

# De betekenis van de AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid

## Een black box voor een black box?

Niels Jak & Steven Bastiaans<sup>1</sup>

In deze bijdrage wordt verkend hoe geautomatiseerde besluitvorming door de overheid zich verhoudt tot het verbod op geautomatiseerde besluitvorming zoals neergelegd in artikel 22 Algemene verordening gegevensbescherming. Dit verbod blijkt van toepassing op geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Wanneer een besluit niet 'uitsluitend' is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, dan is het verbod niet van toepassing. Een uitzondering op het verbod neergelegd in artikel 22 AVG is mogelijk wanneer daar op nationaal niveau een wettelijke grondslag voor is. Een zoveel mogelijk specifieke wettelijke grondslag zou daarbij de voorkeur hebben. In dat geval wordt de wetgever namelijk gedwongen om bewust stil te staan bij de noodzakelijkheid en proportionaliteit van het gebruik van een algoritme en na te denken over de benodigde waarborgen.

### 1. Inleiding

Burgers en bedrijven worden geregeld geconfronteerd met besluiten van de overheid die (deels) geautomatiseerd zijn genomen. Het gaat hier om besluiten in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) die zonder directe menselijke tussenkomst tot stand komen.<sup>2</sup> Te denken valt aan het toekennen van uitkeringen en het opleggen van aanslagen door de Belastingdienst(/Toeslagen), het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), de Sociale Verzekeringsbank (SVB) en de Dienst Uitvoering Onderwijs (DUO). Ook verkeersboetes op grond van nummerplaattherkenning worden geautomatiseerd opgelegd. Voor het omgevingsrecht is van belang het softwaresysteem AERIUS dat deels geautomatiseerde besluitvorming mogelijk maakt bij het Programma Aanpak Stikstof (PAS) dat voorziet in een toestemmingsregime voor activiteiten die stikstofneerslag veroorzaken op Natura 2000-gebieden. Verder gebruikt de overheid artificiële intelligentie (AI) bij bestuurlijk toezicht. Een bekend voorbeeld is de – niet onomstreden – datakoppeling in het

sociaal domein via het Systeem Risico Indicatie (SyRi) met het oog op het signaleren van mogelijke fraudeurs.<sup>3</sup>

In deze bijdrage wordt verkend hoe geautomatiseerde besluitvorming door de overheid zich verhoudt tot de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG),<sup>4</sup> die vanaf 25 mei 2018 in werking is getreden. De AVG geeft regels voor de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van hun persoonsgegevens. Van belang is dat de AVG onder meer regels bevat voor geautomatiseerde besluitvorming. Zo is in artikel 22 AVG een verbod op geautomatiseerde besluitvorming neergelegd. De vraag is welke consequenties dit verbod heeft voor geautomatiseerd tot stand gekomen overheidsbesluiten.

Digitalisering in de maatschappij en de invloed daarvan op het bestuursrecht staan momenteel hoog op de agenda evenals geautomatiseerde overheidsbesluitvorming.<sup>5</sup> Toch is geautomatiseerde besluitvorming door de overheid bepaald geen nieuw fenomeen en wordt het in het bestuursrecht al langer bestudeerd.<sup>6</sup> De betekenis van persoonsgegevensbescherming voor geautomatiseerde

# De vraag rijst wat de reikwijdte is van het in de AVG gehanteerde overheidsbegrip. De AVG geeft daarover geen uitsluitel

overheidsbesluiten is in de literatuur echter wat onderbelicht gebleven.<sup>7</sup> De reden daarvoor houdt wellicht verband met het feit dat burgers bij het inroepen van bestuursrechtelijke rechtsbescherming geen beroep doen op gegevensbescherming.<sup>8</sup> Daar zou in de nabije toekomst nog wel eens verandering in kunnen komen vanwege de hernieuwde aandacht voor geautomatiseerde besluitvorming en omdat de nieuwe AVG volop in de belangstelling staat.<sup>9</sup> Het is bemoedigend dat de Minister voor Rechtsbescherming onlangs een verkennend onderzoek heeft aangekondigd naar de juridische aspecten van algoritmen die zelfstandig besluiten nemen. Daarbij zal onder meer de AVG worden betrokken.<sup>10</sup>

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In par. 2 wordt ingegaan op de toepasselijkheid van de AVG op de overheid. Vervolgens wordt in par. 3 het verbod op geautomatiseerde besluitvorming van artikel 22 AVG behandeld. Par. 4 gaat over de uitzonderingen op dat verbod en de manier waarop de Nederlandse wetgever daaraan invulling heeft gegeven. Daarna wordt in par. 5 ingegaan op *algorithmic accountability*. Het gaat er hier om dat geautomatiseerde, op algoritmes gebaseerde, besluitvorming zoveel mogelijk onafhankelijk controleerbaar en transparant moet zijn. Deze bijdrage wordt in par. 6 afgesloten met een conclusie.

