



Raad voor de
rechtspraak

De minister van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties
De heer H.M. de Jonge
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

datum 14 juni 2024
onderwerp Reactie van de Raad voor de rechtspraak op het
Reflectiedocument algoritmische besluitvorming in de Awb

t (088) 361 00 00
f (088) 361 00 22
www.rechtspraak.nl

Geachte heer De Jonge,

Bij brief van 6 februari 2024, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de ‘Raad’) advies uit te brengen inzake het Wetsvoorstel versterking waarborgfunctie Awb (het ‘Wetsvoorstel’). In de brief heeft u de Raad tevens uitgenodigd om te reageren op het Reflectiedocument algoritmische besluitvorming (‘Reflectiedocument’). De Raad heeft met belangstelling kennis genomen van het Reflectiedocument en maakt graag gebruik van de uitnodiging om te reageren. De reactie van de Raad op het Reflectiedocument dient als separaat aan het wetgevingsadvies op het Wetsvoorstel te worden beschouwd. De Raad zal u immers voorzien van een afzonderlijk advies inzake dit Wetsvoorstel.

Deze reactie is het resultaat van een verkennend gesprek tussen de Raad en enkele bestuurs- en belastingrechters. De reactie vertegenwoordigt daarmee niet het standpunt van alle bestuursrechters binnen de Rechtspraak, nu het niet is vastgesteld na overleg met de gerechten.

Vooraf

De Raad hecht waarde aan gedegen wetgeving ten behoeve van de rechtszekerheid en rechtsbescherming. Zoals uit het Reflectiedocument blijkt, voorzien het beleids- en wetgevingskader en de aanbevelingen inzake algoritmische besluitvorming enige handvatten in hoe om te gaan met deze complexe materie. Desalniettemin constateert de Raad dat het Reflectiedocument in grote lijnen abstract van aard is en vraagt de Raad meer aandacht voor de positie van de bestuursrechter in de Algemene wet bestuursrecht (‘Awb’) bij de toetsing van algoritmische besluiten. Verduidelijking of aanpassing van enkele bepalingen in de Awb kan de bestuursrechter helpen om algoritmische besluiten ten gronde te toetsen, waardoor de rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming beter kan worden gewaarborgd.

Op pagina 12 en 13 van het Reflectiedocument is een vijftal vragen gesteld. De Raad kiest in deze reactie ervoor om hierna enkel in te gaan op de vragen 1 en 2, gezien vanuit het perspectief van de bestuursrechter.

1. Wat zou de uitvoeringspraktijk, de rechtspraak en belanghebbenden in de zin van de Awb helpen om de individuele transparantie van algoritmegebruik bij besluitvorming in de zin van de Awb te bevorderen?



Raad voor de
rechtspraak

datum 14 JUNI, 2024
pagina 2 van 5

2. Wat wordt naast het huidige juridisch kader eventueel gemist in de Awb, gezien vanuit de waarborgfunctie daarvan en in het licht van de doelstellingen van deze wet?

Rechtsbescherming door transparantie

Zoals uit het Reflectiedocument duidelijk volgt, geldt dat transparantie steeds als opmaat kan worden gezien richting meer controle en toetsing. Ook de Raad ziet het belang in van transparantie bij het gebruik van algoritmen in de besluitvorming om burgers te kunnen voorzien van de nodige rechtsbescherming. Zowel de burger als de bestuursrechter hebben immers behoefte aan inzicht in de regels van het algoritme dan wel de mogelijkheid tot toetsing van de juistheid van de uitkomst van het algoritme aan externe gegevens. Een bestuursorgaan dat gebruik maakt van algoritmen bij de besluitvorming zal daarover transparant moeten zijn. Afhankelijk van de complexiteit van het algoritme en de vragen die de burger of de bestuursrechter daarover hebben, zal het bestuursorgaan een toelichting op het gebruikte algoritme en de daarvoor gebruikte data moeten geven. Zoals toegelicht op pagina 2 en 3 van het Reflectiedocument kan er een onderscheid gemaakt worden tussen verschillende typen algoritmes. Waar een rule-based algoritme vaak als eenvoudige beslisboom niet moeilijk te doorgronden is, bevat een zelflerend case-based algoritme het karakter van een black box. Bij dit soort complexe algoritmen is het resultaat niet meer logisch herleidbaar. In die gevallen ziet de Raad een taak voor het bestuursorgaan om op een andere wijze het resultaat uit het algoritme te onderbouwen.¹ Naar het oordeel van de Raad kan overwogen worden een expliciete aanduiding hiervoor in afdeling 3.7. van de Awb op te nemen. Daarnaast zou het gebruik van het algoritme moeten blijken uit de op de zaak betrekking hebbende stukken (artikel 7:4, tweede lid Awb en artikel 8:42 Awb).

