algoritmisch vormgegeven, maar kan door de daaraan ten grondslag liggende risicoprofilering wel trekken van algoritmisch vormgegeven beleid vertonen.¹³ Last but not least sluit de hier geschetste afbakening goed aan bij de (terecht) volop gevoerde maatschappelijke discussie over het doorgeschooten fraudebeleid van bestuursorganen. Daarbij lijken bestuursorganen nog altijd in het duister te tasten wat betreft de vormgeving van een *fraudeaanpak 2.0*, die een betere balans moet treffen tussen efficiënte fraudeopsporing enerzijds en fundamentele rechtsstatelijke waarborgen zoals non-discriminatie anderzijds.¹⁴

¹¹ Dit wordt bijvoorbeeld ook geconstateerd in Reflectiedocument Wet versterking waarborgfunctie Awb 2024; Raad van State 2021.

¹² Dit blijkt ook uit het terrein van veel van de aan het licht gekomen algoritmische schandalen.

¹³ Hierop wordt uitgebreider ingegaan in par. 3.5.

¹⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2, p. 7. Dit wordt tevens geconcludeerd omdat ik ervan uitga dat bestuursorganen hun fraudeopsporingsbeleid met de beste bedoelingen inrichten.

1.3 Concrete bijdrage en leeswijzer

Dat algoritmiseren de bestuurlijke besluitvormingscontext verandert, is een punt dat al door menigeen in het staats- en bestuursrechtelijk debat gemaakt is.¹⁵ Desalniettemin levert dit preadvies een bijdrage op dit punt, omdat hierin niet wordt gefocust op de rol van de technologie zelf, maar op de bredere context die de toepassing van deze technologie vormt en *vice versa*. De inzet van algoritmes bij bestuurlijke besluitvorming heeft namelijk invloed op én wordt beïnvloed door factoren als de wijze van gegevensverzameling en de in het bestuursorgaan geldende uitvoeringscultuur. Het analyseren van deze bredere context is gebruikelijk in de *law and technology*-literatuur. Vanuit het gecombineerde perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* worden ook vraagtekens gezet bij de in het bestuursrechtelijke debat dominante focus op de rol van de rechter. De algoritmische besluitvormingscontext creëert veel uitdagingen voor rechtsbescherming door de rechter, ook al voert de rechter zijn taak goed uit en functioneert het bewijsrecht naar behoren. Hiermee is niet direct gezegd dat de rechter geen rechtsbescherming kan bieden, maar op een gegeven moment komt de grens in beeld van wat de bestuursrechter kan betekenen binnen het huidige normeringskader.

Hierna wordt allereerst (in par. 2) beknopt uiteengezet waar het gecombineerde perspectief van de *legal regulatory theory* en *law and technology theory* op neerkomt. Aan de hand van dit perspectief wordt namelijk de verbinding gemaakt tussen het huidige bestuursrechtelijke kader en de veranderende besluitvormingscontext. Ter operationalisering van dit perspectief bevat deze paragraaf ook een schets van het beeld van bestuurlijke besluitvorming zoals volgt uit het ontwerp van de Awb. Uiteraard bestaat (bestuursrechtelijke) normering van algoritmische bestuursbesluitvorming niet enkel uit normering vanuit de Awb, maar ook vanuit bijzondere wetgeving, het ongeschreven bestuursrecht, alsook uit normering vanuit supranationale organisaties zoals de Raad van Europa (bijvoorbeeld het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) en de Europese Unie (bijvoorbeeld de AI-verordening). Bij de analyse in dit preadvies wordt de Awb centraal gesteld,¹⁶ maar vanwege het monistische karakter van de Nederlandse

¹⁵ Bijvoorbeeld: Meuwese 2017; Meuwese 2022; Van Eck 2018; Van Ettekoven 2018a; Van Ettekoven 2018b; Ranchordas 2024; Wolswinkel 2020; Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021; De Poorter & Goossens 2019; Adriaansz 2020.

¹⁶ Enerzijds wordt deze keuze gemaakt omdat de Awb voor een wezenlijk deel de verhouding burger-overheid vormgeeft, bijvoorbeeld via de bepalingen rondom de toegang tot en procedure bij de bestuursrechter. Welke (internationale) rechtsnormen ook gelden, deze interacteren altijd met bepaalde regels uit de Awb. Dit is ook zo voor niet-procesrechtelijke Awb-regels, nu veel internationale rechtsnormen een omnibus-karakter hebben en niet specifiek betrekking hebben op overheidshandelen. Anderzijds focust de zo veelbelovend klinkende AI-verordening op algoritmische toepassingen als product – de verordening is immers ontworpen als productveiligheidswetgeving – en neemt de bredere sociotechnische context niet mee. Het blijft dus van groot belang dat het bestuursrecht, met de Awb als belangrijkste wet, manieren vindt om met sociotechnische verandering om te gaan en te anticiperen op toekomstige veranderingen. Tegelijkertijd gaat dit preadvies in algemenere zin over de verhouding tussen rechtsnormen en technologie. Aangezien andere normenkaders dan de Awb ook goed moeten aansluiten op de context waarvoor ze bedoeld zijn, kan de analyse voor de Awb dus ook in abstracto gelden voor andere normenkaders.