## Auteurs

1. Mr. dr. N. Jak is Senior Professional Support Lawyer bij de praktijkgroep bestuursrecht van Stibbe en verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.  
Mr. S. Bastiaans is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

## Noten

2. B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & Rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018, p. 42-44.  
3. Zie voor andere voorbeelden G. Zwenne, W. Steenbruggen & M. Reker, 'Rechtsbescherming bij het gebruik van big data door toezichthouders: een verkenning', *TvT* 2016 (7) 4, p. 35-36.  
4. Verordening 2016/679/EU 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, *PbEU* L 119/1.  
5. Zie de Nijmeegse bundel R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 en in het bijzonder de daarin opgenomen bijdragen van B.J. van Ettekooven, 'Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big data tijdperk' en van R.M. van Male, 'Digitalisering van discretionaire bevoegdheden'. Zie ook A.C.M. Meuwese, 'Grip op normstelling in het datatijdperk', in: W.J.M. Voermans, R.J.B. Schutgens & A.C.M. Meuwese, *Algemene regels van bestuursrecht* (VAR-reeks 158), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 145-184.  
6. H. Franken e.a., *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993; S. Zouridis, *Digitale disciplineren* (diss. Tilburg), Delft: Eburon 2000; M.A.P. Bovens & S. Zouridis, 'Van street-level bureaucratie naar systeem-level bureaucratie', *NJB* 2002, p.

## 2. Is de AVG van toepassing op de overheid?

De verwerkingsverantwoordelijke is verantwoordelijk voor de naleving van de beginselen inzake de verwerking van persoonsgegevens.<sup>11</sup> Dit betekent dat de verwerkingsverantwoordelijke normadressaat is van de AVG. Artikel 4 lid 7 AVG definieert de verwerkingsverantwoordelijke als 'een natuurlijke persoon of rechtspersoon, een overheidsinstantie, een dienst of een ander orgaan die/dat, alleen of samen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt'. Uit deze definitie blijkt onmiskenbaar dat de AVG ook van toepassing is op 'overheidsinstanties'.

De vraag rijst wat de reikwijdte is van het in de AVG gehanteerde overheidsbegrip. De AVG geeft daarover geen uitsluitel. Anders dan gebruikelijk in Europese wetgeving, wordt er geen definitie gegeven van het begrip 'overheidsinstantie'. Er worden zelfs verschillende aanduidingen voor de overheid gehanteerd,<sup>12</sup> waarmee waarschijnlijk geen materieel onderscheid is beoogd.<sup>13</sup> Voor het Nederlandse recht moet te rade worden gegaan bij de niet meer geldende Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), aangezien de (wetgeschiedenis bij de) Uitvoeringswet AVG (UAVG) geen verdere uitleg geeft van het begrip overheidsinstantie. Op grond van artikel 1 aanhef en onder d Wbp is een 'verantwoordelijke' onder meer een *bestuursorgaan*. Blijkens de memorie van toelichting bij de Wbp is voor het begrip verantwoordelijke in de publieke sector aansluiting gezocht bij het bestuursorgaanbegrip in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb.<sup>14</sup> Het gaat hier om organen van publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals het college van burgemeester en wethouders, en organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die met openbaar gezag zijn bekleed, zoals de Stichting Autoriteit Financiële Markten. Daarnaast worden de in artikel 1:1 lid 2 Awb van het bestuursorgaanbegrip uitgezonderde organen als verantwoordelijke aangemerkt. Dit zijn de wetgevende macht, de rechtsprekende organen en enkele Hoge Colleges van Staat.<sup>15</sup>

65-74; M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu uitgeverij 2005; J.W. Oordt & A. Tollenaar, 'Effecten van informatisering op de kwaliteit van beschikkingverlening', *Bestuurswetenschappen* 2010, afl. 4, p. 28-46.  
7. Zie evenwel over art. 42 Wbp Groothuis 2005, p. 65 e.v.  
8. Van Eck 2018, p. 35.  
9. Vlg. ook de aanbeveling van de WRR om de mogelijkheden voor rechterlijke toetsing van wetgeving en beleid omtrent Big Data toepassingen te verbeteren. WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 145-146. Dit wordt meegenomen in een door de Minister voor Rechtsbescherming geïnitieerd WODC-onderzoek. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 543, p. 32.  
10. *Kamerstukken II* 2017/18, 34775 VI, 88, p. 9; *Kamerstukken I* 2017/18, 34775 VI, AB, p. 3.  
11. Art. 5 lid 2 AVG.

12. Zoals: 'publiekrechtelijke persoon', 'openbare organen' en 'publieke actoren'. Zie considerans nrs. 5, 45 en 158.  
13. L.H. von Meijenfeldt, 'De AVG en Awb: vragen om Babylonische spraakverwarring', *P&J* 2017, p. 125.  
14. *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, 3, p. 57, p. 84-85.  
15. *Kamerstukken II* 1998/99, 25892, 6, p. 29. Opmerkelijk genoeg heeft de wetgever in dit geval niet gekozen voor het begrip 'overheidsorgaan', zoals in de Archiefwet 1995, welke wet ook, anders dan de Awb, van toepassing is op de in art. 1:1 lid 2 Awb uitgezonderde organen. Zie Von Meijenfeldt 2017, p. 125. Zie over het gebruik van het begrip 'overheidsorgaan' (bij de implementatie van Europese richtlijnen) N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2014, p. 117-123, p. 133-134, p. 382.

### 3. Verbod op geautomatiseerde besluitvorming

#### 3.1. Inleiding

In artikel 22 lid 1 AVG is een verbod op geautomatiseerde besluitvorming neergelegd. Dit artikel bepaalt dat de betrokkene het recht heeft niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.<sup>16</sup> De gedachte achter deze bepaling is dat de mens niet (volledig) wordt vervangen door een computer. Vooral bij het gebruik van profilering bestaat het gevaar dat kenmerken van een bepaalde groep worden toegewezen aan een individu die deze kenmerken helemaal niet hoeft te hebben. Uitgangspunt is daarom dat voor elk individueel geval een zorgvuldige beoordeling van de kenmerken en omstandigheden plaatsvindt voordat een besluit wordt genomen.<sup>17</sup> De vraag is wat de betekenis is van artikel 22 AVG voor geautomatiseerde besluitvorming door de overheid.

