

## AR meets AI

Wolswinkel, Johan

*Published in:*  
Computerrecht

*Document version:*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2020

[Link to publication](#)

*Citation for published version (APA):*  
Wolswinkel, J. (2020). AR meets AI: Een bestuursrechtelijk perspectief op een nieuwe generatie besluitvorming. *Computerrecht*, 2020(1), 22-29. [4].

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# AR meets AI. Een bestuursrechtelijk perspectief op een nieuwe generatie besluitvorming

Computerrecht 2020/4

**De ontwikkelingen op het terrein van artificiële intelligentie (AI) volgen elkaar in snel tempo op, ook binnen het bestuurlijk-juridische domein. Het afgelopen najaar heeft het kabinet zelfs een Strategisch Actieplan voor Artificiële intelligentie (SAPAI) opgesteld, dat niet alleen oog heeft voor benutting van het potentieel van AI, maar ook voor de risico's en bedreigingen die hiermee gepaard gaan. Hoewel het bestuursrecht - in het pre-digitale tijdperk nog aangeduid als administratief recht (AR) - vanouds een dubbele functie heeft van legitimeren én begrenzen van overheidsoptreden en dus een belangrijke rol kan vervullen in het debat over AI, staat het nog grotendeels buitenspel. Dit artikel verkent daarom wat het bestuursrecht te bieden heeft als het gaat om de normering van AI binnen het openbaar bestuur.**

## 1. Inleiding

“Er bestaan verschillende typen algoritmes. Het algoritme voor het toekennen van een toeslag heeft doorgaans het karakter van een eenvoudige beslisboom (*rule based*) met een beperkt aantal variabelen en drempelwaarden [...]. Een algoritme kan ook meer complex zijn en bijvoorbeeld op basis van een aantal casussen voorspellingen doen over nog niet bekende gevallen (*case based*) [...]. We betreden dan de wereld van *machine learning*, *deep learning*, zelflerende algoritmes en kunstmatige intelligentie.”<sup>2</sup>

Artificial Intelligence (AI) is aan een opmars bezig. Met deze opmars rijzen niet alleen vragen hoe het potentieel van AI te benutten, maar ook hoe de keerzijden van AI in toom te houden. Het Nederlandse kabinet heeft daartoe onlangs het ‘Strategisch Actieplan voor Artificiële intelligentie’ (SAPAI) gelanceerd en in dat verband niet minder dan drie brieven aan de Tweede Kamer verzonden.<sup>3</sup> Algemene inzet van dit actieplan is een *human-centred*-benadering van AI. Een van de onderdelen daarvan betreft de ontwikkeling van waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid.<sup>4</sup>

Een centrale stellingname van de Minister voor Rechtsbescherming in zijn Kamerbrief over waarborgen tegen

risico's van data-analyses door de overheid is dat de bestaande regelgeving, waaronder de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en de Algemene wet bestuursrecht (Awb), onvoldoende is toegespitst op het specifieke karakter van op algoritmes gebaseerde data-analyses om deze risico's voldoende te beperken, zodat het nodig is om hiervoor aanvullende waarborgen te realiseren.<sup>5</sup> Met andere woorden: het huidige bestuursrecht is onvoldoende in staat om tegenwicht te bieden aan de ontwikkelingen op het terrein van AI.

In deze bijdrage wordt deze stellingname nader onder de loep genomen. Centraal staat de vraag of het Nederlandse bestuursrecht inderdaad onvoldoende is toegesneden op de eigen aard van AI. Het algemene karakter van deze vraag brengt mee dat een zekere beperking is aangewezen. Om die reden beoordeelt deze bijdrage het Nederlandse bestuursrecht specifiek in relatie tot *machine learning* (ML),<sup>6</sup> aangezien juist dit deelgebied van AI in toenemende mate relevant kan zijn voor bestuurlijke besluitvorming. Zelfs met die beperking geeft deze bijdrage eerder een aanzet tot het doordenken van de relatie tussen bestuursrecht en AI/ML dan een volledige karakterisering daarvan.

Hoewel de aandacht in de bestuursrechtelijke literatuur voor digitalisering en geautomatiseerde besluitvorming enorm toeneemt, is er nog weinig afzonderlijke aandacht voor de betekenis van AI binnen geautomatiseerde besluitvorming.<sup>7</sup> Weliswaar wordt veelvuldig gerefereerd aan AI, *machine learning* en zelflerende algoritmes in algemene beschouwingen over geautomatiseerde besluitvorming, maar binnen die literatuur sneeuwt de specifieke verhouding tussen AI/ML en het bestuursrecht uiteindelijk toch onder.<sup>8</sup>

1 Prof. mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, markt & data aan Tilburg University. Deze bijdrage is mede 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).  
2 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 3.  
3 *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nrs. 640, 641 en 642.  
4 Zie in het bijzonder *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nr. 641 (hierna: Kamerbrief).

5 Kamerbrief, p. 3. De Kamerbrief komt ter onderbouwing van deze stellingname overigens niet verder dan de opmerking in een voetnoot dat de motiveringsplicht onder de Awb zich uitsluitend richt tot de geadresseerden van een besluit (Kamerbrief, p. 6).  
6 Het is weinig gebruikelijk om deze term te vertalen, maar in overweging 10 van Richtlijn (EU) 2019/1024 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie, *PbEU* 2019, L 172/56, wordt gesproken over ‘machinaal leren’.  
7 Een uitzondering hierop betreft M.S. Scheltema, ‘Artificial Intelligence en transnationale private regulering: een nuttige combinatie?’, in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 771-785, die zich echter richt op de rol van transnationale private regulering (TPR) in plaats van traditionele overheidsregulering, waartoe het (nationale) bestuursrecht kan worden gerekend. Zie verder de met de Piet Hein Donner Scriptieprijs bekroonde scriptie ‘Algoritmes en besluiten. Een onderzoek naar de bestuursrechtelijke inbedding van algoritmische besluitvorming’ (Utrecht: Universiteit Utrecht 2019) van Chris Adriaansz (<https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@118622/chris-adriaansz-wint-scriptieprijs/>).  
8 Zie onder meer Advies Raad van State betreffende digitalisering, *Stcr.* 2018, 50999, par. 3.2, en B.M.A. van Eck, M.A.P. Bovens & S. Zouridis, ‘Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat’, *NJB* 2018/2101, afl. 40, p. 3014.

