

DE (ON)ZIN VAN TRANSPARANTIE VOOR DE BEWIJSPOSITIE VAN BELANGHEBBENDEN BIJ ALGORITMISCHE OVERHEIDSBESLUITVORMING

Door Ola Al Khatib¹

I. INTRODUCTIE

a. Maatschappelijke en juridische aanleiding en onderzoeksvraag

Wie regelmatig een krant openslaat, weet dat algoritmes niet meer weg te denken zijn uit onze huidige maatschappij. Ook Nederlandse bestuursorganen maken veelvuldig gebruik van algoritmes in de uitoefening van hun bestuurlijke taken. Is dit een nieuw verschijnsel? Alhoewel de maatschappelijke discussie dit soms doet vermoeden: *zeker niet*, maar daarover later meer.² In ieder geval kunnen we constateren dat een deel van de aan het licht gekomen algoritmische toepassingen van de overheid zich de laatste jaren heeft ontwikkeld tot een regelrecht schandaal. Niet zelden hadden deze toepassingen namelijk significante mentale, sociale en financiële consequenties voor de desbetreffende slachtoffers. Voorbeelden van zulke schandalen zijn de inmiddels internationaal beruchte kinderopvangtoeslagaffaire, de zwarte lijsten van de Fraude signaleringsvoorziening van de Belastingdienst en het meer recentelijk in de media verschenen algoritme voor de handhaving van de Wet studiefinanciering 2000.³ Een van de overeenkomsten tussen deze schandalen is dat zij het resultaat zijn van potentieel onrechtmatig fraudeopsporingsbeleid.

Twee onlosmakelijk met elkaar verbonden punten vallen in het bijzonder op bij dergelijke schandalen. Voor beide punten is de rode draad dat de algoritmische besluitvormingsprocessen van bestuursorganen zich lastig laten doorgronden door de burger, de rechter en *niet in de laatste plaats de bestuursorganen zelf*. Niet voor niets worden algoritmes veelvuldig aangeduid als een *black box*.⁴ Voor burgers is het dan ook een enorme opgave om een voor hen ingrijpend en (gedeeltelijk) algoritmisch genomen bestuursbesluit gemotiveerd te betwisten. Allereerst kunnen we dus constateren dat het leveren van bewijs in de regel niet meevalt in dergelijke situaties. Dit brengt problemen met zich mee voor de effectieve rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid. Ten tweede illustreren deze schandalen dat uitvoering die haaks staat op de beginselen van de democratische rechtsstaat pas jaren later aan het licht komt. De oorzaak hiervoor ligt deels in het *black box*-karakter van algoritmische besluitvormingsprocessen en ligt natuurlijk in het verlengde van de problemen rondom de rechtsbescherming.

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: 'ABRvS' of 'Afdeling') en de Hoge Raad hebben in 2017 en 2018 vereisten neergelegd ter voorkoming, of in ieder geval verzachting, van de nadelige gevolgen van een gebrek aan transparantie. Uit hun recontextualisering van reeds bestaande juridische normen blijkt, in een notendop, dat bestuursorganen enkel algoritmes (als beslisondersteuning) kunnen inzetten als zij de *black box* als het ware uitpakken voor de burger.⁵ In zekere zin worden er in de jurisprudentie dus transparantievereisten gesteld. Dat klinkt als een oplossing voor het probleem van een *black box*, maar toch is de kous daarmee niet af. Het is namelijk sterk de vraag is of de gang naar de rechter überhaupt het antwoord is op algoritmische besluitvorming door bestuursorganen in strijd met de beginselen van de democratische rechtsstaat. Met andere woorden: hebben we niet te hoge verwachtingen van de rechter?

¹ Ola Al Khatib is als promovenda verbonden aan het Molengraaff Instituut en het Montaigne Centrum van de Universiteit Utrecht. Haar promotieonderzoek heeft als werktitel 'Redesigning legal protection in view of the 'algorithmic turn' in Dutch social security decision-making'. Dit onderzoek focust zich op a) hoe de inzet van algoritmes de besluitvorming door Nederlandse bestuursorganen verandert en b) hoe de hiervoor (vanuit het staats- en bestuursrecht en het gegevensbeschermingsrecht) geldende normering aangepast zou moeten worden om de positie van de burger te blijven waarborgen in deze context. Zij is Anne Meuwese en Joyce Esser zeer erkentelijk voor hun waardevolle feedback op de conceptversie van dit stuk.