#### 3.2. Awb-besluiten

Uit de *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679* van de Artikel 29-werkgroep blijkt dat ook geautomatiseerde overheidsbesluiten onder de werking van artikel 22 AVG vallen. De Nederlandse regering gaat daar eveneens vanuit. In de memorie van toelichting bij de UAVG wordt opgemerkt dat (geautomatiseerde) besluiten in de zin van de Awb vallen onder de reikwijdte van artikel 22 AVG.<sup>18</sup>

#### 3.3. Uitsluitend

Het verbod van artikel 22 lid 1 AVG ziet alleen op besluiten die 'uitsluitend' op geautomatiseerde verwerking zijn gebaseerd. Dat is niet altijd het geval. Te denken valt aan de eerder genoemde datakoppeling in het sociaal domein via SyRi met het oog op het signaleren van mogelijke fraudeurs. SyRi heeft een wettelijke basis in artikel 65 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen. Het is een hulpmiddel bij het houden van toezicht in het sociaal domein, maar genereert zelf geen besluiten. Op basis van een risicomelding van het systeem wordt namelijk nog nader onderzoek ingesteld. Dit onderzoek kan uiteindelijk wel leiden tot het opleggen van een sanctie. Er vindt dus geen 'uitsluitend' geautomatiseerde besluitvorming plaats.<sup>19</sup> Dat neemt niet weg dat besluitvorming gebaseerd op SyRi wel is *gebonden* aan de algemene normen over verwerking van persoonsgegevens uit de AVG. Zo moet de verwerking van persoonsgegevens rechtmatig, behoorlijk en transparant zijn (artikel 5 AVG). Wij komen daar in par. 5 nog op terug.

Wanneer is voorzien in menselijke tussenkomst, betekent dat niet zonder meer dat geen sprake is van uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming. Zo zal het routinewijs overnemen van automatisch gegenereerde uitkomsten door een ambtenaar nog steeds als een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking gebaseerd besluit worden aangemerkt.<sup>20</sup> Hierbij kan mogelijk worden gedacht aan de beslissing tot toepassing van een

ingrijpende toezichtsbevoegdheid, zoals een bedrijfsbezoek of doorzoeking, die enkel is gebaseerd op de uitkomst van een big-data-analyse.<sup>21</sup> De tussenpersoon moet niet alleen een symbolische functie hebben, maar daadwerkelijk van betekenis zijn en de bevoegdheid hebben een andere beslissing te nemen.<sup>22</sup>

In het bestuursrecht kan uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming zich eigenlijk alleen voordoen bij strikt gebonden besluiten. Gaat het echter om besluiten gebaseerd op een discretionaire bevoegdheid – dat wil zeggen: een bevoegdheid die het bestuursorgaan mag, maar niet hoeft, uit te oefenen – dan is een besluit zonder menselijke tussenkomst niet goed denkbaar. Er kan met toepassing van enkel een algoritme namelijk geen recht worden gedaan aan alle relevante feiten en omstandigheden, omdat het is uitgesloten dat alle denkbare factoren in het algoritme zijn verwerkt. Dat neemt niet weg dat het gebruik van algoritmes wel ondersteunend kan zijn bij het nemen van een discretionair besluit.<sup>23</sup>

#### 3.4. Persoonsgegevens

Artikel 22 AVG is alleen van toepassing op geautomatiseerde besluitvorming op basis van persoonsgegevens. Gelet hierop valt wellicht de geautomatiseerde vaststelling van de WOZ-waarde van een woonhuis niet onder de reikwijdte van dit artikel. De WOZ-beschikking is namelijk niet gebaseerd op persoonsgegevens van de eigenaar.<sup>24</sup> Een geautomatiseerde beslissing die wel is gebaseerd op persoonsgegevens, is het toekennen van kinderbijslag door de Belastingdienst/Toeslagen en het vaststellen van de hoogte van het recht op studiefinanciering door DUO.

### 3.5. Profilering

Het is niet zo dat bij geautomatiseerde besluitvorming vanzelfsprekend sprake is van profilering. Profilering omvat elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen.<sup>25</sup> In geval van geautomatiseerde vaststelling van een verkeersboete wegens overtreding van de maximumsnelheid is van profilering geen sprake. Een dergelijke beslissing kan evenwel het karakter krijgen van profilering, wanneer de hoogte van de boete afhankelijk is van andere factoren, zoals recidive.<sup>26</sup>

## 4. Uitzondering

### 4.1. Een lidstaatrechtelijke bepaling

Uitzonderingen op het verbod tot geautomatiseerde besluitvorming zijn neergelegd in lid 2 van artikel 22 AVG. Voor de overheid is met name van belang dat het verbod niet geldt indien geautomatiseerde besluitvorming is toegestaan bij een *lidstaatrechtelijke bepaling* die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (lid 2 aanhef en onder b).<sup>27</sup> Die passende maatregelen moeten in ieder geval bestaan uit het verstrekken van specifieke informatie aan de betrokkene en het recht op menselijke tussenkomst, om zijn standpunt kenbaar te maken, om uitleg over het genomen besluit te krijgen en om het besluit aan te vechten.<sup>28</sup> De in lid 2 bedoelde uitzonderingen gelden op grond van artikel 22 lid 4 AVG in beginsel niet voor besluiten gebaseerd op de in artikel 9 lid 1 AVG genoemde persoonsgegevens; de zogenaamde bijzondere categorie persoonsgegevens. Een uitzondering is mogelijk wanneer sprake is van een uitdrukkelijke toestemming van betrokkene of de verwerking noodzakelijk is om redenen van zwaarwegend algemeen belang op

grond van Unierecht of lidstatelijk recht en er passende maatregelen ter bescherming van de gerechtvaardigde belangen van de betrokkene zijn getroffen.

