# Handreiking ‘Effectieve en efficiënte rechtsbescherming tegen het gebruik van algoritmen door de overheid’

## Context en inleiding

Soms wordt bij een besluit, of de voorbereiding daarvan, een algoritme gebruikt. Dat kan zijn direct – bijvoorbeeld het scannen van kentekens om te controleren of parkeergeld is betaald – of indirect – bijvoorbeeld bij een risico-inschatting die wel of geen aanleiding geeft om nader onderzoek naar een persoon te doen. Omdat een algoritme vaak technisch complex is, is voor bezwaarmakers of behandelend ambtenaren niet altijd duidelijk welke invloed het algoritme heeft gehad op het besluit en of dit van belang is voor de beoordeling van een bezwaar. Dit kan gevolgen hebben voor de rechtsbescherming bij het gebruik van algoritmen in een bestuursrechtelijke context.

Deze handreiking bevat aanbevelingen voor behandelaars van een bezwaar waarbij een algoritme ten grondslag ligt aan het genomen primair besluit. Met deze handreiking willen we zorgen voor een toegankelijke, structurele en effectieve bezwaarprocedure. Zodat het voor burgers duidelijker is hoe zij tegen een besluit op basis van een algoritme bezwaar kunnen maken, waar zij informatie over het algoritme kunnen vinden én hoe een zorgvuldige heroverweging plaatsvindt. Deze handreiking draagt bij aan de betrouwbaarheid van het algoritme en de controle hierop. Dit zal een belangrijke rol spelen bij de eventuele rechterlijk toetsing in beroep.

### Juridische achtergrond

Het is essentieel dat een bestuursorgaan besluiten waarin algoritmen zijn verwerkt in de bezwaarfase heroverweegt, zodat de rechter dat besluit daarna kan toetsen. Het bestuursorgaan moet daarbij ambtshalve onderzoeken of een bezwaarschrift een probleem zichtbaar maakt als algoritmen bij de voorbereiding van besluiten worden gebruikt. Daarbij moet bijvoorbeeld gekeken worden naar menselijke tussenkomst. Maar ook het besluit anders was geweest, als er geen algoritme was gebruikt. Daarnaast moet het bestuursorgaan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetsen, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Voor een uitgebreide juridische analyse, zie bijlage 1.

## Aanbevelingen voor bezwaarbehandelaars

Instellen bezwaar

- Sluit aan bij de bestaande bezwaarprocedure van het bestuursorgaan voor bezwaarschriften tegen besluiten ingevolge de Algemene wet Bestuursrecht (hierna: Awb). Met andere woorden: het algoritme kan binnen de reguliere bezwaarprocedure worden getoetst.

Eerste beoordeling ingediend bezwaarschrift

*Uitgangspunt is dat de behandelend ambtenaar de werking van het algoritme begrijpt, de uitkomst ervan kan duiden en begrijpt welke informatie de indiener van het bezwaarschrift nodig heeft om te begrijpen wat de uitkomst en de impact van het algoritme op zijn situatie is.*

- Controleer of (in de voorbereiding) gebruik gemaakt is van een algoritme.
    - Hanteer daarbij de volgende definitie:
        - *Software;*
        - *die door gebruik van data-analyse, statistiek of zelflerende logica;*
        - *geautomatiseerd voorspellingen doet, beslissingen neemt of adviezen geeft;*
        - *die leiden tot directe of indirecte impact op de bezwaarmaker.*
    - Neem bij twijfel contact op met de opsteller van het primair besluit of experts in de organisatie.

- De beoordeling van het bezwaarschrift vindt plaats op basis van de gronden van bezwaar: wees echter altijd alert op de mogelijke betrokkenheid van een algoritme, ook als het bezwaarschrift daar niet specifiek op ingaat. Bijvoorbeeld als de bezwaarmaker aangeeft dat het besluit in strijd is met:
    - 'de algemene beginselen van behoorlijk bestuur';
    - 'het zorgvuldigheidsbeginsel';
    - 'het motiveringsbeginsel' of
    - 'het gelijkheidsbeginsel'.