Deze bijdrage richt zich daarom specifiek op die verhouding, maar beoogt daarbij voort te bouwen op de juridische verworvenheden op het terrein van traditionele (menselijke) besluitvorming en geautomatiseerde besluitvorming.<sup>9</sup>

Deze bijdrage begint met een karakterisering van AI en de hiermee geassocieerde uitdagingen (par. 2). Vervolgens wordt in drie stappen verkend welke kaders het bestuursrecht momenteel te bieden heeft als het gaat om de normering van AI-toepassingen door het openbaar bestuur (par. 3). Op basis hiervan wordt AI met die huidige bestuursrechtelijke kaders geconfronteerd en worden enkele denkrichtingen voor de rechtsontwikkeling geïdentificeerd (par. 4). Voor een beschrijving van de huidige bestuursrechtelijke kaders voor (geautomatiseerde) besluitvorming vormen nationale wetgeving en jurisprudentie het uitgangspunt. Voor een confrontatie van deze juridische kaders met AI/ML vormt het toetsingsmodel dat Coglianese en Lehr hebben gehanteerd voor het Amerikaanse bestuursrecht in relatie tot *machine learning*, het vertrekpunt.<sup>10</sup>

## 2. AI-besluitvorming: een plaatsbepaling

### 2.1 *Machine learning* (ML)

“AI refereert aan systemen die intelligent gedrag vertonen door hun omgeving te analyseren, de verzamelde data te interpreteren en op basis daarvan te bepalen welke actie het beste is om specifieke doelen te bereiken. Er worden grofweg twee typen AI-systemen onderscheiden, namelijk: *rule-based* en *machine learning*. *Rule-based*-systemen komen tot beslissingen op basis van vóóraf gedefinieerde regels en leren niet van de data die ze verwerken. *Machine learning*-systemen ‘leren’ daarentegen wel regels door patronen af te leiden uit data.”<sup>11</sup>

Bij gebrek aan een eenduidige definitie fungeert AI soms als een containerbegrip waarmee allerlei computertoepassingen worden geassocieerd.<sup>12</sup> Hoewel inderdaad ook *rule-based* systemen tot het domein van AI kunnen worden gerekend,<sup>13</sup> bestaat momenteel vooral belangstelling voor het potentieel van *machine learning*. Deze tak van AI is gericht op het nabootsen van menselijk handelen in de zin dat het computersysteem zich kan aanpassen aan veranderende omstandigheden en zelf patronen in data kan ontdekken en extrapoleren.<sup>14</sup> *Machine learning* gaat ervan uit

dat het computersysteem zelf – zonder nadere menselijke interventie<sup>15</sup> – kan leren van historische data en op basis daarvan zijn voorspellende prestaties kan verbeteren.<sup>16</sup> ‘Leren’ (of trainen) heeft in dit verband overigens een zeer specifieke betekenis: het toekennen van gewichten aan wiskundige formules.<sup>17</sup> Het meest eenvoudige voorbeeld van het toekennen van gewichten aan formules betreft lineaire regressie, waarbij een lineair verband wordt verondersteld tussen input en output. *Machine learning* maakt het mogelijk om deze – soms te simplistische – veronderstelling van een lineaire functie los te laten en allerlei andere wiskundige formules in ogenschouw te nemen die wellicht beter in staat zijn om het patroon van input- en output-data te beschrijven.

Dit *zelflerende* element is volgens Coglianese en Lehr het eerste kenmerk waardoor ML zich onderscheidt van eerdere vormen van geautomatiseerde verwerking van data (gegevens). Deze zelflerende algoritmes blijken geregeld beter de relatie tussen variabelen te kunnen voorspellen dan klassieke methoden (zoals lineaire regressie). De accuraatheid van ML heeft echter een prijs in de zin dat de verbanden tussen de verschillende variabelen – anders dan de rechte lijn bij lineaire regressie – niet altijd intuïtief uitlegbaar zijn. Dit tweede kenmerk duiden Coglianese en Lehr aan als het *black box* karakter van ML. Tot slot vindt ML geautomatiseerd plaats en kan deze snelheid van besluitvorming ertoe leiden dat de ruimte (tijd) voor menselijke beraadslagingen beperkt is.<sup>18</sup>

### 2.2 *ML-besluitvorming binnen het openbaar bestuur: een blinde vlek?*

ML-besluitvorming zou kunnen worden beschouwd als de volgende generatie van geautomatiseerde besluitvorming. Als zodanig is geautomatiseerde besluitvorming binnen de overheid geen nieuw verschijnsel; in de jaren negentig van de vorige eeuw werden al computersystemen gebruikt om (op grote schaal) beschikkingen te geven.<sup>19</sup> Als het echter specifiek gaat om toepassingen van AI binnen het openbaar bestuur, dan is de oogst daarvan mager. Een recente *quick scan* van TNO over AI in de publieke dienstverlening laat zien dat voor bijna alle van de 79 door TNO geïdentificeerde toepassingen geldt dat het lastig is om te bepalen of er daadwerkelijke sprake is van AI (‘datagedreven’ of ‘zelflerende’ algoritmen of ‘machine learning’) of ‘slechts’ van intensief datagebruik en -koppeling.<sup>20</sup> Daarbij komt dat de werking van diverse geautomatiseerde systemen onvoldoende bekend is, zodat het lastig is om dergelijke systemen te kwalifi-

9 Zie in meer algemene zin voor deze benadering: C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie), Tilburg 2020.

10 Zie C. Coglianese & D. Lehr, ‘Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era’, *The Georgetown Law Journal* 2017, p. 1127-1243.

11 *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nr. 642, p. 7.

12 Zie ook Scheltema 2019, p. 772.

13 C. Grosan & A. Abraham, *Intelligent Systems. A Modern Approach*, Berlin/Heidelberg: Springer 2011, p. 149, typeren dergelijke *rule-based* systemen (ofwel expertsystemen) als de meest eenvoudige vorm van artificiële intelligentie.

14 Zie S. Russell & P. Norvig, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Prentice Hall: Upper Saddle River 2010, p. 1-2.

15 Dit betekent uiteraard niet dat het ML-algoritme zonder enige menselijke interventie tot stand is gekomen (vgl. Coglianese & Lehr 2017, p. 1177).

16 Zie Russell & Norvig 2010, p. 693-696.

17 Vgl. *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nr. 642, p. 7.

18 Coglianese & Lehr 2017, p. 1156-1160 en 1167.

19 Zie bijvoorbeeld de case-studies in M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2004, p. 139-214.

20 TNO, *Quick scan AI in de publieke dienstverlening* (eindpresentatie 8 april 2019).

ficeren als een bepaalde AI-toepassing.<sup>21</sup> De *quick scan* voegt hieraan echter toe dat zelfs wanneer momenteel slechts nog sprake is van data-intensieve toepassingen, het gebruik van AI 'de volgende stap' kan zijn in die toepassingen.