² Zie onder paragraaf II, f.

³ NOS 17 december 2020; The Guardian 15 januari 2021; NOS 21 juni 2023; PwC 2021.

⁴ Zie bijvoorbeeld Pasquale 2015.

⁵ *AERIUS I* en *AERIUS II*; HR 4 mei 2018; HR 17 augustus 2018.

Op basis van een *quick scan* van de jurisprudentie ontstaat niet de indruk dat deze transparantievereisten daadwerkelijk effect gesorteerd hebben. Dat komt voor een deel doordat bestuursorganen die transparantie in de praktijk nog steeds niet bieden. Voor een ander deel komt dit doordat zelfs daadwerkelijk geboden transparantie beperkingen heeft, en al helemaal in deze context.

Tegen deze achtergrond staat het bieden van effectieve rechtsbescherming tegen algoritmische besluitvorming door de overheid en het ontwerpen van passende normering daarvoor steeds vaker hoog op de wetenschappelijke agenda. De analyse in dit preadvies levert een bijdrage aan het wetenschappelijk debat over de normering van algoritmische overheidsbesluitvorming door de volgende vraag te beantwoorden:

Wat betekent de door de inzet van (complexe) algoritmes veranderende bestuursrechtelijke besluitvormingscontext voor de bewijspositie van belanghebbenden die bij de rechter aanvoeren dat fraudeopsporingsbeleid discriminatoir van aard is en wat zijn oplossingsrichtingen voor hoe het bestuursrecht deze context moet normeren?

b. Afbakening

De beantwoording van deze vraag focust op a) beschikkingen van bestuursorganen, die b) (gedeeltelijk) algoritmisch tot stand zijn gekomen en c) een intrekking en terugvordering van een sociale zekerheidsvoorziening zoals een bijstandsuitkering of studiefinanciering, al dan niet gepaard gaande met een boeteoplegging, als gevolg hebben. Deze besluiten zijn het resultaat van fraudeopsporingsbeleid waarbij algoritmes in ieder geval enige vorm van ondersteuning bieden en ingrijpende gevolgen hebben voor betrokkenen. Alhoewel dit een heel specifiek beeld van het bestuursrecht geeft, vloeit de gekozen focus voort uit de noodzaak om deze veelomvattende materie enigszins af te bakenen en uit het feit dat op het terrein van fraudeopsporing jurisprudentie is ontwikkeld. Daarnaast wordt geconstateerd dat terecht veel aandacht wordt geschonken aan de doorgesloten fraudeaanpak. Tegelijkertijd lijken bestuursorganen nog altijd in het duister te tasten wat betreft de vormgeving van een *fraudeaanpak 2.0*. Dat moet namelijk een aanpak zijn die een betere balans treft tussen efficiënte fraudeopsporing enerzijds en fundamentele rechtsstatelijke waarborgen zoals non-discriminatie anderzijds. Echter, zoals hierboven al aangestipt: de ontwikkeling in de jurisprudentie lijkt maar mondjesmaat hieraan bij te dragen. Dit is onder meer omdat de door de rechter vereiste transparantie niet daadwerkelijk geboden lijkt te worden door bestuursorganen. Ook speelt mee dat transparantie grenzen heeft en niet al te grote kloven tussen normering en rechtsbescherming kan dichten. Deze twee oorzaken tezamen raken aan de fundamentele vraag of het idee dat de burger een overheidsbesluit bij de rechter moet aanvechten wel past bij deze context.

c. Concrete bijdrage

De rechtsbescherming en normering van algoritmische besluitvorming door de overheid roept als onderzoeksobject grote vragen op, waaronder de direct hierboven gestelde. De wetenschap en de maatschappij in den brede hebben nog geen antwoorden hierop geformuleerd. Het beantwoorden van die vragen is dan ook zeker niet de ambitie van dit preadvies. Wat dit preadvies wel ten doel stelt, is het leveren van een concrete bijdrage aan het wetenschappelijk debat over dit onderzoeksobject. De hieronder verrichte analyses strekken ertoe uiteen te zetten dat het in deze algoritmische besluitvormingscontext zeer uitdagend is voor burgers om de vinger op de zere plek te leggen, ook al functioneert het bewijsrecht naar behoren.