- Stel op basis van de grondslag van het bezwaar vervolgens vast of het algoritme, de rechtmatigheid van de achterliggende algoritmische beslisregel en de (menselijke) belangenafweging die aan het besluit ten grondslag ligt, moet worden getoetst.

Verzoek om aanleveren relevante stukken

*Bovenop de standaardprocedure zijn voor de beoordeling van algoritmen meestal aanvullende stukken nodig.*

- In bijlage 2 vind je een voorbeeld van een standaard checklist voor de stukken die het organisatieonderdeel voor de beoordeling van het algoritme moet overleggen.

- Maak daarbij onderscheid tussen maatwerkgegevens die ingevoerd zijn en standaardgegevens die door het algoritme gebruikt worden.
    - Het bestuursorgaan moet individuele gegevens uit eigen beweging op papier of anderszins waarneembaar beschikbaar stellen als stukken die op de zaak betrekking hebben. Dit betekent niet dat tabellen in of met het besluit moeten worden overgelegd of ter beschikking moeten worden gesteld. Het is voldoende

als duidelijk wordt gemaakt welke keuzes bij de invoer zijn gemaakt ten aanzien van de 'maatwerk' invoergegevens.
    - De plicht om uit eigen beweging gegevens over te leggen geldt niet zonder meer voor de gebruikte standaardinvoergegevens die onafhankelijk zijn van het concrete geval. Hier moet de bezwaarmaker zelf om verzoeken.

Ter inzage leggen van de stukken

- Houd er bij het ter inzage leggen rekening mee dat eventuele datasets met persoonsgegevens van de bezwaarmaker daarvan uitgezonderd moeten worden vanwege de persoonlijke levenssfeer (grondslag: artikel 7:4 lid 6 en 8 Algemene wet bestuursrecht).

Verweerschrift

- Neem (op basis van de informatie in de stukken in de checklist in bijlage 2) in ieder geval de volgende informatie op:
    - een begrijpelijke uitleg van het doel van het algoritme of het proces waarvan het algoritme onderdeel uitmaakt;
    - een begrijpelijke uitleg van de werking van het algoritme;
    - de belangrijkste factoren op basis waarvan het algoritme tot een bepaalde uitkomst is gekomen en;
    - (indien mogelijk:) welke wijzigingen in de input van het algoritme zouden moeten worden doorgevoerd om tot een andere uitkomst te komen.

- Laat de juristen of behandelend ambtenaren van de afdeling die geregeld deze bezwaarzaken behandelen regelmatig een training volgen zodat hun kennis over algoritmen actueel blijft.

Samenstelling hoorcommissie

*Bij de beoordeling van algoritmen is specifieke kennis vereist. Houd daarmee rekening bij de samenstelling van de hoorcommissie.*

- Overweeg om een kamer of poule te maken voor leden van de bezwaarcommissie met expertise op het gebied van algoritmen en geautomatiseerde besluitvorming, ethiek en privacybescherming.

- Overweeg de benoeming van een expert als lid.

- Zorg voor opleidingen voor de secretaris, voorzitter en commissieleden.

Hoorzitting en advies

- Aandachtspunten bij de uitwerking van het advies bij een bezwaar tegen algoritmische besluitvorming zijn in ieder geval:
    - het zorgvuldigheidsbeginsel;
    - de vergewisplicht en het motiveringsbeginsel;
    - de rechtmatigheid van de achterliggende algoritmische beslisregel;
    - de (menselijke) belangenafweging die aan het besluit ten grondslag ligt.

- Beoordeel of de uitkomst van het algoritme een bias heeft, dat wil zeggen:
    - of er een vertekening van onderzoeksresultaten is;

- of er een vooroordeel of vooringenomenheid is die een objectieve waarneming of beoordeling van de feiten in de weg staat; en/of
- of het besluit anders zou zijn geweest, als het besluit niet gebaseerd zou zijn op een algoritme in de voorbereiding.

<u>Beslissing op bezwaar</u>

- Zorg dat de behandelend ambtenaar de benodigde kennis heeft om het advies van de commissie te beoordelen en uit te leggen aan het bestuursorgaan dat beslist op bezwaar. Neem bij twijfel contact op met een expert in de organisatie.