### 4.2. Algemene wettelijke uitzondering

Het springt in het oog dat de Nederlandse wetgever in artikel 40 UAVG heeft voorzien in een *algemene* wettelijke uitzondering voor geautomatiseerde besluitvorming die géén *profilering* inhoudt.<sup>29</sup> Artikel 40 lid 1 UAVG bepaalt dat artikel 22 lid 1 AVG niet geldt indien de in die bepaling bedoelde geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang. Deze uitzondering kan zich dus alleen

## In het bestuursrecht kan uitsluitend geautomatiseerde besluitvorming zich eigenlijk alleen voordoen bij strikt gebonden besluiten

voordoen in geval van een verwerking op grond van artikel 6 lid 1 aanhef en onder c en e AVG (wettelijke verplichting of taak van algemeen belang). Uit de toelichting bij artikel 40 UAVG blijkt dat de regering met deze bepaling in het bijzonder het oog heeft op geautomatiseerde besluitvorming door de overheid op basis van strikt individuele kenmerken. Het gaat hier met name om de uitoefening van gebonden bevoegdheden, waarbij er zeer geringe beoordelingsruimte is. Te denken valt aan het toekennen van kinderbijslag, het opleggen van een boete in het kader van de Wet administratiefrechtelijke

16. Art. 42 lid 1 Wbp kende al een vergelijkbare bepaling en was de implementatie van art. 15 Richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens. Zie Groothuis 2005, p. 65 e.v. Zie voor een uitgebreidere vergelijking van onder meer het beschermingsniveau van privacy tussen de Wbp en de AVG S. Bastiaans, 'Privacy in een nieuw jasje: een vergelijking van beschermingsniveau tussen de Wbp en de AVG', *Bb* 2018/24.  
17. H.R. Kranenburg & L.F.M. Verhey, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 219. Zie over de ratio van art. 42

lid 1 Wbp Groothuis 2005, p. 70.

18. *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, 3, p. 46.

19. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, 7, p. 46-47; *Kamerstukken II* 2017/18, 32761, 122, p. 2. Overigens sluiten sommige auteurs niet uit dat SyRi onder het verbod op geautomatiseerde besluitvorming valt. Zie M. van Eck, 'Geautomatiseerde overheidsbesluiten, profielen en artikel 42 Wbp', marliesvanek.wordpress.com.

20. Zie *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, p. 21.

21. Zwenne, Steenbruggen & Reker 2016, p. 39.

22. Zie *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the*

*purposes of Regulation 2016/679*, p. 21.

23. R.M. van Male, 'Digitalisering van discretionaire bevoegdheden', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 280-281.

24. A. Engelfriet, L. Chew-Meij & P. Kager, *De Algemene Verordening Gegevensbescherming. Artikelsgewijs commentaar*, Amsterdam: ICTRecht 2017, p. 106.

25. Art. 4 aanhef en onder 4 AVG.

26. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, p. 8.

27. Een vergelijkbare bepaling was opgenomen in art. 42 lid 2 aanhef en onder b Wbp. Daarover Groothuis 2005, p. 75-79.

28. Zie considerans nr. 71 van de AVG;

*Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, p. 27-28.

29. Het kabinet zal bezien of de wettelijke basis voor het uitvoeren en gebruiken van data-analyses versterking behoeft, met inbegrip van de waarborgen die daarbij gehanteerd dienen te worden. Daartoe bereidt een werkgroep voor: 1. een generieke bepaling in de Uitvoeringswet AVG over geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens op basis van profilering; 2. een aanwijzing voor de regelgeving met eisen aan profilering in sectorale wetten. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 537, p. 6.

lijke handhaving verkeersvoorschriften (Wahv), het bijstellen van de hoogte van het recht op studiefinanciering op basis van veranderingen in het inkomen van een van de ouders of het zonder menselijke tussenkomst vaststellen van een overtreding van de maximumsnelheid. Er is volgens de regering geen reden om vanuit het belang van bescherming van persoonsgegevens zulke geautomatiseerde besluitvorming onmogelijk te maken. De risico's die de AVG beoogt tegen te gaan met artikel 22 AVG, doen zich hier feitelijk niet voor. Er is namelijk geen sprake van het tegenwerpen van generieke kenmerken aan een persoon, of van verwerkingen van persoonsgegevens die risicovol zijn in het licht van potentiële discriminatie. Het is volgens de regering voor de uitvoering van de publieke taak en voor het vervullen van wettelijke verplichtingen niet wenselijk om geautomatiseerde besluitvorming geheel te verbinden aan een *specifieke* wettelijke grondslag. Dat zou een vergaande verstarring van de ontwikkelingen in de uitvoering van de publieke taak betekenen. Daarnaast is er volgens de regering geen reden om bij de hiervoor bedoelde besluitvorming menselijke tussenkomst te vergen, omdat dit geen toegevoegde waarde heeft. Van belang hierbij is dat tegen dergelijke besluitvorming bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat en de waarborgen uit de Awb gelden, zoals het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel.<sup>30</sup>