d. Leeswijzer

Hieronder verricht ik dus een *eerste* analyse van de manier waarop de inzet van algoritmes door de overheid de bestuursrechtelijke besluitvormingscontext verandert. Deze analyse vindt plaats aan de hand van het aan de *law and technology* literatuur ontleende concept

van 'micro choices' of 'design choices' (hierna: 'micro-beslissingen').⁶ In dit eerste gedeelte komt ook het onderscheid tussen 'codegedreven' en 'datagedreven' algoritmes aan bod (paragraaf II). Daarna worden de door de Afdeling en Hoge Raad neergelegde transparantievereisten kort besproken (paragraaf III). Vervolgens wordt door deze bril gekeken naar de verhouding tussen de door de rechter ontwikkelde transparantievereisten en een aantal aan de rechter voorgelegde besluiten die het resultaat zijn van fraudeopsporingsbeleid van bestuursorganen. Daaruit blijkt hoe lastig het is voor de burger is om daadwerkelijk onrechtmatigheid van de besluitvorming te bewijzen en hoe lastig het voor de controlerende rechter is om de balans op te maken op basis van het aan weerszijden geleverde bewijs (paragraaf IV). Dit preadvies sluit af met het punt dat de focus op (*ex post*) rechtsbescherming door de rechter meer verschoven moet worden naar (*ex ante*) rechtsbescherming door de wetgever. Hiervoor is een herbezinning vereist van het geldende bestuursrechtelijke kader in samenhang met andere juridische kaders zoals de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: 'AVG'). Indien juristen het kind niet met het badwater weg willen gooien, dan lijkt een recontextualisering van onze huidige normstelling, waaronder de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en bepaalde grondrechten de meest geëigende weg.⁷ In dit gedeelte worden ook nader uit te werken oplossingsrichtingen aangestipt (paragraaf V).

II. DE 'ALGORITHMIC TURN': VERANDERING IN DE BESLUITVORMINGSCONTEXT VIA DRIE DIMENSIES

Een *million dollar question* is in hoeverre de inzet van algoritmes de bestuursrechtelijke besluitvormingscontext daadwerkelijk verandert. Deze vraag is een voorbeeld van een, in ieder geval op dit moment, onbeantwoorbare vraag. Om toch een eerste analyse hiervan te faciliteren, wordt op basis van bestaande literatuur een conceptueel kader geformuleerd. In een notendop tracht dit kader de 'algorithmic turn' in kaart te brengen via 'micro-beslissingen' in drie dimensies: 1) database (*bron*), 2) technologische ontwikkeling (*middel*) en 3) organisatorische toepassing (*organisatiestructuur en menselijke besluitvormer*).

e. Algorithms 101

Voordat dit kader aan bod komt, moeten echter twee voor dit onderzoek centrale begrippen worden gedefinieerd. Algoritmes kunnen namelijk grofweg in twee categorieën worden ingedeeld, door Hildebrandt aangeduid als: 1) 'codegedreven' en 2) 'datagedreven' algoritmes.⁸ Codegedreven algoritmes worden ook wel aangeduid als 'regelgebaseerde' algoritmes en hebben een bepaalde 'als X, dan Y'- of beslisboomstructuur. Dit betekent dat het algoritme ontwikkeld wordt en functioneert op basis van vooraf ingevoerde 'code'. Deze code bestaat uit de wetsinterpretatie of ervaringsgegevens van vertegenwoordigers van het bestuursorgaan in kwestie, gegoten in programmeertaal. Dat maakt weer dat de output van dit soort algoritmes 'rigide' is: deze is vooraf bepaald op systeemniveau en 'maatwerk' in individuele gevallen is daarmee onmogelijk. Bij dergelijke algoritmische besluitvorming hoeft vanuit technisch oogpunt geen menselijke ambtenaar betrokken te zijn. Individuele besluiten kunnen volledig geautomatiseerd plaatsvinden.⁹ Het vaststellen van het recht op een toeslag kan bijvoorbeeld zo plaatsvinden. Wanneer datagedreven algoritmes (ook aangeduid als 'case-based') worden ingezet, bestaat zo'n vooraf identificeerbare code daarentegen *niet*: deze algoritmes produceren output door middel van blootstelling aan een grote database in combinatie met een bepaalde vorm van artificiële intelligentie zoals *machine learning*. In zekere zin is dit soort algoritme het spiegelbeeld van codegedreven algoritmes, omdat het algoritme niet gebouwd is op menselijk geformuleerde regels, maar op uit de beschikbare data door artificiële