- Zorg, als dat relevant is, weer voor een duidelijke uitleg van het algoritme in de beslissing op bezwaar (voor enkele handvatten, zie 'verweerschrift').

<u>Beroep</u>

- Zorg dat de afdeling die het bezwaar als verwerende partij heeft behandeld, de zaak ook bij de rechter behandelt. Dit is een vuistregel die extra belangrijk is, gelet op de expertise die nodig is voor het voeren van verweer bij beroep tegen beslissingen op bezwaar waarbij de werking van een algoritme is beoordeeld.

## Bijlage 1 – Juridische achtergrond

In het openbaar bestuur wordt steeds meer gebruik gemaakt van algoritmische besluitvormingsprocedures. Vooral bij grootschalige en routinematige (financiële) besluiten. Besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb komen hierbij zonder *directe* menselijke tussenkomst tot stand. Het gaat om besluiten die uit computers rollen omdat ze daartoe door mensen zijn geïnstrueerd.

**Aanleiding**

Dergelijke procedures worden complex en ondoorzichtig gevonden. Voor een burger is het niet gemakkelijk om te achterhalen op welke gronden algoritmische besluitvorming heeft plaatsgevonden. Dit heeft ook consequenties voor een eventuele bezwaar- en/of beroepsprocedure. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in de AERIUS-uitspraak van 17 mei 2017 geoordeeld dat bij het gebruik van algoritmen een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames kan ontstaan, wat ertoe kan leiden dat partijen een ongelijkwaardige procespositie hebben. Voor de burger kan het bovendien moeilijk zijn om te achterhalen op welke gronden bezwaar kan worden aangetekend tegen een dergelijk besluit.

Hieronder geven we in het kort de stand van zaken weer met betrekking tot het bestuursrechtelijk toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming.

**Toetsingskader geautomatiseerde besluitvorming**
*De Afdeling advisering RvS*
De Afdeling advisering van de Raad van State beveelt aan om voor de normering van geautomatiseerde besluitvorming aansluiting te zoeken bij algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder bij het **motiveringsbeginsel** en het **zorgvuldigheidsbeginsel**. Deze beginselen kunnen compensatie bieden als wetgeving de rechtspositie van burgers onvoldoende bepaalt.

<u>Het motiveringsbeginsel:</u>
De overheid moet haar besluiten begrijpelijk, deugdelijk en volledig motiveren. Het motiveringsbeginsel verreist enerzijds de juiste vaststelling van de feiten en anderzijds het gegeven dat de vaststelling van de feiten moet leiden (althans mag leiden) tot de genomen beslissing.

<u>Het zorgvuldigheidbeginsel:</u>
Op grond van het zorgvuldigheidbeginsel moet een bestuursorgaan een besluit zorgvuldig voorbereiden en nemen. Bij de voorbereiding vergaart het bestuursorgaan de benodigde kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen. De belangen die rechtstreeks bij het besluit betrokken zijn, worden afgewogen.

*SyRi-uitspraak*
Op 5 februari 2020 heeft de rechtbank Den Haag uitspraak gedaan over SyRI (Systeem Risico Indicatie), een systeem van de overheid dat burgergegevens aan elkaar koppelt om fraude met sociale voorzieningen op te sporen. De rechter noemde in de uitspraak risico's op discriminatie en

stigmatisering en aantasting van de privacy. Gebrekkige transparantie van het gebruikte algoritme speelde de hoofdrol.[1]

De wetgeving is over de inzet van SyRI volgens de uitspraak van de rechtbank onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar, wat ten koste is gegaan van het transparantiebeginsel dat door de privacywetgeving is voorgeschreven. De inbreuk op het privéleven is voor burgers niet te voorzien en zij kunnen zich er niet tegen verweren. Door het gebrek aan transparantie kan ook niet gegarandeerd worden dat de beginselen van doelbinding en dataminimalisatie worden nageleefd.

De rechtbank had geen inzicht gekregen in de volgende zaken:
- de feitelijke gegevensverwerking;
- het gehanteerde algoritme;
- de ingezette methode van gegevensverwerking.

