

Bestuursrechtelijke normering en 'big data'

Bespreking VAR-preadvies Grip op normstelling in het datatijdperk

NTB 2017/16

1. Inleiding

Wat is bij een toenemende digitalisering nog de betekenis van het bestuursrechtelijke begrippenkader omtrent algemene regels? Worden de normen niet de facto gemaakt door de technologische mogelijkheden? En als dat zo is, wat zou dan het bestuursrechtelijke antwoord moeten zijn? Deze vragen vormen de kern van het preadvies van Meuwese.

Dat ze deze vragen op de voorgrond stelt, verbaast niet. In Amerika woedt een discussie over de rol van automatisering in het bestuursrechtelijke domein.² Het Amerikaanse bestuursrecht draait om het begrip 'regulation'. Het is dan niet zo gek dat de vraag wordt gesteld of datatoepassingen ook onder regulation moeten vallen. Wanneer je, zoals Meuwese, geïnteresseerd bent in andere rechtssystemen, dringt zich vanzelf de vraag op in hoeverre deze discussie ook relevant is in de Nederlandse context.

Daarbij komt dat technologie aan relevantie lijkt te winnen op de bijzondere deelterreinen van het bestuursrecht. Of het nu gaat om de datakoppeling in het sociaal domein op grond van het Besluit SyRI, bedoeld om vermeende fraudeurs te signaleren, om de berekening van de programmatische aanpak van stikstof, waarbij het computerprogramma AERIUS de ontwikkelruimte bepaalt of om de Belastingdienst die naar patronen zoekt en de aangifte al voor je invult. Vaak mondt dit soort technologie uit in beschikkingen. In zoverre is de verleiding groot om de problemen die met deze ongrijpbare, moeilijk controleerbare technologie te maken hebben, te bestuderen vanuit het perspectief van de controleerbaarheid van de concrete beschikking. Meuwese maakt echter al op de eerste bladzijde van haar preadvies duidelijk dat dat niet is wat zij voor ogen heeft, omdat daarover al het een en ander is geschreven.³ Meuwese wil het hebben over de betekenis van 'datafificatie' voor algemene regels in het bestuursrecht.

2. Datafificatie van bestuurshandelen

Bij deze ambitie is de eerste vraag wat precies moet worden verstaan onder 'datafificatie'. Het antwoord op deze vraag zou in het tweede deel van het preadvies te vinden moeten zijn. Meuwese noemt 'datagestuurde interventies', 'apps', 'interfaces' en 'big data'. Het is daarmee nog steeds niet duidelijk wat precies datafificatie is. 'Apps' (afkorting van applications) zijn feitelijk niet meer dan relatief kleine computerprogramma's met een relatief beperkte functionaliteit. Een 'interface' betreft de vertaling van informatie van het ene systeem naar herkenbare informatie voor het andere systeem, daaronder ook verstaan: de vertaling en de begripvorming door de mens als gebruiker. Deze begrippen lijken mij weinig te maken te hebben met datafificatie in de context van het preadvies. Ze veranderen weliswaar de relatie tussen overheid en burger, bijvoorbeeld omdat de burger via 'mijnbelastingdienst.nl' zijn belastingaangifte moet invullen, maar hebben verder (nog) geen normerende betekenis zoals algemeen verbindende voorschriften dat wel hebben.⁴ Datafificatie van bestuurshandelen lijkt dus vooral te draaien om dat laatste, modieuze begrip: 'big data'. Hoewel ook van dit begrip een eenduidige definitie ontbreekt, gaat het bij big data vooral om het verzamelen van informatie, liefst van verschillende herkomst, waarin vervolgens patronen worden herkend. 'Big data' kunnen ingrijpende gevolgen hebben voor de rechtspositie van burgers. SyRI (afkorting voor: Systeem Risico-Indicatie) is daarvan een voorbeeld. Dit systeem biedt de mogelijkheid om verschillende bronnen met elkaar te vergelijken (bijvoorbeeld gegevens over bezittingen, arbeidsverleden, onderwijs, pensioen, schulden, zorgverzekering) waardoor potentiële overtreders van regels op het terrein van de socialezekerheidswetgeving boven komen drijven. Alleen al de signalering als fraudeur heeft grote consequenties voor de betrokkene. De signalering zal immers leiden tot bijzondere bestuurlijke aandacht. Concreter: de uitkeringsgerechtigde zal met nieuwe gegevens moeten aantonen dat de signalering onterecht is. Indien eenmaal een overtreding is geconstateerd en de boete is opgelegd, wordt achteraf nooit de vraag gesteld of de aanleiding voor het onderzoek wel gerechtvaardigd was. De uitkomst rechtvaardigt blijkbaar de aanleiding.⁵

Datakoppeling is dus de cruciale schakel bij het gebruik van big data. Deze koppeling werkt met een 'algoritme': een geautomatiseerde reeks stappen die inputdata in outputdata omzet en daarbij data weegt.⁶ Het probleem van

1 Mr. dr. A. Tollenaar is universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen.

2 Zie: www.regblog.org/2016/12/20/cuellar-surprising-use-of-automation-agencies/ en www.regblog.org/2016/12/19/cuellar-machines-as-bureaucrats/.