⁶ Yeung en Harkens 2023-I, p. 1; Hildebrandt 2018, p. 3; Merigoux, Alauzen en Slimani 2022, p. 6.

⁷ Meer fundamenteel zou de herbezinning zijn als deze zich richt op het herformuleren van bestaande normeringscategorieën. Zie Meuwese 2017. Ook in het kader van artikel 22 AVG speelt de vraag naar wat een besluit precies is, zo blijkt uit een geschil aanhangig bij het Europese Hof van Justitie: zie Schufa.

⁸ Hildebrandt 2018, p. 2.

⁹ Hildebrandt 2018, p. 2-3; Meuwese 2022, p. 59.

intelligentie afgeleide correlaties en patronen die als 'regels' dienen. Daardoor lijkt, als het algoritme goed functioneert, meer ruimte te zijn voor maatwerk, omdat de 'regels' volgen uit een analyse van een database waarin zeer veel verschillende gevallen voorkomen en dus door middel van het ontwaren van correlaties tussen kenmerken van deze gevallen gepersonaliseerder of fijnkorreliger kunnen zijn.¹⁰

f. De *algorithmic turn*

Met de zogenaamde *algorithmic turn*, ook aangeduid als de 'computational turn', wordt de verschuiving aangeduid van analoge naar algoritmische benaderingen om in een steeds ingewikkeldere maatschappij 1) toekomstig gedrag van bepaalde subjecten te voorspellen (bijvoorbeeld de kans dat zij een overtreding zullen begaan) of 2) een specifiek kenmerk van objecten of subjecten te detecteren en classificeren (bijvoorbeeld of gefraudeerd is bij een aangifte inkomstenbelasting). Deze *algorithmic turn* heeft onder meer kunnen aanvangen door de meer recentelijk beschikbaar gekomen grote databestanden waarop algoritmes werken.¹¹ Zoals in de inleiding al aangestipt, is het niet zo dat de inzet van algoritmes door bestuursorganen een nieuw fenomeen is. *Vóór* deze verschuiving werden complexe (*datagedreven*) algoritmes ook al wel ingezet om inzicht te verkrijgen in meer abstracte fenomenen zoals het klimaat of filegolven. Hetzelfde geldt voor simpelere (*codegedreven*) algoritmes om grote 'beschikkingsfabrieken' te ontlasten in de uitvoering (bijvoorbeeld door het automatisch laten uitbetalen van toeslagen indien wordt voldaan aan de in een beslisboom gecodeerde wettelijke voorwaarden). De verandering die de *algorithmic turn* teweeg gebracht heeft ligt dus specifiek in het feit dat a) algoritmische toepassingen zich richten op *concretere* subjecten of objecten, in plaats van abstractere fenomenen, *in combinatie met* het feit dat b) de (deels) geautomatiseerde analyse van deze subjecten of objecten niet zozeer (uitsluitend) gebaseerd wordt op objectieve methoden zoals meten maar *subjectiever van aard* is omdat conclusies afgeleid worden uit door het algoritme gedetecteerde correlaties of door mensen in code vastgelegde ervaringsregels.¹² Het is dus niet het geval dat codegedreven toepassingen altijd op basis van objectieve methoden plaatsvinden: ook deze kunnen beslisregels bevatten die geformuleerd zijn op basis van onderbuikgevoelens of niet-wetenschappelijk onderbouwde ervaringsgegevens.