De vraag dringt zich op of een algemene wettelijke uitzondering zoals neergelegd in artikel 40 lid 1 UAVG wel in overeenstemming is met artikel 22 lid 2 aanhef en onder b AVG. Op grond van de AVG is een uitzondering toegestaan 'bij een lidstaatrechtelijke bepaling'. Volgens de Afdeling advisering van de Raad van State duidt dit op een *specifieke* wettelijke grondslag.<sup>31</sup> Het is dan ook de vraag of een uitzondering niet steevast moet worden opgenomen in sectorale wetgeving. De regering beantwoordt die vraag negatief.<sup>32</sup> Een eventuele rechterlijke procedure over artikel 40 lid 1 UAVG zal in de toekomst uitsluitsel kunnen geven over deze kwestie. Dat neemt niet weg dat een specifieke wettelijke grondslag volgens de regering soms wel mogelijk en wenselijk is en in geval van profilering zelfs noodzakelijk is.<sup>33</sup> Interessant in dit verband is dat de Hoge Raad in een arrest van 24 februari 2017 heeft geoordeeld dat een naheffingsaanslag op grond van 'Automatic Number Plate Recognition' zonder wettelijke grondslag een ongeoorloofde inmenging in het privéleven als bedoeld in artikel 8 EVRM oplevert.<sup>34</sup> Wat ons betreft zou geautomatiseerde besluitvorming zoveel mogelijk op een specifieke wettelijke grondslag moeten berusten, wat er ook zij van de verplichtingen die voortvloeien uit de AVG. Dat dwingt de wetgever om voor de betreffende besluitvorming bewust stil te staan bij de noodzakelijkheid en proportionaliteit om een algoritme in te zetten en na te denken over de waarborgen waarin daarbij moet worden voorzien.

Een ander aspect dat de Afdeling advisering aansnijdt, is dat een redelijke en zorgvuldige besluitvorming niet afhankelijk kan worden gemaakt van het al dan niet instellen van bezwaar of beroep.<sup>35</sup> De regering merkt hierover op dat de waarborgen uit de Awb gelden, waaronder het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel. De zorgvuldigheid en de redelijkheid van de besluitvorming is bij

geautomatiseerde besluitvorming evenzeer afhankelijk van de inrichting van het proces en de regels die ten grondslag liggen aan het nemen van het besluit (de onderliggende algoritmes) als bij niet-geautomatiseerde besluitvorming, aldus de regering.<sup>36</sup> Het is zinvol om hier even stil te staan bij de betekenis van de hoorplicht van artikel 4:7 en artikel 4:8 Awb. Wanneer een bestuursorgaan een besluit voorbereidt, heeft de belanghebbende op grond van die bepalingen meestal de gelegenheid te worden gehoord over het te nemen besluit. Hoe werkt dit uit voor geautomatiseerde besluiten?<sup>37</sup> In de memorie van toelichting bij de Wbp merkt de regering op dat de artikelen 4:7 e.v. Awb waarborgen geven die kunnen voorkomen dat beslissingen uitsluitend op grond van een beeld van de persoonlijkheid dat langs geautomatiseerde weg is vervaardigd, worden genomen.<sup>38</sup> Het is evenwel belangrijk om in te zien dat volledig geautomatiseerde besluitvorming veelal voorkomt in situaties waarin het gaat om financiële beschikkingen. Daarvoor kent artikel 4:12 Awb een uitzondering op de hoorplicht. Het is de vraag of dit zich verdraagt met de eis van 'passende maatregelen' als bedoeld in artikel 22 lid 2 aanhef en onder b AVG. In de literatuur wordt wel de suggestie gedaan om geautomatiseerd tot stand gekomen conceptbeschikkingen zekerheidshalve voor te leggen aan de betrokkene alvorens de primaire beschikking te nemen.<sup>39</sup>

## 5. Algorithmic accountability

Niet moet uit het oog worden verloren dat wanneer de overheid gebruik maakt van geautomatiseerde besluitvorming, ook de algemene normen uit de AVG gelden zoals neergelegd in de hoofdstukken 2 en 3. Die normen gelden evenzeer voor geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten die niet onder het verbod van artikel 22 AVG vallen. In

## Geautomatiseerde besluitvorming zou zoveel mogelijk op een specifieke wettelijke grondslag moeten berusten, wat er ook zij van de verplichtingen die voortvloeien uit de AVG

het bijzonder is van belang dat de betrokkene actief (en ook op verzoek), ter waarborging van een behoorlijke en transparante verwerking, moet worden geïnformeerd over het gebruik van geautomatiseerde besluitvorming. Daarbij moeten in ieder geval nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van de verwerking voor de betrokkene worden verstrekt.<sup>40</sup> Bovendien moet het betrokken bestuursorgaan ervoor zorgen dat de betrokkene de informatie in een

# Niet moet uit het oog worden verloren dat wanneer de overheid gebruik maakt van geautomatiseerde besluitvorming, ook de algemene normen uit de AVG gelden

beknpte, transparante, begrijpelijke en gemakkelijke vorm en in duidelijke en eenvoudige taal ontvangt.<sup>41</sup>