3 Ze noemt zelf: S. Zouridis, *Digitale disciplineren. Over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen*, Delft: Eburon 2000, p. 315; M. Bovens & S. Zouridis, 'From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control', *Public Administration Review* 2002, (62)2, p. 174-184. Zie ook M. van Eck, 'Geautomatiseerde overheidsbesluiten, profielen en artikel 4 Wbp', 9 november 2015, -<https://marliesvaneck.wordpress.com/tag/geautomatiseerd-besluiten/>. Maar de VAR heeft er ook een vergadering aan gewijd: H. Franken, I.Th.M. Snellen, J. Smit, A.W. Venstra, *Beschikken en automatiseren*, Preadvies VAR 1993. En recenter M.M. Groothuis, J.E.J. Prins, C.J.M. Schuyt, *De digitale overheid*, Preadviezen VAR 2011. Enigszins onbescheiden voeg ik daaraan toe: J.W. Oordt & A. Tollenaar, Effecten van informatisering op de kwaliteit van beschikkingverlening, *Bestuurswetenschappen*. 2010(4), p. 28-46.

4 De enige normerende betekenis ontstaat indien de wetgever het gebruik van de digitale weg voorschrijft.

5 Iets vergelijkbaars zien we met de toepassing van de Wet Bibob: is eenmaal de conclusie getrokken dat sprake is van een 'ernstig gevaar' dan is er geen ruimte meer om de vraag te stellen of er wel aanleiding was om onderzoek te doen naar de mate van gevaar.

6 WRR, big data in een vrije en veilige samenleving, p. 21.

dataficatie is dus uiteindelijk een probleem van grip op de algoritmes die bij big data worden gebruikt. Bij een overheid die deze ICT-diensten inkoop en nauwelijks in staat is te beoordelen wat wordt ingekocht,⁷ zijn de risico's navenant groot.

3. Relevantie voor algemeen verbindende voorschriften

Wat heeft dit allemaal te maken met het onderwerp van de VAR-jaarvergadering, namelijk: algemeen verbindende voorschriften? Meuwese stelt dat dataficatie wringt met kenmerken van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels. Daaraan gaat de impliciete vooronderstelling vooraf dat bestuursorganen steeds vaker en meer gebruikmaken van dataficatie. Door dataficatie van bestuurshandelen zouden de bestuursrechtelijke algemene regels als bijzondere categorie bestuurshandelingen, aan relevantie verliezen. Bij dataficatie doet het er namelijk niet toe of er een regelgevende bevoegdheid is.

Meuwese baseert haar redenering op het uitgangspunt dat het denken in bevoegdheden wringt met de bestuurlijke werkelijkheid. Ze poneert de stelling dat (semi)publieke organisaties disciplineren door de Awb en aanverwante metaregelingen maar 'al te graag' omzeilen. Ze lijkt dus te beweren dat bestuursorganen liever kiezen voor regulering buiten de bestuursrechtelijke kaders om.

Dat is een interessante stelling, zeker gezien de ambitie van de Awb-wetgever om de bestuurlijke werkelijkheid te codificeren en niet te modificeren.⁸ Het bestuursrecht werkt daarom met materiele begrippen, waardoor nieuwe verschijnselen binnen de reikwijdte van een bestaand begripkader kunnen vallen. De vele variaties waarin (soms achteraf) beleidsregels worden herkend in documenten waar geen 'beleidsregel' boven staat, illustreren het ruime absorptievermogen van het bestuursrecht.⁹ Ook de door Meuwese aangehaalde Knooble zaak kan in dat licht worden gezien: de Hoge Raad blijkt buitengewoon vindingrijk om een bestaande praktijk te accommoderen binnen het recht.¹⁰