In theorie is dus ook binnen het openbaar bestuur het potentieel van ML/AI enorm. Daarbij is met name het prospectieve vermogen van ML van belang, waardoor op basis van historische data voorspellingen kunnen worden gedaan over toekomstige gevallen. Dit prospectieve vermogen van ML kan niet alleen worden benut bij toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften, maar ook bij het geven van beschikkingen, zoals subsidies en vergunningen, waarbij prospectieve elementen een rol spelen.<sup>22</sup> Bij dit alles past wel de kanttekening dat ML-besluitvorming andere vormen van (algoritmische) besluitvorming met name overtreft indien grote aantallen data beschikbaar zijn.<sup>23</sup>

### 3. Drie bestuursrechtelijke kaders voor AI-besluitvorming

#### 3.1 Normering van besluitvorming in vogelvlucht

Vertrekpunt bij de normering van besluitvorming door het openbaar bestuur vormt het legaliteitsvereiste: de bevoegdheid tot overheidsoptreden moet berusten op een wettelijke grondslag. In het verlengde hiervan moet de uitoefening van deze bevoegdheid plaatsvinden binnen de grenzen van de wet.<sup>24</sup>

Voor de eerste dimensie van het legaliteitsvereiste is het systeem van bevoegdheidsverrijking van belang.<sup>25</sup> Attributie houdt in dat een bevoegdheid tot het nemen van besluiten wordt gecreëerd en toegekend aan een bepaald bestuursorgaan. Vanwege het legaliteitsvereiste is in beginsel uitsluitend de wetgever bevoegd om een bestuursbevoegdheid te attribueren.<sup>26</sup> Een bestuursorgaan dat beschikt over een bestuursbevoegdheid, kan die bevoegdheid uiteraard zelf uitoefenen, maar ook in zijn naam laten uitoefenen door een ander. In dat geval is sprake van mandaat en wordt de bevoegdheid onder verantwoordelijkheid van (en in naam van) dat bestuursorgaan uitgeoefend.<sup>27</sup> Mandaatverlening is in beginsel toegestaan, tenzij een wettelijk voorschrift

anders bepaalt of de aard van de bevoegdheid zich daartegen verzet.<sup>28</sup> Wanneer een bevoegdheid wordt overgedragen aan een ander die deze vervolgens in eigen naam en onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent, is sprake van delegatie.<sup>29</sup> Omdat delegatie de wettelijke bevoegdheidstoekenning doorkruist, is delegatie van een bevoegdheid slechts toegestaan indien hiervoor een wettelijke grondslag bestaat.<sup>30</sup>

Waar de eerste dimensie van het legaliteitsvereiste overheidsoptreden reeds begrenst door het vereiste van een wettelijke bevoegdheidsgrondslag, geeft de tweede dimensie hieraan een verdere begrenzing door de eis dat de bevoegdheidsuitoefening vervolgens in overeenstemming met de wet moet plaatsvinden. Vanwege het open en abstracte karakter van wetgeving kan die verdere begrenzing in werkelijkheid echter beperkt zijn. De wetgever kan zelfs bewust beslissingsruimte creëren voor het bestuur, waardoor de uitkomst van de bevoegdheidsuitoefening niet op voorhand in wetgeving vastligt.<sup>31</sup> Om te voorkomen dat die bestuurlijke beslissingsruimte wordt misbruikt, zijn in aanvulling op de geldende wetgeving algemene beginselen van behoorlijk bestuur tot ontwikkeling gekomen die het bestuursorgaan in acht moet nemen bij zijn bevoegdheidsuitoefening, ongeacht de geldende wetgeving. Deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel, etc.) fungeren daarmee als aanvullende gedragsnorm voor het openbaar bestuur.<sup>32</sup>

#### 3.2 Normering van geautomatiseerde besluitvorming

Hoewel geautomatiseerde besluitvorming door de overheid zeker geen nieuw verschijnsel is, is de normering van geautomatiseerde besluitvorming altijd wat onder de bestuursrechtelijke radar gebleven. Toch is geautomatiseerde besluitvorming in de afgelopen decennia zeker niet volledig aan het bestuursrecht voorbijgegaan. Een duidelijk voorbeeld hiervan betreft de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over het CBBS-systeem.<sup>33</sup> De Centrale Raad van Beroep oordeelde over dit computersysteem inzake arbeidsongeschiktheidsbeoordelingen dat een geautomatiseerd systeem ter ondersteuning van besluitvorming moet voldoen aan eisen op het terrein van transparantie (inzichtelijkheid), verifieerbaarheid en toetsbaarheid. Wanneer aan die eisen niet wordt voldaan, kan een besluit dat op basis van dit systeem wordt genomen, in strijd komen met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.<sup>34</sup>

Juist de afgelopen jaren lijkt de aandacht van het bestuursrecht voor geautomatiseerde besluitvorming in een stroom-

21 Zie ook het vignet 'Syri' in bovengenoemde *quick scan* van TNO, waarbij het type technologie/AI wordt omschreven als 'onbekend'.

22 Coglianesi & Lehr 2017, p. 1171. Zie ook N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van 'black box'-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 192-193.

23 C. Coglianesi & D. Lehr, 'Transparency & Algorithmic Governance', *Administrative Law Review* 2019, p. 17.

24 Zie uitgebreider over het legaliteitsvereiste in relatie tot digitalisering: 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. 267-268.

25 Zie uitgebreider S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 11-49.

26 Een enkele uitzondering op dit vereiste van een wettelijke grondslag is mogelijk. Zie bv. art. 4:23 Awb inzake subsidieverstreking.

27 Art. 10:1 Awb.

28 Art. 10:3 Awb.

29 Art. 10:13 Awb.

30 Art. 10:15 Awb.

31 Zie nader P.J. Huisman & N. Jak, 'Beslissingsruimte: handvatten voor de rechterlijke toetsingsintensiteit', *NTB* 2019/20 (p. 215-216).

32 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat 1*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 333.