*De Afdeling bestuursrechtspraak*
In de AERIUS-uitspraak (AERIUS I) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de aanzet gegeven voor een algemeen toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming. In haar uitspraak van 18 juli 2018 over de Blankenburgverbinding (AERIUS II) heeft de Afdeling dit toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming verfijnd.

Om de eerder genoemde ongelijkwaardige procespositie te voorkomen en om reële rechtsbescherming mogelijk te maken, heeft de Afdeling in AERIUS I de norm geformuleerd dat het bestuursorgaan verplicht is om uit eigen beweging **de gemaakte keuzes** en **de gebruikte gegevens** en **aannames** bij het gebruik van algoritmes volledig, tijdig en op een passende wijze beschikbaar te stellen.

> *'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.'*[2]

In de AERIUS II-uitspraak brengt de Afdeling een nuancering aan in haar toetsingskader voor geautomatiseerde besluitvorming door een expliciet onderscheid te maken tussen *maatwerk-invoergegevens* en *standaard-invoergegevens*. Het bestuursorgaan moet maatwerk-invoergegevens, individuele gegevens die de gebruiker zelf invoert, uit eigen beweging op papier

---

[1] Nederlands Juristenblad – 20-12-2019 – afl. 44: *Gebrek aan transparantie is drieledig . Het is (a) een bewuste ondoorzichtigheid gericht op de bescherming van intellectuele eigendomsrechten, (b) een ondoorzichtigheid wegens een gebrek aan deskundigheid van rechter en bestuur en (c) een intrinsieke ondoorzichtigheid van voor het menselijk brein moeilijk te doorgronden algoritmische systemen. De inzet van algoritmen in overheidsbesluitvormingsprocedures roept vanuit juridisch perspectief allerhande vragen op die te maken hebben met de juistheid en representativiteit van invoergegevens, technische transparantie en uitlegbaarheid van gebruikte modellen in de 'black box', gegevensbescherming en andere grondrechtelijke kwesties. Dit belemmert de effectieve rechtsbescherming van burgers tegen besluiten waarbij algoritmen zijn gebruikt.*
[2] Overwegingen 14.3 en 14.4

of anderszins waarneembaar beschikbaar stellen als stukken die op de zaak betrekking hebben (zoals bedoeld in de artikelen 7:2, tweede lid en 8:42 Awb). Dit betekent volgens de Afdeling niet dat alle kaarten en tabellen met gegevens per wegvak in of met het besluit moeten worden overgelegd of ter beschikking worden gesteld. Het is voldoende dat in of met het besluit duidelijk is gemaakt welke keuzen bij de invoer zijn gemaakt ten aanzien van de 'maatwerk'-invoergegevens.

De plicht om gegevens uit eigen beweging over te leggen geldt niet zonder meer voor de gebruikte standaard-invoergegevens die onafhankelijk zijn van het concrete geval. Hier moet de bezwaarmaker zelf om verzoeken.

De Hoge Raad (bijvoorbeeld in zaken over WOZ-beschikkingen) en de CRvB hebben zich inmiddels bij deze lijn van de Afdeling aangesloten.

*Resumerend:* als een bestuursorgaan zijn beslissingen baseert op een computerprogramma/algoritme moet het op grond van de AERIUS-uitspraken:

1. volledig en tijdig
2. de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames
3. uit eigen beweging openbaar te maken
4. op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn.

**Toetsingskader binnen de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)**

Artikel 22 van de AVG stelt dat een 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. Op grond van artikel 40 van de Uitvoeringswet AVG geldt het verbod op geautomatiseerde individuele besluitvorming, anders dan op basis van profilering, niet als deze besluitvorming noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke plicht of als het noodzakelijk is om een taak van algemeen belang uit te voeren.

Wel moet de verwerkingsverantwoordelijke dan passende maatregelen treffen om het gerechtvaardigd belang van de betrokkene te beschermen.

**Conclusie:**

De besluiten die tot stand komen met behulp van geavanceerde systemen zijn moeilijk te beoordelen en te controleren. De algoritmes waarop deze systemen zijn gebaseerd worden complex en nauwelijks transparant gevonden.