De Raad merkt op dat de transparantie over het gebruik van het algoritme bij het besluit zelf geboden zou kunnen worden, maar wijst erop dat de transparantie in ieder geval moet blijken bij het ter inzage leggen van de op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 7:4, tweede lid van de Awb. Daarnaast wijst de Raad op een heroverweging van de reikwijdte van artikel 8:42 Awb. Het bestuursorgaan moet alle op de zaak betrekking hebbende stukken bij de bestuursrechter indienen. Bij een beslissing waarbij gebruik is gemaakt van een algoritme dat is gebaseerd op zeer omvangrijke databestanden, rijst de vraag of de wetgever het inbrengen van deze databestanden en de gebruikte algoritmen noodzakelijk acht op grond van artikel 8:42 van de Awb.² Als dit al noodzakelijk is, is het vervolgens de vraag of het wenselijk is. Het is voor de belanghebbende immers een veelal ondoorgrondelijke hoeveelheid data. De belanghebbende heeft veel meer aan een toetsbare onderbouwing van het resultaat van het algoritme.

Rechtsbescherming door ambtshalve toetsing

De Raad merkt ten aanzien van een gebrek aan transparantie in de algoritmische besluitvormingsprocedure op dat het voor de burger vaak moeilijk kan zijn om een dergelijk besluit op goede gronden aan te vechten bij de bestuursrechter. Voor de burger is het vaak niet duidelijk óf er sprake is van een algoritmisch besluit en zo ja op basis van welke data en op basis van welke regels dit

¹ Zie bijvoorbeeld de WOZ-waarde die aan de hand van een complex algoritme wordt vastgesteld en middels een taxatieverslag bij de WOZ-beschikking op nadere wijze wordt onderbouwd.

² Zie Hoge Raad, 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316 en conclusie van A-G IJzerman van 31 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:130



Raad voor de
rechtspraak

datum 14 JUNI, 2024
pagina 3 van 5

besluit is genomen. Het is voor de burger daardoor niet duidelijk waartegen hij zijn grieven moet richten. Bovendien bevindt de burger zich in een ongelijkwaardige procespositie in een geschil met de overheid. De overheid beschikt immers wel over de informatie waar een algoritmisch besluit op gebaseerd is. De burger kan echter niet of beperkt beschikken over deze informatie en zich daardoor onvoldoende voorbereiden op een geschil bij de bestuursrechter.

Wanneer het voor de burger niet transparant is óf en zo ja, welk algoritme gebruikt is bij de totstandkoming van een besluit, kan het voor de bestuursrechter eveneens moeilijk worden om het geschil ten gronde te beoordelen. Het moge duidelijk zijn dat algoritmische besluitvorming - afhankelijk van de complexiteit van het algoritme en de daarvoor gebruikte data - eveneens voor de bestuursrechter moeilijk te doorgronden kan zijn. Naar het oordeel van de Raad heeft dit onder andere te maken met het feit dat de omvang van het geding wordt bepaald door het (algoritmisch) besluit, de (beperkte) ambtshalve toetsing door de bestuursrechter en de beroepsgronden van de burger. Omdat het voor de burger zeer lastig kan zijn goede beroepsgronden te formuleren tegen een algoritmisch tot stand gekomen besluit, is het gewenst dat de bestuursrechter bij dergelijke besluitvorming meer ruimte heeft om de equality of arms te waarborgen. Daarnaast kan de bestuursrechter behoefte hebben om ook de rechtmatigheid van het algoritme dat verantwoordelijk is voor de selectie en/of verzameling van informatie ten nadele van de burger te toetsen (al dan niet in de vorm van een exceptieve toets), ook als de burger dit niet expliciet aanvoert.

De bestuursrechter kan op grond van het tweede en derde lid van artikel 8:69 Awb ambtshalve rechtsgronden en feiten aanvullen. Ten aanzien van algoritmische besluiten geeft de Raad in overweging om de ambtshalve toetsing door de bestuursrechter in dit artikel ruimer op te vatten.