Daarbij komt: het algemeen verbindende voorschrift is nu juist *niet* gecodificeerd. De Awb-wetgever heeft zich niet gewaagd aan een definitie en beperkt zich voor wat betreft de normering van avv's tot artikel 3:1 Awb ('voor zover de aard' zich daartegen niet verzet, geldt de norm van zorgvuldige belangenafweging). De Aanwijzingen voor de regelgeving bevatten nog wel een definitie van algemeen verbindende voorschriften,¹¹ maar de normerende kracht van de Aanwijzingen is niet zo groot.¹²

De vraag is dus welk empirisch bewijs of welke theoretische onderbouwing Meuwese heeft voor haar stelling dat (semi)publieke organisaties neigen naar het omzeilen van bestuursrechtelijke disciplineren, juist ook waar deze disciplineren de facto afwezig is.¹³ Er zijn wel voorbeelden van (onderdelen van) bestuursorganen die opteren voor de ongeregelde 'vaste gedragslijn' of (raads)richtlijn in plaats van een beleidsregel en zo een bestuurlijke werkelijkheid creëren die zich op zijn minst slecht verhoudt tot de bestuursrechtelijke normering,¹⁴ maar daarmee is nog niet gezegd dat sprake is van een welbewuste handeling om de bestuursrechtelijke normering te omzeilen. Vaker zijn het botsende rationaliteiten waarbij de bestuurlijke werkelijkheid niet past in het Awb-raamwerk.¹⁵ Zou je, met andere woorden, niet in veel van het 'dataficatie van bestuurshandelen' gewoon beleidsregels kunnen herkennen, of op zijn minst vaste gedragslijnen?

Los van deze vraag is wel aannemelijk dat dataficatie consequenties kan hebben voor de wijze waarop gedrag wordt genormeerd. Meuwese verkent deze consequenties in de vorm van 'bewegingen weg van het bevoegdheidsdenken'. De stelling lijkt te zijn dat met dataficatie gedrag op een andere manier wordt genormeerd, zonder dat daaraan een regelgevende bevoegdheid ten grondslag ligt. Dataficatie biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid om burgers te informeren en daarmee te *nudgen* in hun keuzegedrag (bijvoorbeeld via naming and shaming door het publiceren van toezichtsinformatie).¹⁶ De normering van het wenselijke gedrag vindt dan plaats door (selectieve) publicatie van gegevens. Dat is feitelijk handelen, maar wel feitelijk handelen met grote consequenties. Een tweede beweging die Meuwese noemt is de algoritmische besluitvorming. Ze stelt dat algoritmes (vaak) niet controleerbaar zijn, al was het maar omdat ze in de markt zijn ontwikkeld en niet tot het publieke domein behoren. De controleerbaarheid van computersystemen is vaker geïmpliceerd.¹⁷ Op zichzelf is het dus juist dat Meuwese aandacht

4. Knelpunten bij dataficatie

De Aanwijzingen zijn immers hooguit een interne richtlijn voor de centrale overheid, zonder bevoegdheidsgrondslag overigens.

Wellicht verwijst Meuwese impliciet naar rechtssociologische literatuur over de relatieve betekenis van rechtsnormen (John Griffiths & Heleen Weyers, *De Sociale werking van het recht*, Nijmegen: *Ars Aequi* 2012), maar dan is het de vraag in hoeverre deze literatuur zonder meer van toepassing is op overheidsorganen.

CRvB 12 maart 2008, AB 2008/221, m.nt. Tollenaar.

Een voorbeeld betreft de neiging in de gemeentelijke bestuurslaag om regels aan de gemeenteraad voor te leggen, terwijl de gemeenteraad niet de bevoegdheid heeft om beleidsregels vast te stellen.

F. de Vries, *Leidt transparantie tot meer vertrouwen in de toezichthouder?* (oratie RUG), Groningen 2016.

Zo verhaalt Bröring van een disfunctionerend overheidsorgaan dat bij de rechter moest uitleggen hoe de geautomatiseerde beschikkingen werden genomen. De rechter verzocht daarop om inzage in de beleidsregels, waarop het bestuursorgaan volstond met een uitdraai op papier van de computertaal van het programma, die op zichzelf natuurlijk onleesbaar is en daarmee niet bijdraagt aan de controleerbaarheid van het bestuursbesluit. Zie: H.E. Bröring, *Beleidsregels*, Deventer: Kluwer 1998, p. 13.

7 Zie het rapport naar aanleiding van het parlementair onderzoek naar ICT-projecten bij de overheid, *Kamerstukken II* 2014/15, 33326, 5, met name p. 167.

8 Zie voor wat betreft de beleidsregel: PG Awb III, p. 20 en p. 291. Meer hierover: A. Tollenaar, 'Het succes van de codificatie van de beleidsregel in de Awb', *NALL* januari 2014, DOI: 10.5553/NALL.000018.