Bij de toetsing van dergelijke besluiten in bezwaar en beroep kan dan ook moeilijk worden nagegaan of er een zorgvuldige afweging heeft plaatsgevonden tussen de nadelige gevolgen van het gebruik van algoritmes en het algemene belang dat hiermee gediend is.

In bovenstaande jurisprudentie vormt transparantie de kern van maatregelen om grip te krijgen op algoritmische besluitvorming. Bij het bepalen van deze transparantie kan worden aangesloten bij het motiverings- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Een bestuursorgaan moet inzichtelijk maken:

1. dat een besluit tot stand is gekomen met behulp van een algoritme;
2. van welke feiten het is uitgegaan en welke gegevens van de burger gebruikt c.q. verwerkt zijn;
3. welke relevante belangen tegen elkaar zijn afgewogen en hoe die afweging is verlopen (bijvoorbeeld het gewicht dat wordt toegekend aan elk afgewogen kenmerk; welke analytische technieken gebruikt zijn; welke specifieke voorspellende data; wat de belangrijkste policy-keuzes waren; een uitleg van het voorspellende algoritme);
4. hoe het algoritme werkt (niet de techniek, maar hoe de uitkomsten van het algoritme tot stand komen).

Ofwel, zoals de Afdeling het verwoordt: welke keuzes en aannames zijn gemaakt en welke invoergegevens zijn gebruikt.

Geraadpleegde literatuur:

https://marliesvaneck.wordpress.com/tag/aerius/
http://www.stibbe.com/en/news/2017/august/afdeling-bestuursrechtspraak-formuleert-toetsingskader-voor-geautomatiseerde-besluitvormingsproces
https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/31738610/AA20190776.pdf
Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht, de Poorter, Jurgen; Goossens, Jurgen Published in: Nederlands Juristenblad 2019.
Betekenisvolle transparantie voor algoritmische besluitvorming, C. Adriaansz, 9-3-2020, Computerrecht 2020/43.

## Bijlage 2 – Checklist bewijsstukken

De gemeente moet op een individueel niveau aan een burger kunnen uitleggen waarom een algoritme tot een bepaalde beslissing of uitkomst komt en moet de burger de gelegenheid bieden om daar, zo nodig in een juridische procedure, bezwaar tegen te maken.

Hiervoor moet de ontwikkelaar (intern of leverancier) in ieder geval de volgende informatie aanleveren:

- wat zijn de belangrijkste factoren op basis waarvan het algoritme tot een bepaalde uitkomst is gekomen en;
- welke wijzigingen in de input zouden moeten worden doorgevoerd om tot een andere uitkomst te komen. (Achterliggende gedachte daarbij is dat de gemeente aan een burger wil kunnen uitleggen wat ze moet veranderen om ervoor te zorgen dat een besluit wordt genomen, dat wel door de burger wordt gewenst.)

Als dit onvoldoende blijkt te zijn, vraag dan bij de ontwikkelaar informatie op over het doel van het algoritme en het proces dat is gevolgd bij het ontwikkelen en toepassen van het algoritme en de in dat kader gebruikte data. Daaronder valt in ieder geval:

- documentatie die inzicht geeft in de gemaakte keuzes en de gehanteerde aannames;
- de categorieën van data die zijn gebruikt bij het ontwikkelen van het algoritme;
- de wijze waarop in menselijke tussenkomst is voorzien;
- de gebruikte methode(n) om risico's te identificeren;
- de geïdentificeerde risico's en de maatregelen die zijn genomen om de risico's te beperken;
- de partijen die betrokken zijn geweest bij het ontwikkelen van het algoritme en hun rol;
- een 'gemotiveerde aanpak' die beschrijft welke maatregelen zijn getroffen om minimaal de volgende zaken in de data te voorkomen:
    - sociaal geconstrueerde vertekening;
    - onnauwkeurigheden;
    - fouten;
    - vergissingen;
    - "bias" (ongewenste vooringenomenheid).
- een beschrijving van de wijze waarop de data in overeenstemming zijn met wet- en regelgeving.