Er wordt in dit verband ook wel gesproken van 'algorithmic accountability'.<sup>42</sup> Dat houdt in dat geautomatiseerde, op algoritmes gebaseerde, besluitvorming zoveel mogelijk onafhankelijk controleerbaar en transparant moet zijn.<sup>43</sup> Zijn daarvoor nieuwe bestuursrechtelijke normen nodig? Betoogd kan worden dat de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een voldoende normatief kader vormen dat nader ingekleurd kan worden door zogenoemde ICT-beginselen als beschikbaarheid, betrouwbaarheid, integriteit, authenticiteit, flexibiliteit en transparantie.<sup>44</sup> Hierbij is ook van belang het recente ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen waarin zij adviseert om in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel verscherpt te interpreteren in de context van digitalisering. Dat betekent onder meer dat in een besluit moet worden toegelicht welke beslisregels (algoritmen) zijn gebruikt en welke gegevens zijn overgenomen van andere bestuursorganen. Daarnaast wordt geadviseerd om maatwerk en 'menselijke' heroverweging in de bezwaarfase van geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten te bevorderen.<sup>45</sup>

Van Eck concludeert in haar dissertatie dat de beslisregels, het algoritme op grond waarvan de besluiten worden genomen, dikwijls niet beschikbaar zijn in een vorm die het mogelijk maakt om na te gaan of de beslisregels in overeenstemming zijn met de wet- en regelgeving waarop het besluit is gebaseerd. Op die manier is het niet mogelijk om de rechtmatigheid van het besluit te beoor-

delen.<sup>46</sup> De Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft in antwoord op vragen over het proefschrift van Van Eck aangekondigd dat hij in de nog te verschijnen beleidsvisie over *open source*, wil ingaan op de vraag of het mogelijk en noodzakelijk is de openbaarmaking van de broncode van geautomatiseerde besluitvorming in meer gevallen mogelijk te maken.<sup>47</sup> Voorts is een onderzoek aangekondigd naar het gebruik van algoritmes binnen de overheid. Doel van het onderzoek is inzicht te verwerven over welke bestuursorganen welke algoritmen gebruiken en hoe de bestuursorganen zich kunnen verantwoorden over de toepassing van deze algoritmen. Het onderzoek wordt uitgezet bij departementen, hun ZBO's, provincies, gemeenten en waterschappen.<sup>48</sup> Verder heeft het Ministerie van Justitie een 'datatoolbox' ontwikkeld met een aantal richtlijnen die eraan moeten bijdragen dat algoritmes die de overheid gebruikt voldoende inzichtelijk zijn voor toezichthouders en rechterlijke controle.<sup>49</sup> Ook wordt door het kabinet gewerkt aan een circulaire 'Inzicht in algoritmen' die behulpzaam kan zijn.<sup>50</sup> Vermeldenswaard is voorts de door de Tweede Kamer aangenomen motie van Verhoeven c.s. van 6 juni 2018 waarin de regering wordt verzocht na te streven dat de werking en broncode van algoritmen die een aanmerkelijke impact op burgers hebben openbaar zijn en dat bij algoritmen die om zwaarwegende redenen niet openbaar gemaakt kunnen worden een technische audit wordt uitgevoerd om onder meer te controleren of de algoritmen niet onbedoeld discrimineren.<sup>51</sup> De motie is aangehouden in afwachting van een brief van de Minister voor Rechtsbescherming over onder meer de gevolgen van openbaarmaking van algoritmes voor de werklust in de uitvoe-

30. Zie *Kamerstukken II 2017/18, 34851*, 3, p. 119-122; *Kamerstukken II 2017/18, 34851*, 7, p. 72-73; *Kamerstukken II 2017/18, 26643, 543*, p. 31.

31. *Kamerstukken II 2017/18, 34851*, 4, p. 45. Het valt op dat dit kritiekpunt niet meer wordt genoemd in het recente ongevraagd advies van de Afdeling advisering over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen (advies van 31 augustus 2018, W04.18.0230/I, *Stcr.* 2018, 50999).

32. Vgl. A.M. Klingenberg & J. Lindeboom, 'Lost in e-government: bevat de Algemene verordening gegevensbescherming voldoende waarborgen voor burgers bij gegevensverwerking door de overheid?', *P&I* 2013, p. 275 r.k. die in het kader van art. 6 lid 3 aanhef en onder b AVG betogen dat met de term 'Member State law' in die

bepaling niet alleen wetgeving in formele zin wordt bedoeld, maar ook wetgeving in materiële zin. De Engelstalige versie van de AVG hanteert in art. 22 lid 2 aanhef en onder b AVG ook de term 'Member State law'.

33. *Kamerstukken II 2017/18, 34851*, 4, p. 46-47.

34. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, AB 2018/27, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

35. *Kamerstukken II 2017/18, 34851*, 4, p. 44-45.

36. *Kamerstukken II 2017/18, 34851*, 4, p. 46.

37. Zie daarover ook Zwenne, Steenbruggen & Reker 2016, p. 41.

38. *Kamerstukken II 1997/98, 25892*, 3, p. 170.

39. Groothuis 2005, p. 78.

40. Art. 13 lid 2 aanhef en onder f AVG; art. 14 lid 2 aanhef en onder g AVG; art. 15 lid 1 aanhef en onder h AVG. Zie ook art. 42 lid 4 Wbp waarin een vergelijkbare norm was opgenomen. Zie Groothuis 2005, p. 79-81.

41. Art. 12 lid 1 AVG.

42. B.J. van Ettehoven, '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. 219 en p. 222-223 en daar aangehaalde literatuur.