33 Zie uitgebreider Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 181-184.

34 Zie CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4716, en nadien onder meer CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9971.

versnelling te zijn terechtgekomen. Centraal in deze ontwikkeling staat de AERIUS-jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling).<sup>35</sup> De Afdeling oordeelde over dit computersysteem dat moest worden gebruikt bij de berekening van stikstofdepositie als volgt:

“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 zogenaemde “black box” immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen [...]”<sup>36</sup>

“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>37</sup>

Wanneer we dit AERIUS-systeem plaatsen binnen het bestuursrechtelijke kader van besluitvorming, dan komen bei-

de elementen van het legaliteitsvereiste hierin nadrukkelijk terug. Enerzijds bestaat (bestond) een wettelijke grondslag voor het gebruik van deze vorm van geautomatiseerde besluitvorming, anderzijds formuleert de Afdeling aanvullende normen die bij het gebruik van dit systeem in acht moeten worden genomen, namelijk de verplichting van een volledig, tijdige, actieve (‘uit eigen beweging’) en passende openbaarmaking van de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames. Deze jurisprudentielijn is inmiddels overgenomen door de Hoge Raad en de Centrale Raad van Beroep. Vermeldenswaard hierbij is dat de Hoge Raad de overwegingen ook heeft betrokken op volledig geautomatiseerde besluitvorming,<sup>38</sup> terwijl de Centrale Raad van Beroep de openbaarmakingsverplichting nadrukkelijker in verband heeft gebracht met het grondrechtelijke perspectief van art. 6 EVRM en de hieruit voortvloeiende noodzaak van ‘equality of arms’.<sup>39</sup>

Waar de jurisprudentie zich voornamelijk lijkt te richten op inzichtelijkheid van de besluitvorming,<sup>40</sup> heeft de Hoge Raad ook enige aandacht besteed aan de vraag of geautomatiseerde besluitvorming als zodanig is toegestaan, specifiek in het kader van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV). Op grond van deze wet zijn ambtenaren die zijn belast met het toezicht op de naleving van verkeersvoorschriften, bevoegd tot het opleggen van een administratieve sanctie ter zake van de door hen of op geautomatiseerde wijze vastgestelde gedragingen aan personen die de leeftijd van twaalf jaren hebben bereikt.<sup>41</sup> De zinsnede ‘of op geautomatiseerde wijze’ is in 2000 toegevoegd in verband met trajectcontrole en registratiekoppeling.<sup>42</sup> Aan de Hoge Raad werd in het kader van cassatie in het belang van de wet de vraag voorgelegd of geautomatiseerde sanctieoplegging mogelijk was. De Hoge Raad oordeelde hierover dat enerzijds vaststond dat de administratieve sanctie aan de betrokkene was opgelegd door een ambtenaar die met het toezicht op de naleving van het desbetreffende voorschrift was belast (dus niet volledig geautomatiseerd) en dat anderzijds tekst noch strekking van de WAHV de bevoegdheid tot sanctieoplegging van die ambtenaar beperkten tot gevallen waarin, alvorens de sanctie werd opgelegd, was onderzocht of sprake is van bijzondere omstandigheden die een nadere beoordeling vergen. Anders gezegd: geautomatiseerde besluitvorming was in

35 Het gebruik van AERIUS was tot voor kort (zie *Stcrt.* 2019, 48301) voorgeschreven in art. 2.1 Regeling natuurbescherming: voor de vaststelling of een project of andere handeling door het veroorzaken van stikstofdepositie op een voor stikstof gevoelig habitat in een Natura 2000-gebied een verslechterend of significant verstorend effect kon hebben, werd de stikstofdepositie berekend met gebruikmaking van AERIUS Calculator, dat werd beheerd onder de verantwoordelijkheid van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit. AERIUS Calculator werd gedefinieerd als het rekeninstrument, bestaande uit een softwareprogramma, beschikbaar op [www.aerius.nl](http://www.aerius.nl), versie 2016L, en een handboek, beschikbaar op [www.aerius.nl](http://www.aerius.nl), versie 2016L (art. 1 Regeling natuurbescherming). Zie nader *Stcrt.* 2016, 55791, waarin wordt benadrukt dat als onderdeel van de vaststelling van AERIUS Calculator als rekeninstrument de Staatssecretaris van Economische Zaken en de Minister van Infrastructuur en Milieu een handboek hebben vastgesteld dat inzichtelijk maakt hoe de berekeningen van de stikstofdepositie door AERIUS Calculator tot stand komen.

36 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck (PAS), r.o. 14.3.

37 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck (PAS), r.o. 14.4. Deze uitspraak heeft de Afdeling weer enigszins genuanceerd in haar vervolguitspraak ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, *Computerrecht* 2018/253 (Blankenburg), r.o. 23.4-23.7.

38 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, r.o. 2.3.3.

39 CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737, r.o. 4.3.1. Zie over dit perspectief ook J.C.A. de Poorter & J. Goossens, ‘Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming’, *NJB* 2019/2777, p. 3306.

40 De Centrale Raad van Beroep bevestigt in zijn uitspraak van 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737, r.o. 4.3.1, dat het CBBS in beginsel rechtens aanvaardbaar te achten als ondersteunend systeem en ondersteunende methode bij de beoordeling of, en zo ja in welke mate, iemand arbeidsongeschikt is te achten in de zin van de arbeidsongeschiktheidswetten.

41 Zie art. 3 lid 1 en 2 WAHV.

42 Zie hierover *Kamerstukken II* 1997/98, 25 927, nr. 3, p. 11. Overigens beschouwt de Nederlandse regering geautomatiseerde sanctieoplegging op grond van de WAHV als een (legitieme) vorm van volledig geautomatiseerde besluitvorming (*Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 120-121).



dit geval met een (minimale) 'human in the loop' volgens de Hoge Raad mogelijk.<sup>43</sup>

Het voorgaande laat zien dat het bestuursrecht ten aanzien van de normering van geautomatiseerde besluitvorming in beweging is. Winst van de meest recente ontwikkelingen is dat waar voorheen ten aanzien van bepaalde computersystemen al een eigen jurisprudentielijn zichtbaar was, zoals bij de Centrale Raad van Beroep, nu over de volle breedte het belang van normering van geautomatiseerde besluitvorming nadrukkelijk wordt geëxpliciteerd. Daarmee is in aanvulling op het algemene kader voor bestuurlijke besluitvorming dus een extra laag voor geautomatiseerde besluitvorming gecreëerd.