9 A. Tollenaar, *Gemeentelijk beleid en beleidsregels*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008.

10 Strikt genomen deugt het natuurlijk voor geen kant dat de facto algemeen verbindende voorschriften niet als zodanig worden aangemerkt en dus gepubliceerd, maar er zijn blijkbaar bedrijfseconomische belangen die nopen tot een 'tailor made' oplossing.

11 Zie par 2.2 Aanwijzingen voor de regelgeving.

12 De Aanwijzingen zijn immers hooguit een interne richtlijn voor de centrale overheid, zonder bevoegdheidsgrondslag overigens.

13 Wellicht verwijst Meuwese impliciet naar rechtssociologische literatuur over de relatieve betekenis van rechtsnormen (John Griffiths & Heleen Weyers, *De Sociale werking van het recht*, Nijmegen: *Ars Aequi* 2012), maar dan is het de vraag in hoeverre deze literatuur zonder meer van toepassing is op overheidsorganen.

14 CRvB 12 maart 2008, AB 2008/221, m.nt. Tollenaar.

15 Een voorbeeld betreft de neiging in de gemeentelijke bestuurslaag om regels aan de gemeenteraad voor te leggen, terwijl de gemeenteraad niet de bevoegdheid heeft om beleidsregels vast te stellen.

16 F. de Vries, *Leidt transparantie tot meer vertrouwen in de toezichthouder?* (oratie RUG), Groningen 2016.

17 Zo verhaalt Bröring van een disfunctionerend overheidsorgaan dat bij de rechter moest uitleggen hoe de geautomatiseerde beschikkingen werden genomen. De rechter verzocht daarop om inzage in de beleidsregels, waarop het bestuursorgaan volstond met een uitdraai op papier van de computertaal van het programma, die op zichzelf natuurlijk onleesbaar is en daarmee niet bijdraagt aan de controleerbaarheid van het bestuursbesluit. Zie: H.E. Bröring, *Beleidsregels*, Deventer: Kluwer 1998, p. 13.

vraagt voor deze beweging. Alleen is niet duidelijk waarom hier sprake is van een probleem met het bevoegdheidsdenken. Strikt genomen gaat het om een ander kenmerk van algemeen verbindende voorschriften, namelijk: kenbaarheid en dus controleerbaarheid van de toepassing ervan.

De derde beweging vormt de roep om maatwerk, die zelfs met big data een illusie blijkt. Maatwerk en algemene regels hebben op zijn minst een moeizame relatie. Overigens is wel duidelijk dat met big data meer variatie in besluitvorming kan worden aangebracht,¹⁸ waardoor het ideaal van maatwerk dichter wordt benaderd dan zonder big data. Meuwese vestigt echter de aandacht op een ander aspect: als je vanuit de maatwerkgedachte naar big data kijkt, zou je eigenlijk alle mogelijke datasets met elkaar willen koppelen. En dat verhoudt zich inderdaad slecht tot het denken in bevoegdheden. Een hoog science fiction gehalte heeft de beweging van 'machine learning'. De computer kan een zelflerend systeem worden en zelf normen ontwikkelen. Meuwese noemt geen voorbeelden van machine learning in het bestuursrechtelijke domein, maar ziet er wel een gevaar in. Duidelijk is in ieder geval dat in deze beweging een regelgevende bevoegdheid niet zo relevant meer is.

Meer marktinvloed op regulering ('outsourcing') vormt de vijfde beweging. De zesde beweging gaat over de teloorgang van de taligheid, en de opkomst van rekenprogramma's. Ten slotte wijst Meuwese nog op de rol van big data bij de totstandkoming van regels. Bij dat laatste zou je kunnen denken aan een bestuursrechtelijke variant van de doorrekening van verkiezingsprogramma's of de 'puntenwolken' die het sociaal planbureau produceert: met big data kan van elke maatregel ex ante worden berekend wat de verwachte gevolgen zullen zijn. Ook van deze laatste 'beweging' is niet meteen duidelijk wat de connectie is met de teloorgang van het bevoegdheidsdenken. In het gebruik van big data bij de voorbereiding van algemene regels zou je ook een positieve invloed kunnen zien voor het bestuursrechtelijke reguleringskader: meer dan ooit kan het bestuursorgaan gevolg geven aan de plicht tot een zorgvuldige belangenafweging door van tevoren alle gevolgen door te rekenen en af te wegen.