Rechtsbescherming door een vangnetbepaling

Uit de verzameling van het beleids-, wetgevingskader en de aanbevelingen in het Reflectiedocument volgt dat er duidelijk behoefte is aan normering inzake algoritmische besluitvorming. Hoewel uit de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad valt af te leiden dat de bestuursrechter zich kan redden met een verscherpte 'contextuele' interpretatie van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, constateert de Raad dat een wettelijke regeling in de Awb kan voorzien in meer rechtszekerheid.³ Of zoals Wolswinkel zegt: 'Waar een rechter zich pas achteraf buigt over (slechts) een bepaalde toepassing van algoritmische besluitvorming, heeft wetgeving als meerwaarde dat de toepasselijke eisen en rechten vooraf beter kenbaar zijn voor zowel bestuursorganen als burgers.'⁴

De Raad onderkent het belang van een dergelijke regeling in de Awb, waarin het onderwerp 'algoritmische besluitvorming' nader wordt bepaald. Echter, wegens het snelle ontwikkelende karakter van algoritmes en het gebruik hiervan bij de besluitvorming, acht de Raad het wenselijk dat een

³ Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454. Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865. HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

⁴ Wolswinkel, C.J., (2021) *Algoritmische besluitvorming door de overheid: naar een (betere) wettelijke verankering?* Bijdrage aan de deskundigenbijeenkomst vastgesteld op 8 november 2021 in de Eerste Kamer https://www.eerstekamer.nl/overig/20211012/notitie_johan_wolswinkel_tbv/document3/f=/vlmsltafsqr3.pdf



Raad voor de
rechtspraak

datum 14 JUNI, 2024
pagina 4 van 5

dergelijke wettelijke regeling algemeen en techniek-neutraal wordt geformuleerd. Dit voorkomt dat de regeling wordt gebaseerd op de huidige stand van de techniek. De Raad geeft in overweging om een beoogde wettelijke regeling inzake algoritmische besluitvorming in de Awb te voorzien van hetzij een vangnetbepaling in de Awb hetzij een toelichting in de Memorie van Toelichting van de Awb, waaruit volgt dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur altijd gelden bij de toetsing van algoritmische besluitvorming. Deze beginselen zijn immers techniekonafhankelijk en de bestuursrechter kan om die reden altijd terugvallen op de toepassing van deze beginselen.

Rechtsbescherming door inzet van deskundigen

Bij de toetsing van algoritmische besluiten in zaken waarin technologie een sleutelrol speelt is het cruciaal dat rechters beschikken over een minimale kennis van algoritmische besluitvorming. Rechters behoren immers bij de inzet van deskundigen kritische vragen te kunnen stellen. Met betrekking tot het inzetten van deskundigen inzake algoritmische besluitvorming vraagt de Raad zich af of de inzet van een onafhankelijke rechter-commissaris in het bestuursrecht, gespecialiseerd in het AI-domein, van waarde kan zijn.⁵ De introductie van een dergelijk figuur in het bestuursrecht behoeft naar het oordeel van de Raad echter wel voorafgaand onderzoek.

Rechtsbescherming door herijking van definities

Een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb dient te voldoen aan bepaalde eisen teneinde dit besluit aan te kunnen vechten bij de bestuursrechter. Tegen een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb staan daarmee duidelijke rechtsmiddelen open die een burger in kan zetten. Het is de vraag of de burger bij het aanvechten van een algoritmisch besluit eveneens kan terugvallen op de definitie van een besluit uit artikel 1:3 Awb en wordt voorzien in rechtsmiddelen nu er op dit moment ten aanzien van dit type besluit geen voorwaarden in de Awb zijn opgenomen die de burger in staat stellen om te controleren en uitleg te krijgen hoe het besluit tot stand is gekomen.

Naar het oordeel van de Raad moet worden gezien of een herijking van definities in de Awb nodig is gelet op het nieuwe karakter van algoritmische besluitvorming en de vraag of de huidige definities in de Awb daarop één op één aansluiten.

Tot slot

Mocht er naar aanleiding van dit Reflectiedocument wetgeving komen, dan gaat de Raad ervan uit dat het uiteindelijke wetsvoorstel ter advisering wordt voorgelegd. De Raad vertrouwt erop dat hij met deze aandachtspunten duidelijk heeft kunnen maken waar, gezien vanuit het perspectief van de bestuursrechter, de Rechtspraak behoefte aan heeft als het gaat om algoritmische besluitvorming in een bestuursrechtelijke context. De Raad is uiteraard ook graag bereid tot een nadere mondelinge toelichting, indien gewenst.

⁵ De rechter-commissaris wordt in het strafrecht al ingezet als onafhankelijke derde die toezicht houdt in het vooronderzoek met onder andere de taak om toe te zien op de rechtmatigheid van de inzet van bepaalde bevoegdheden. Zie ook de bijdrage van Mattheussens in C.H.R. Mattheussens, 'De bestuursrechtelijke rechter-commissaris', in: *Experimenten in het bestuursrecht. Preadviezen*, Den Haag: Boom juridisch 2021.



Raad voor de
rechtspraak

datum 14 JUNI, 2024
pagina 5 van 5

Hoogachtend,

Henk Naves
Voorzitter Raad voor de rechtspraak