### 3.3 Normering van AI-besluitvorming?

De vervolgvraag is wat het bestuursrecht te bieden heeft als het gaat om normering van AI-besluitvorming, in het bijzonder geautomatiseerde besluitvorming met behulp van zelflerende systemen. Juist nu AI-toepassingen in het openbaar bestuur nog amper voorkomen, heeft het bestuursrecht geen historische data (casus) beschikbaar waarbij sprake is van geautomatiseerde besluitvorming met behulp van zelflerende systemen.<sup>44</sup> Waar de bestuursrechtelijke jurisprudentie dus nog geen concrete aanknopingspunten biedt voor normering van AI-besluitvorming, beogen de door het kabinet opgestelde waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid dit wel in zekere zin te doen. Deze waarborgen vallen in de Kamerbrief uiteen in twee categorieën: wettelijke waarborgen (ten aanzien van profilering en gebiedsgebonden analyse) en waarborgen in de vorm van richtlijnen. Binnen deze laatste categorie van niet-bindende waarborgen wordt een nader onderscheid gehanteerd tussen richtlijnen voor de toepassing van algoritmes en richtlijnen voor de voorlichting aan het publiek over data-analyses. Zeven richtlijnen worden geformuleerd in het kader van de toepassing van algoritmes: (i) risicobewustzijn, (ii) uitlegbaarheid, (iii) gegevensherkenning, (iv) auditeerbaarheid, (v) verantwoording, (vi) validatie, en (vii) toetsbaarheid.

Waar de categorie-indeling van de verschillende typen waarborgen nog duidelijk is, geldt dat niet meer voor de inhoudelijke uitwerking van die waarborgen. In de Kamerbrief wordt namelijk een onderscheid aangekondigd tussen twee typen waarborgen (wettelijke normen en richtlijnen), maar vervolgens wordt in diezelfde brief een overzicht van 'mogelijke waarborgen' gegeven aan de hand van een andere tweedeling, namelijk tussen transparantiewaarborgen en kwaliteitswaarborgen. Nadere bestudering van de bijlage 'Richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door

overheden' levert evenmin een eenduidig beeld op. Sommige waarborgen uit die bijlage worden wel uitgewerkt in een nadere bijlage, maar andere waarborgen worden daarin slechts één op één herhaald, zodat van een uitwerking of nadere toelichting geen sprake is.<sup>45</sup>

Het gebrek aan inhoudelijke samenhang tussen de verschillende documenten kan negatieve gevolgen hebben voor het richtinggevend karakter van deze richtlijnen. De richtlijnen hebben inderdaad geen status van wettelijke normen, maar zelfs de kwalificatie van richtlijnen is hier misschien te pretentius.<sup>46</sup> De vraag is namelijk of daadwerkelijk concrete gedragslijnen kunnen worden afgeleid uit deze richtlijnen.<sup>47</sup> Soms lijken de richtlijnen wel erg vrijblijvend geformuleerd,<sup>48</sup> soms wordt slechts vrij impliciet een norm geformuleerd. Het meest verstrekkend is wellicht de norm die wordt afgeleid uit de richtlijn inzake uitlegbaarheid, namelijk dat overheidsorganisaties *in beginsel* geen algoritmes mogen hanteren die te complex zijn om te kunnen worden uitgelegd.<sup>49</sup>

Wat verder opvalt is dat de terminologie van de richtlijnen (uitlegbaarheid, toetsbaarheid, validatie, auditeerbaarheid, etc.) niet overeenkomt met de gangbare terminologie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheid, motivering, etc.).<sup>50</sup> Dat is op zich geen probleem, omdat de richtlijnen juist zijn toegespitst op data-analyses. Er wordt echter evenmin een poging ondernomen om de terminologie van beide kaders ten opzichte van elkaar te situeren. Zo is het in de literatuur over geautomatiseerde besluitvorming buitengewoon populair begrip 'uitlegbaarheid' eigenlijk een grote onbekende in het bestuursrechtelijke jargon.<sup>51</sup> Alleen bij de richtlijn inzake 'toetsbaarheid' wordt gewezen op de bestuursrechtelijke jurisprudentie inzake geautomatiseerde besluitvorming. Verder wordt in

43 Zie in dit verband de annotatie van B.F. Keulen onder HR 16 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:240, NJ 2016/404, die zich afvraagt of de waarborg van sanctieoplegging door een opsporingsambtenaar niet moet worden vervangen door een waarborg ten aanzien van het computersysteem.

44 Ook in het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (zie voetnoot 8) worden in par. 3.4 geen specifieke consequenties verbonden aan zelflerende algoritmes/*deep learning*, ook al wordt dit verschijnsel wel afzonderlijk onderkend in par. 3.2.

45 De bijlage bij Brief over waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid valt uiteen in twee bijlagen: Bijlage 1 ('Richtlijnen voor het toepassen van algoritmes door overheden') en Bijlage 2 ('Toelichting op typen data-analyses waarvoor wettelijke waarborgen zullen gaan gelden'). Bijlage 1 bevat op haar beurt weer twee aanvullende bijlagen: bijlage 1.1 ('Nadere toelichting/uitwerking richtlijnen algoritmes') en bijlage 1.2 ('Richtlijnen inzake publieksvoorlichting over data-analyses').

46 Overigens heeft het kabinet de kwalificatie 'richtlijn' bewust verkozen boven 'handreiking'. Zie Bijlage 1, p. 2.

47 Veelzeggend is het volgende citaat uit de bijlage bij de Kamerbrief: "Naast technische transparantie en uitlegbaarheid van het algoritme, van zowel de procedures die door het algoritme gevolgd worden als de specifieke beslissingen die zijn gemaakt, is het tevens noodzakelijk dat al bij de ontwikkeling van het algoritme rekening wordt gehouden met een aantal richtlijnen. Daarvoor zijn er de volgende richtlijnen geformuleerd: [...] Uitlegbaarheid (curs. CJW)."

48 Zie Bijlage 1 ten aanzien van het aspect Validatie: "Overheden worden aangemoedigd om de resultaten van dergelijke tests openbaar te maken." Zie ook de weinig dwingende formulering in Bijlage 1 ten aanzien van het aspect Gegevensherkenning.

49 Zie bijlage 1 en bijlage 1.1. In de Kamerbrief (p. 7) wordt als mogelijke waarborg van uitlegbaarheid gesteld dat overheidsorganisaties geen algoritmes mogen hanteren die te complex zijn om *redelijkerwijs* te kunnen worden uitgelegd.

50 Hetzelfde geldt voor de zogeheten FAT-criteria (Fairness, Accountability, Transparency), die in de kringen van ML populair zijn. Zie <https://fatconference.org/>.