43. B. van Tongeren, 'Algoritmes in de rechtsstaat', *Advocatenblad* 2017, afl. 8, p. 8.

44. Groothuis 2005, p. 248-249. Vgl. Van Male 2018, p. 276-279; Meuwese 2017, p. 177-178.

45. Advies van 31 augustus 2018, W04.18.0230/I, *Stcr.* 2018, 50999.

46. Van Eck 2018, p. 21, p. 25-26, p. 400-402, p. 428-429, p. 434. Vgl. M. Vetzo, J. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, waarin onder meer de ondoorzichtigheid van algoritmes als knelpunt voor procedurele grondrechten wordt geadresseerd.

47. *Aanhangsel Handelingen II 2017/18*, 1612, p. 2.

48. *Kamerstukken II 2017/18, 26643, 527*.

49. *Kamerstukken II 2017/18, 26643, 543*, p. 28.

50. *Kamerstukken II 2017/18, 26643, 537*, p. 6.

51. *Kamerstukken II 2017/18, 32761, 117*.

ringspraktijk.<sup>52</sup> Inmiddels is deze brief verschenen.<sup>53</sup> Hierin komen verschillende relevante onderwerpen aan bod, zoals de typen algoritmen die de overheid gebruikt, wat volgens de minister onder transparantie van algoritmes verstaan kan worden en welke verplichtingen er op dit punt uit de huidige wet- en regelgeving voortvloeien. De minister noemt een aantal niet-juridische aspecten waarmee met betrekking tot transparantie rond algoritmes rekening dient te worden gehouden en sluit af met enkele conclusies. In het bijzonder is interessant het onderscheid dat de minister maakt tussen ‘technische transparantie’ – het in theorie transparant kunnen maken van bijvoorbeeld broncodes van gebruikte algoritmen – en ‘uitlegbaarheid’ – het beschrijven van het doel dat met het algoritme wordt nagestreefd, welke variabelen doorslaggevend zijn geweest voor de uitkomst, het type gegevens dat wordt gebruikt en de eventuele beslisregels. Hierbij merkt de minister op dat er uit wet- en regelgeving gronden kunnen volgen om de mate van uitlegbaarheid te beperken, maar concludeert hij tevens dat het belang van uitlegbaarheid de voorkeur kan hebben boven puur ‘technische’ transparantie. Overigens sluit de minister zijn brief af met de conclusie dat in het licht van twee lopende onderzoeken van werkgroepen die bezig zijn met het opstellen van richtlijnen voor het inzichtelijk maken van algoritmen die de overheid gebruikt voor toezichthouders en de rechtspraak, respectievelijk voor publieksvoorlichting over Big Data analyses door de overheid, hij het nu nog te vroeg acht om een oordeel over de hierboven aangehaalde motie te geven. Hij verwacht begin 2019 een beter oordeel over de motie te kunnen geven en verzoekt dan ook om de motie tot dat moment aan te houden.

In het licht van het voorgaande is het nuttig even een uitstapje te maken naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) van 17 mei 2017. In die uitspraak formuleert zij met het oog op reële rechtsbescherming een toetsingskader voor het gebruik van het softwaresysteem AERIUS.<sup>54</sup> Dit programma maakt deels geautomatiseerde besluitvorming mogelijk bij het PAS dat voorziet in een toestemmingsregime voor activiteiten die stikstofneerslag veroorzaken op Natura 2000-gebieden. Voor het PAS en AERIUS wordt het risico van ondoorzichtigheid van besluitvorming door de Afdeling uitdrukkelijk onderkend. Een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames kan ertoe leiden dat een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaat, omdat zij niet kunnen controleren op basis waarvan tot een besluit wordt gekomen. Vanuit het perspectief van partijen kan sprake zijn van een ‘black box’, aldus de ABRvS. Om de controleerbaarheid van de besluitvorming op grond van het PAS te verzekeren, heeft de Afdeling voor het bevoegd gezag de volgende norm geformuleerd:

“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.”

Dit toetsingskader sluit aan bij de ICT-beginselen, zoals transparantie, die al eerder in de literatuur zijn voorgesteld.<sup>55</sup> Weliswaar ziet deze beoordelingsmaatstaf alleen op het softwaresysteem AERIUS in het kader van het PAS, maar hij kan uiteraard ook relevant zijn voor andere geautomatiseerde besluitvormingsprocessen. De Minister voor Rechtsbescherming heeft aangegeven dat deze uitspraak aanzet en dwingt tot het maken van meters als het gaat om het inzichtelijk maken van door de overheid gebruikte algoritmes.<sup>56</sup>

Kijken we weer naar de AVG, dan zijn er ook beperkingen mogelijk op de hiervoor genoemde verplichtingen om informatie te verstrekken. Bijvoorbeeld als dat noodzakelijk en evenredig is ter waarborging van een taak op het gebied van toezicht, inspectie of regelgeving.<sup>57</sup> Tegen de weigering om de gevraagde informatie te verstrekken, staat bestuursrechtelijke rechtsbescherming open in de vorm van bezwaar en beroep.<sup>58</sup>

## 6. Conclusie

In deze bijdrage is nagegaan hoe geautomatiseerde besluitvorming door de overheid zich verhoudt tot het verbod op geautomatiseerde besluitvorming zoals neergelegd in artikel 22 AVG. Duidelijk is geworden dat dit verbod van toepassing is op geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten in de zin van de Awb. Wanneer een besluit niet ‘uitsluitend’ is gebaseerd op geautomatiseerde verwerking, dan is het verbod niet van toepassing. In het bestuursrecht is puur geautomatiseerde besluitvorming alleen denkbaar bij gebonden bevoegdheden en niet bij discretionaire bevoegdheden. Is voorzien in menselijke tussenkomst, dan mag dat niet enkel symbolisch zijn, anders is artikel 22 AVG alsnog van toepassing. Het verbod geldt uiteraard niet wanneer geen sprake is van verwerking van persoonsgegevens, zoals bij de WOZ-beschikking.