5. Hervormingsscenario's

De inventarisatie van de 'bewegingen' leidt tot een tussenbeschouwing waarin wordt geconcludeerd dat het vertrouwde begrippenkader inderdaad onder druk staat. Legaliteit, kenbaarheid en algemeenheid: het zijn allemaal kenmerken van het algemeen verbindende voorschrift die zich volgens Meuwese slecht verhouden met dataficatie. Een preadvies moet natuurlijk niet slechts beschrijven en analyseren, maar moet ook prikkelende gedachtes voorleggen. Meuwese formuleert daartoe een drietal 'hervormings-scenario's' waarmee de losgeslagen dataficatie te lijf kan

worden gedaan: finetuning, metaregulering en beginselenbestuursrecht.

Finetuning komt erop neer dat in de Awb of in de Aanwijzingen voor de Regelgeving normering plaatsvindt van dataficatie. Meuwese stuit bij dit hervormingsscenario meteen op een belangrijk probleem, namelijk dat een heldere definitie van het verschijnsel 'dataficatie' (nog) ontbreekt. Dat maakt het normeren lastig.

Met metaregulering werpt Meuwese de blik op degenen die in de dagelijkse praktijk met 'dataficatie' werken. Deze zouden een 'rechtsstatelijke reflex' moeten hebben. Ze wil dat realiseren door met een basispalet aan vaardigheden te gaan werken.¹⁹ Dit is op zichzelf een aardige gedachte die voortborduurde op oudere rapportages en aanbevelingen om de kwaliteit van 'de juridische functie' te bewaken.²⁰ Het nadeel is dat metaregulering weinig betekenis heeft in de rechtszaal wanneer blijkt dat de 'rechtsstatelijke reflex' tekort is geschoten. Dat maakt het derde scenario aantrekkelijk: beginselenbestuursrecht. Meuwese pleit voor een verruiming van de bevoegdheid van de bestuursrechter, die zich niet hoeft te beperken tot besluiten, maar zich blijkbaar ook mag bezighouden met datagebruik. De rechter zou daarbij een ruim toetsingskader moeten hebben waarmee het bestuurshandelen kan worden gezien 'in een bredere sociale en maatschappelijke dynamiek'.

6. Slotbeschouwing

Vermoedelijk zal het pleidooi voor beginselenbestuursrecht bij de VAR-jaarvergadering in vruchtbare aarde vallen.²¹ Meuwese is in haar preadvies nog weinig specifiek. 'Hoe dan?' is een vraag die op de lippen brandt. Waar eindigt de rechterlijke toets? Is de rechter dan wel in staat om onbegrijpelijke algoritmes te beoordelen? En gaat dat via de band van de exceptieve toetsing van een concreet besluit of feitelijke handeling?

Meuwese beantwoordt deze vragen niet. Dat past ook bij haar benadering: ze kiest niet voor een 'black letter' perspectief, maar voor een meer bestuurskundige verkenning van de veranderende context van regels. Daarmee is het preadvies in vergelijking tot de twee andere preadviezen in meerdere opzichten een vreemde eend in de bijt. Dat hoeft echter allerminst een probleem te zijn, al was het maar omdat er dan tijdens de jaarvergadering ook nog wat te discussiëren over blijft.

18 Ook dit punt is eerder beschreven, zie: C.N.J. de Vey Mestdagh, 'Een kenntechnologisch perspectief op de juridische kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming', in: M. Herweijer e.a. (red), *Alles in één keer goed*, Deventer: Kluwer 2005. Overigens leidt ict-besluitvorming vaak wel tot meer maatwerk dan de menselijke besluitvorming in de zin dat meer kenmerken van het geval kunnen worden meegewogen.

19 Of Meuwese hier terecht gebruikmaakt van het concept metaregulering valt overigens te betwijfelen. Metaregulering wordt gezien als het reguleren van de regelgevers (Paul Verbruggen & Tetty Havinga, 'Metatoezicht op voedselveiligheid', *TvT* 2014(1), p. 6-32, door Meuwese zelf ook aangehaald). De regulerende instantie baseert zich dan op zelfcorrigerende mechanismen bij de regelgever in plaats van zelf regels vast te stellen. Vergelijk: toezicht door de NVWA op certificeerders in de voedselketen. De voorstellen die Meuwese doet (investeren in vaardigheden van degenen die in en rondom de overheid werken) zijn nu juist wel zelfstandige regels van de reguliere instantie.

20 Visitatiecommissie Juridische functie en Wetgeving (commissie-Hoekstra), *Met recht verbonden*, Den Haag 2007.

21 Meuwese verwijst naar E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR Preadvies), Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 7-58; G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit', in *Het besluit voorbij* (VAR Preadvies), Den Haag: Boom juridisch 2013, p. 103-216.