51 ZieenkelRb.Zeeland-West-Brabant 4 maart 2016, ECLI:NL:RBZW:2016:1299.

de Kamerbrief toch vooral benadrukt dat het bestuursrecht onvoldoende is toegespitst op data-analyses. Inderdaad kan worden toegegeven dat de Algemene wet bestuursrecht geen verplichting kent om het publiek hierover te informeren, maar artikel 8 van de Wob biedt voor deze vorm van actieve openbaarmaking (voorlichting) juist een algemene grondslag.<sup>52</sup>

Wat in relatie tot ML/AI opvalt, is dat de waarborgen inzake data-analyses door overheden weliswaar onderdeel zijn van de drie beleidsbrieven inzake AI, maar dat de hierin opgenomen richtlijnen zich eigenlijk uitstrekken tot alle vormen van toepassingen van algoritmes door overheden. In geen van de richtlijnen wordt zeer specifiek aangesloten bij de kenmerken van ML/AI. Daarmee ontbreekt dus vooralsnog een bestuursrechtelijk kader dat specifiek betrekking heeft op zelflerende besluitvorming. Integendeel, als het vereiste van uitlegbaarheid uit de richtlijnen inderdaad zodanig wordt opgevat dat complexere algoritmen niet mogen worden gehanteerd, dan zou het hoofdstuk van AI besluitvorming binnen het openbaar bestuur snel kunnen worden gesloten, althans voor zover sprake is van *deep learning* technieken. Daarmee resteren dan uiteindelijk twee bestuursrechtelijke kaders voor AI-besluitvorming: het algemene kader voor bestuurlijke besluitvorming en het specifieke kader voor geautomatiseerde besluitvorming.

#### 4. Een confrontatie van AI met bestuursrecht (AR)

##### 4.1 Twee gescheiden werelden?

In hun artikel 'Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era' gaan Coglianese en Lehr specifiek na hoe een aantal kernwaarden van het Amerikaanse bestuursrecht zich verhouden tot de eigen aard van *machine learning*, in het bijzonder het zelflerende, *black box* en geautomatiseerde karakter. Zij richten zich in dit verband op vier klassieke kernwaarden van het bestuursrecht: *nondelegation*, *due process*, *antidiscrimination* en *transparency*.<sup>53</sup> Het is binnen het bestek van dit artikel niet mogelijk om deze uitgebreide exercitie<sup>54</sup> volledig over te doen voor het Nederlandse bestuursrecht, maar wel kan worden geschetst welke bestuursrechtelijke concepten en redeneringen van belang kunnen zijn bij het beoordelen van *machine learning*. Daarbij fungeert de in par. 3.1 geïntroduceerde tweedeling tussen bevoegdheidstoekenning en bevoegdheidsuitoefening als vertrekpunt. Het aspect van be-

voegdheidstoekenning raakt in dit verband aan het leerstuk van *nondelegation*, terwijl aspecten van *due process*, *nondiscrimination* en *transparency* aan de orde kunnen komen in het kader van bevoegdheidsuitoefening.

Het Nederlandse bestuursrecht gaat uit van de veronderstelling dat bevoegdheden door mensen worden uitgeoefend.<sup>55</sup> Tegelijk erkent (ook) het Nederlandse bestuursrecht de realiteit dat in de praktijk niet alle bevoegdheden door het daartoe bevoegde bestuursorgaan kunnen worden uitgeoefend. Daarbij moet niet alleen worden gedacht aan de figuur van delegatie, maar eerst en vooral aan mandaat: de bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen. Omdat zoals aangegeven in par. 3.1 in beginsel geen afzonderlijke wettelijke grondslag is vereist voor mandaat, impliceert de bevoegdheid om zelf besluiten te nemen, de bevoegdheid om het nemen van besluiten door een ander te laten uitoefenen.<sup>56</sup> Evenzo kan worden betoogd dat wanneer een - al dan niet zelflerend - computersysteem besluiten zou nemen in naam van een bestuursorgaan, dat bestuursorgaan zonder meer verantwoordelijk blijft voor die bevoegdheidsuitoefening. Als gevolg hiervan hoeft de wettelijke systematiek van bevoegdheidstoekenning zich dus niet op voorhand te verzetten tegen ML-besluitvorming met een zelflerend karakter.<sup>57</sup>

Wat betreft de bevoegdheidsuitoefening in het kader van geautomatiseerde besluitvorming, heeft de Afdeling advisering van de Raad van State het belang van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel benadrukt. Volgens de Afdeling kunnen juist deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur op zichzelf al de nodige richting geven indien bestuursorganen deze op een juiste wijze interpreteren en toepassen in de relatie tussen burger en digitale overheid.<sup>58</sup> Het zorgvuldigheidsbeginsel, dat betrekking heeft op het proces van totstandkoming van een besluit, heeft raakvlakken met het vereiste van *due process*. Waar Coglianese en Lehr *due process* voorafgaand aan de totstandkoming van het besluit reduceren tot de hoorplicht, heeft het zorgvuldigheidsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht een ruimere strekking. Ook andere aspecten die verband houden met de voorbereiding van het besluit, waaronder de ontwikkeling van het algoritme, zouden kunnen worden beoordeeld bij toetsing aan dit beginsel. Hetzelfde geldt voor de rol die deskundigenadvisering kan hebben gespeeld in de totstandkoming van het besluit. Van Amerongen en Schuurmans komen in dit verband tot de conclusie dat de toetsing van op deskundigenadvisering dan wel algoritmische analyse gebaseerde *black box* beslui-

52 Art. 8 Wob luidt als volgt: 'Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.' Veelzeggend is dat in de Kamerbrief niet wordt aangegeven waarom de Wob tekort zou schieten ten aanzien van data-gedreven analyses, terwijl juist met een beroep op de Wob openbaarmaking van algoritmes zou kunnen worden verzocht (zie *Kamerstukken II 2018/19*, 26 643, nr. 570, p. 6).

53 Coglianese & Lehr 2017, p. 1176. Interessant is dat zij vanwege dit specifiek bestuursrechtelijke perspectief privacy bewust buiten beschouwing laten. Zij hanteren AI, machine learning en algoritmen als synoniemen (p. 1157).

54 Zie Coglianese & Lehr 2017, p. 1176-1213.

55 Zo spreekt art. 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht in het kader van het begrip 'bestuursorgaan' over 'een ander persoon of college', waarbij een college (doorgaans) uit meerdere personen bestaat. Zie hierover reeds Groothuis 2004, p. 25-29.