Een uitzondering op het verbod zoals neergelegd in artikel 22 AVG is mogelijk wanneer daar op nationaal niveau een wettelijke grondslag voor is. De Nederlandse wetgever heeft in artikel 40 UAVG een algemene wettelijke uitzondering gecreëerd voor geautomatiseerde besluitvorming die geen profilering inhoudt. In het licht van de kritiek van de Afdeling advisering van de Raad van State op deze bepaling, moet nog worden gezien of deze bepaling inderdaad een voldoende wettelijke grondslag vormt. Niet is uitgesloten dat artikel 22 AVG een specifieke wettelijke grondslag vereist, waardoor de algemene uitzondering geen stand kan houden. Het is wachten op een rechterlijke uitspraak daarover. Wellicht is die al te verwachten in de nabije toekomst. Het is immers niet ondenkbeeldig dat het aantal procedures over geautomatiseerde overheidsbesluitvorming en de houdbaarheid daarvan in het licht van de AVG een vlucht zal nemen. Wat hier verder ook van zij, wat ons betreft zou geautomatiseerde besluitvorming hoe dan ook zoveel mogelijk een specifieke wettelijke grond-

slag moeten hebben. Dat dwingt de wetgever immers om bewust stil te staan bij de noodzakelijkheid en proportionaliteit van het gebruik van een algoritme en na te denken over de benodigde waarborgen.

Heeft de wetgever eenmaal gekozen voor de inzet van algoritmische besluitvorming, dan is het naar onze mening belangrijk dat de controleerbaarheid en transparantie daarvan zo veel mogelijk zijn geborgd, onder meer om rechterlijke controle mogelijk te maken. De *disclosure*-bepalingen in de AVG bieden daarvoor handvatten, evenals de rechtspraak van de ABRvS over het softwareprogramma AERIUS. Het op een begrijpelijke manier exhiberen van door de overheid gebruikte algoritmes zal niet altijd even gemakkelijk zijn. Met name bij de toepassing van geavanceerde algoritmes, die dikwijls zelflerend zijn, neemt de ingewikkeldheid toe en is het nog maar de vraag of op een toegankelijke manier transparantie kan worden geboden.<sup>59</sup> Wellicht dat naar analogie van het *'privacy by design'*<sup>60</sup> principe bij het ontwerp van een algoritme al rekening kan worden gehouden met de uitlegbaarheid ervan. Zo is wel het idee geopperd van een zogenoemde *'black box'* die de gegevens registreert van elke handeling die het softwaresysteem uitvoert, met inbegrip van de redeneringen die tot zijn beslissingen hebben bijgedragen.<sup>61</sup> Een *'black box'* als remedie tegen een *'black box'*. Het zou in ieder geval goed zijn wanneer

juristen al in een vroeg stadium bij de ontwikkeling van een algoritme worden betrokken zodat rechtsstatelijkheid zo veel mogelijk vooraf wordt verzekerd.<sup>62</sup> Tegen deze achtergrond kijken wij verheugd uit naar de uit-

## Heeft de wetgever eenmaal gekozen voor de inzet van algoritmische besluitvorming, dan is het belangrijk dat de controleerbaarheid en transparantie daarvan zo veel mogelijk zijn geborgd

komsten van de verschillende onderzoeken die het kabinet over geautomatiseerde overheidsbesluitvorming heeft aangekondigd en de voorstellen van het kabinet over transparantie inzake de door de overheid gebruikte algoritmes. •

52. *Handelingen II* 2017/18, 90, item 3, p. 4-5.

53. *Kamerstukken II* 2018/19, 26643, 570.

54. ABRvS 17 mei 2017,

ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 14.4. De Afdeling heeft deze uitspraak verijnd in ABRvS 18 juli 2018,

ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23. Zie hierover R. Benhadi, 'Geautomatiseerde besluitvorming in het omgevingsrecht',

*StAB* 2017, afl. 3, p. 7-16. Zie ook HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316

over het geautomatiseerd nemen van een WOZ-beschikking. Vgl. ook CRvB 2 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ9342, AB 2009/378, m.nt. A. Tollenaar.

55. Onder anderen H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen', in: H. Franken e.a., *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 42-44.

56. *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 543, p. 30.

57. Art. 23 lid 1 aanhef en onder h AVG.

Volgens de Minister voor Rechtsbescherming biedt art. 23 voor het eerder genoemde SyRi de ruimte om de transparantie te beperken met het oog op toezicht en handhaving. *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 543, p. 29.

58. Art. 34 UAVG.

59. Bovendien zou de maatschappelijke toevoegde waarde van complexe algoritmes door een uitlegbaarheidseis kunnen worden beperkt. Zie *Kamerstukken II* 2018/19,

26643, 570, p. 8.

60. Art. 25 lid 1 AVG.

61. Zie randnummer 12 van de Resolutie van het Europees Parlement van 16 februari 2017 met aanbevelingen aan de Commissie over civielrechtelijke regels inzake robotica (2015/2103(INL)). (PB\_TA(2017)0051).

62. Vgl. H. Lammerant, P. Blok & P. de Hert, 'Big Data besluitvormingsprocessen en sluiptwegen van discriminatie', *NTM/NJCM-Bulletin* 2018, afl. 1, p. 22-23 die pleiten voor 'non-discrimination by design'.