56 Art. 10:4 Awb maakt zelfs mogelijk dat mandaat wordt verleend aan een niet-ondergeschikte, dus aan een private partij.

57 Dit wordt feitelijk bevestigd door de hiervoor besproken WAHV- en CBBS-jurisprudentie.

58 Advies Raad van State betreffende digitalisering, *Stcrt.* 2018, 50999, par. 3.4.

ten slechts gradueel verschilt en dat beide toetsingskaders elkaar juist zouden kunnen versterken.<sup>59</sup> Zelfs een eis van menselijke tussenkomst in bezwaar zou onder het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden gebracht,<sup>60</sup> aangezien bezwaar ook het karakter heeft van verlengde besluitvorming. Op voorhand is er volgens Coglianese en Lehr geen reden waarom *due process* zich zou verzetten tegen ML-besluitvorming. Integendeel, ML-besluitvorming heeft wellicht zelfs betere papieren als het gaat om een zorgvuldige voorbereiding van het besluit vanwege het accurate karakter van de zelflerende algoritmen. Overigens benadrukken ook Coglianese en Lehr dat juist in geval van ML-besluitvorming met haar *black box* en geautomatiseerde karakter aanvullende elementen van *due process* van belang kunnen worden, zoals auditeerbaarheid, aangezien een individu zelf een algoritme wellicht onvoldoende kan doorgronden en daarmee betwisten.<sup>61</sup> De inzet van deskundigen zou hier dus zelfs aangewezen kunnen zijn in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Het door de Afdeling advisering naar voren gebrachte motiveringsbeginsel raakt aan het vereiste van *transparency*, hoewel het niet volledig hiermee samenvalt. Wat betreft het motiveringsbeginsel moet allereerst worden herhaald dat 'uitlegbaarheid' als zodanig geen bestuursrechtelijke norm is. Uiteraard zou die kunnen worden geschaard onder het motiveringsbeginsel, maar het in art. 3:46 Awb gecodificeerde motiveringsbeginsel stelt slechts dat een besluit op een deugdelijke motivering moet berusten. Het is dus noodzakelijk om dit AI-begrip beter te verhouden tot het bestuursrechtelijke begrippenapparaat.<sup>62</sup> Coglianese en Lehr benadrukken in dit verband bijvoorbeeld dat het bestuursrecht geen eis van volledige transparantie kent, dus dat een dergelijke eis ook niet kan worden gesteld aan ML-besluitvorming.<sup>63</sup> Ten aanzien van het Nederlandse bestuursrecht is een vergelijkbaar beeld zichtbaar. Zo laat jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep in het kader van geautomatiseerde besluitvorming zien dat om gewichtige redenen openbaarmaking van bepaalde elementen achterwege kan blijven.<sup>64</sup>

Ondanks het risico van *bias* dat doorgaans wordt geassocieerd met geautomatiseerde besluitvorming, speelt het gelijkheidsbeginsel geen grote rol in het bestuursrecht. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel slaagt zelden in bestuursrechtelijke procedures of lost op in een beroep op het motiveringsbeginsel.<sup>65</sup> In het algemeen zal het lastig zijn om een beroep op het gelijkheidsbeginsel te staven bij gebrek aan

inzicht in die andere gevallen. In zoverre kan de door de Afdeling geformuleerde verplichting om de gehanteerde gegevens openbaar te maken, bijdragen aan het inzicht in die andere gevallen.<sup>66</sup> Toch is de vraag wat de specifieke winst hiervan is bij ML-besluitvorming. Zelfs als de zorgen over *bias* in geval van geautomatiseerde besluitvorming terecht zijn, is de kernvraag hoe *bias* kan worden geïdentificeerd in geval van ML-besluitvorming. Uiteraard moeten algoritmen (evenals rechtsregels) gebruikmaken van categorieën, maar categorisering als zodanig hoeft nog niet neer te komen op een verboden onderscheid. Daarbij komt dat in geval van *machine learning* het algoritme zelf categorieën kan clusteren.<sup>67</sup> Coglianese en Lehr wijzen er in dit verband op dat in geval van ML-besluitvorming een bepaald onderscheid juist niet één-op-één zal samenvallen met het behoren tot een bepaalde groep, maar juist op een complexe combinatie van factoren zal zijn gebaseerd.<sup>68</sup>

Ten aanzien van het Amerikaanse bestuursrecht komen Coglianese en Lehr tot een conclusie van gematigd optimisme: ML-besluitvorming is niet zodanig anders of uniek dat ze niet zou kunnen voldoen aan gangbare standaarden voor bestuurlijke besluitvorming.<sup>69</sup> Ten aanzien van het Nederlandse bestuursrecht zou een vergelijkbare redenering kunnen worden gevolgd, hoewel de verkenning hierboven onvolledig en daarom hooguit indicatief is. Daarmee is echter nog niet alles gezegd. Want zelfs als ML-besluitvorming inderdaad zou voldoen aan de huidige standaarden van bestuurlijke besluitvorming, is de vraag of juist die standaarden leidend zouden moeten zijn bij ML-besluitvorming.

#### 4.2 Denkrichtingen voor de toekomst

Rechtsontwikkeling veronderstelt dat het recht in beweging is. In samenhang met het belang van rechtseenheid, juist tussen ML-besluitvorming en andere besluitvorming, vergt het belang van rechtsontwikkeling ten eerste dat de bestuursrechtelijke aandacht niet gericht moet zijn op het benadrukken van het *black box* karakter van ML-besluitvorming, maar juist op het identificeren van overeenkomsten met het analoge bestuursrecht. Zoals de Afdeling bestuursrechtspraak terecht heeft opgemerkt, kan geautomatiseerde besluitvorming vanuit het perspectief van belanghebbenden worden beschouwd als een *black box*, maar dat betekent nog niet dat ML volledig een *black box* is. Coglianese en Lehr benadrukken in dit verband dat gebruik van de term *black box* in zekere zin misplaatst is omdat die term suggereert dat voor de mens niets bekend zou zijn over het functioneren van een ML-algoritme.<sup>70</sup> Dat is zeker niet het geval, zodat er

59 Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 196.

60 Zie in deze richting reeds Cbb 19 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ5735.

61 Coglianese & Lehr 2017, p. 1189-1191.

62 Zie over een vermeend recht op uitlegbaarheid onder de AVG: Maja 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* 2019, 0, <https://doi.org/10.1093/ijlit/eay017>, p. 20-29.

63 Coglianese & Lehr 2017, p. 32 e.v.

64 CrvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737, r.o. 4.3.7.

65 Schlössels & Zijlstra 2016, p. 385-386.

66 Zie in dit verband ook art. 3.3 van het wetsvoorstel Wet open overheid met een verplichting tot actieve openbaarmaking van bepaalde categorieën van beschikkingen (*Kamerstukken I* 2015/16, 33328, nr. A).

67 Zie nader over clustering: Russell & Norvig 2010, p. 817.

68 Coglianese & Lehr 2017, p. 1197.

69 Coglianese & Lehr 2017, p. 1222-1223.

70 Coglianese & Lehr 2017, p. 1206.



meerdere aanknopingspunten binnen ML zijn waarvoor een parallel kan worden gezocht in het analoge bestuursrecht.<sup>71</sup>

In het verlengde hiervan moeten ten tweede waarborgen voor data-analyses nadrukkelijker aansluiten bij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er is niet zozeer behoefte aan 'algemene beginselen van behoorlijk bestuur 2.0'<sup>72</sup> als wel aan een contextualisering van die algemene beginselen binnen het domein van ML-besluitvorming.<sup>73</sup> De reeds ontwikkelde jurisprudentie ten aanzien van geautomatiseerde besluitvorming kan daarbij enerzijds behulpzaam zijn, omdat hierin bij wijze van concretisering reeds eisen van verifieerbaarheid en toetsbaarheid zijn geïntroduceerd.<sup>74</sup> Anderzijds is de vraag of die jurisprudentie onverkort kan worden toegepast op ML-besluitvorming, gelet op haar status als nieuwe generatie van geautomatiseerde besluitvorming: bij ML-technieken waarbij de gewichten die aan wiskundige formules worden toegekend, verborgen blijven in zogeheten 'hidden layers', heeft de verplichting tot openbaarmaking van keuzes, gegevens en aannames mogelijk weinig betekenis. Daarnaast kunnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke rol vervullen bij het verder concretiseren van de waarborgen inzake data-analyses ten aanzien van ML-besluitvorming. Waar het kabinet vooral mogelijkheden ziet om de niet-bindende richtlijnen op termijn te vertalen in wettelijke waarborgen wanneer ze voldoende zijn uitgekristalliseerd, zouden bestuursrechters (voor zover die gelegenheid zich voordoet) invulling kunnen geven aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door aspecten van de richtlijnen, zoals validatie en uitlegbaarheid, expliciet in hun jurisprudentie te benoemen als afgeleide van deze algemene beginselen in de specifieke context van ML-besluitvorming. Daarmee krijgen de richtlijnen indirect een bindende status, die vervolgens eventueel kan worden gecodificeerd in wettelijke waarborgen.<sup>75</sup>

Ten derde dreigt het gevaar van overgeneralisatie als het gaat om bezinning op de relatie tussen AI/ML en bestuurlijke besluitvorming. *Machine learning* omvat een reeks aan technieken, gradaties en varianten.<sup>76</sup> Zoals in het analoge

bestuursrecht niet alleen de overeenkomsten, maar ook de verschillen tussen verschillende typen besluiten worden benadrukt,<sup>77</sup> zo moet ook oog blijven bestaan voor de noodzaak van differentiatie binnen de verschillende toepassingen van ML. Wat betreft de uitlegbaarheid van ML-besluitvorming is bijvoorbeeld van belang dat de mogelijkheden om een ML-toepassing uit te leggen, sterk verschillen per ML-systeem en bovendien sterk in ontwikkeling zijn: wat vandaag nog niet uitlegbaar is, kan morgen wel uitlegbaar zijn.<sup>78</sup>

## 5. Slot

Volgens de Minister voor Rechtsbescherming bevat het bestuursrecht, met name de Awb en de Wob, momenteel onvoldoende waarborgen tegen data-analyses door overheden. In deze bijdrage is nagegaan of deze stellingname hout snijdt als het gaat om bestuurlijke besluitvorming met behulp van *machine learning* (ML). Inderdaad bevat het bestuursrecht momenteel geen uitgekristalliseerde rechtsnormen die specifiek betrekking hebben op ML-besluitvorming. Weliswaar zijn enkele belangrijke rechtsnormen ten aanzien van geautomatiseerde besluitvorming tot ontwikkeling gekomen, maar het is de vraag of een verplichting tot openbaarmaking van keuzes, gegevens en aannames recht doet aan de kenmerken van ML. Het ontbreken van specifieke, op ML-besluitvorming toegespitste rechtsnormen betekent echter niet dat het bestuursrecht niet in staat zou zijn tegenwicht te bieden aan nieuwe ontwikkelingen op het terrein van ML-besluitvorming. Aan de ene kant kan worden betoogd dat ML-besluitvorming niet zodanig uniek is dat ze bij voorbaat op gespannen voet staat met de huidige bestuursrechtelijke kaders voor bestuurlijke besluitvorming. Aan de andere kant bieden met name de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een kapstok waaronder ook op ML-besluitvorming toegespitste normen kunnen uitkristalliseren. Die route lijkt sowieso veelbelovender dan de (te) algemene waarborgen die de Minister voor Rechtsbescherming onlangs heeft geformuleerd tegen data-analyses door overheden.

71 In dit verband is zeer behulpzaam: D. Lehr & P. Ohm, 'Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning', *University of California Davis Law Review* 2017, p. 655-717.

72 Zie in deze zin B.J. van Ettehoven, 'Algoritmen in de bestuursrechtspraak', in: R.J.N. Schlössels e.a., '25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over een jarige wet', *NTB* 2019/11 (p. 125-127).

73 Zie in deze richting naast de Afdeling advisering van de Raad van State (voetnoot 8) onder meer J. Cobbe, 'Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making', *Legal Studies* 2019 (39), p. 637 en 640; M. Oswald, 'Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power', *Philosophical Transactions of the Royal Society A. Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 2018 (<https://doi.org/10.1098/rsta.2017.0359>), beschikbaar via <https://ssrn.com/abstract=3216435>, p. 3-4; G.J. Zwenne & A.H.J. Schmidt, 'Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?', in E.M.L. Moerel e.a., *Homo Digitalis* (Handelingen NJV 146-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 362-363.

74 Zie reeds CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4716.

75 Met dank aan Max Vetzo voor deze suggestie.

76 Coglianese & Lehr 2017, p. 1177.

77 Illustratief hiervoor is de gelaagde structuur van de Awb in de hoofdstukken 2 tot en met 5.

78 Coglianese & Lehr 2019, p. 49 e.v.