g. Gefragmenteerde besluitvorming? Legio 'micro-beslissingen' bij algoritmische besluitvorming

Alhoewel de *algorithmic turn* nog volop onderzocht wordt, suggereert de bestaande literatuur dat deze in ieder geval een toegenomen fragmentatie van de besluitvormingsstructuur tot gevolg heeft. Analoge overheidsbesluitvorming kan al zeer ingewikkeld zijn, maar daarbij is het nog relatief eenvoudig om het beslismoment enigszins te lokaliseren (namelijk, waar rechtsregels toegepast worden op individuele gevallen) of de relevante actoren te identificeren (namelijk, medewerkers van het desbetreffende bestuursorgaan). De inzet van algoritmes veroorzaakt een bepaalde fragmentatie van de besluitvorming omdat het uiteindelijke besluit tot stand komt via verschillende kleinere beslismomenten waarbij verschillende actoren betrokken zijn. Omdat beslissingen vaak technisch van aard zijn en bestuursorganen de daarvoor vereiste expertise niet altijd in huis hebben, komt het bijvoorbeeld voor dat commerciële partijen het algoritmisch model aanleveren.¹³

Waar fraudeopsporingsbeleid eerder wellicht vooral ingegeven was door op zichzelf staande signalen zoals tips, behelst de door de *algorithmic turn* teweeggebrachte verandering een systematischere benadering waarbij beslissingen op bovenindividueel niveau ongemerkt doorwerken in individuele besluiten. Dergelijke beslissingen illustreren

¹⁰ Hildebrandt 2018, p. 2-3; Meuwese 2022, p. 59. Zie ook Hirsch Ballin 2021.

¹¹ Edwards and Veale 2017, p. 25.

¹² Edwards en Veale 2017, p. 24; Rouvroy en Berns 2010, p. 89. Voor een bredere duiding van het gebruik van deze term in de literatuur, zie: De Vries 2013, p. 14-15.

¹³ Yeung 2023, p. 3.

de fragmentatie die teweeggebracht is door de *algorithmic turn* en kunnen worden aangeduid als 'micro-beslissingen'.¹⁴ Dit preadvies definieert micro-beslissingen als:

*incrementele beslissingen die genomen worden gedurende het gehele besluitvormingsproces en die bij elkaar genomen op significante wijze dit besluitvormingsproces en de daaruit voortvloeiende eindbeslissing vormen.*¹⁵

Een eerste literatuuronderzoek suggereert dat ten minste **drie soorten micro-beslissingen** genomen worden in het kader van de inzet van algoritmes voor bestuurlijke besluitvorming:

1. Micro-beslissingen worden genomen **met betrekking tot het ontwerpen van de databases** die voor algoritmische besluitvorming als 'bron' fungeren. Een belangrijke beslissing betreft bijvoorbeeld welke actor de data genereert en corrigeert. Het gaat dan om de rol die deze actor speelt in het desbetreffende bestuursorgaan of de relatie die deze actor met dit bestuursorgaan heeft. In de context van 'ketensamenwerking' (waarbij de voor besluitvorming gebruikte data afkomstig is van een ander bestuursorgaan) is het verder van belang om een beslissing te maken over of de data gedeeld wordt via simpel kopiëren of via een zogeheten 'semi-permanente datastructuur'. Deze keuze houdt een afweging in tussen enerzijds de mogelijkheid om data te recontextualiseren voor de doeleinden van het ontvangende bestuursorgaan en anderzijds de mogelijkheid om op de hoogte gebracht te worden wanneer data *a posteriori* gecorrigeerd wordt en het daarop gebaseerde besluit incorrect blijkt te zijn.¹⁶ Hieraan gerelateerd is het belangrijk dat de actoren die verantwoordelijk zijn voor de data-invoer en de actoren die verantwoordelijk zijn voor de besluitvorming die op basis daarvan geschiedt, dezelfde interpretatie van de betekenis en significantie van data hanteren. Een hiervoor relevant verschil zit in 'harde' (individueel en feitelijke) data en 'zachte' (niet-individuele en/of niet-feitelijke) data. Wanneer beide soorten data opgenomen worden in de database, is het belangrijk dat duidelijk aangegeven wordt wanneer sprake is van welke soort data. Anders ligt het risico op de loer dat onderbuikgevoelens, ervaringsgegevens of andere soorten (subjectieve) aannames en daadwerkelijke feiten hetzelfde gewogen worden in de daarop volgende besluitvorming.¹⁷
2. Ook **over het technische ontwerp van de algoritmische tool zelf** worden micro-beslissingen genomen. Afhankelijk van of de keuze valt op een codegedreven of datagedreven algoritme, moet namelijk een verschillend ontwerptraject ingeslagen worden. In het geval van codegedreven algoritmes moeten analoge regels (wet- en regelgeving of bestuurlijke ervaringsgegevens) vertaald worden naar algoritmische code.¹⁸ Bij deze vertaling kan een legio aan zaken voor een discrepantie tussen analoge en algoritmische regel zorgen, onder meer vanwege het feit dat verschillen bestaan tussen menselijke taal (meer genuanceerd) enerzijds en computertaal (meer binair) anderzijds. Ook speelt het feit mee dat de technici die de vertaling uitvoeren (logischerwijs) niet over de juridische kennis beschikken om de interpretatie te maken die een vertaling mogelijkerewijs vereist.¹⁹ In het geval van datagedreven algoritmes behelst het ontwerp beslissingen over 1) de manier waarop invoerdata gelabeld wordt.²⁰ Een bepaald waterverbruik dat inconsistent is met het gemiddeld gebruik van een individu kan bijvoorbeeld worden gelabeld als 'fraude' met een vorm van bijstandsuitkering omdat mogelijkerewijs een feitelijk partnerschap niet geregistreerd staat of iemand feitelijk op een ander adres woont dan geregistreerd. De gelabelde invoerdata vormt zo de

¹⁴ Yeung and Harkens 2023-I, p. 1; Hildebrandt 2018, p. 3; Merigoux, Alauzen en Slimani 2022, p. 6.

¹⁵ Vergelijk Binns and Veale 2021, p. 319-320.

¹⁶ Van Eck 2018, p. 213; Widlak 2021, p. 14, 171, 179 en 180-182.

¹⁷ Widlak, p. 20-21, 25 en 217.

¹⁸ Hildebrandt 2018, p. 2-3.

¹⁹ Citron 2007, p. 1261.

²⁰ Edwards en Veale 2017, p. 25; Zie Hildebrandt 2018, p. 2-3; Meuwese 2022, p. 59.

'training dataset', welke zoals de naam aangeeft het algoritme traint.²¹ Ook moeten beslissingen genomen worden over welk type *machine learning* software wordt geselecteerd om het algoritme te bouwen. De keuze kan gemaakt worden tussen bijvoorbeeld een regressie- of classificatiemodel, welke respectievelijk een score voor ieder individu genereert of ieder individu juist in bepaalde algoritmische groepen plaatst.²² Bovendien moet bepaald worden welke verdeling van vals positieven en vals negatieven geschikt is voor de desbetreffende besluitvormingscontext. Zo zal in een juridische context de afweging in principe sneller uitvallen in het voordeel van meer vals negatieven dan in een medische context. Daarmee wordt uiting gegeven aan het feit dat onze samenleving met haar toewijding aan de beginselen van de democratische rechtsstaat de situatie dat een deel van de bestaande fraudeurs niet opgespoord wordt, verkiest boven de situatie dat een deel van de goeden onder de kwaden lijden. In de medische context worden we daarentegen juist liever gealarmeerd over een ziekte die achteraf niet aanwezig blijkt te zijn, dan dat we er te laat achter komen dat we daadwerkelijk ziek zijn.²³ Het is belangrijk om te realiseren dat dergelijke ontwerpbeslissingen niet tot de verleden tijd behoren wanneer het algoritme eenmaal in werking is: tijdens de inzet van het algoritme is het ook van belang dat technische ontwikkelaars kunnen identificeren wanneer zij het algoritme moeten hertrainen. Datagedreven algoritmes zijn namelijk, door de combinatie van een training dataset en een bepaalde *machine learning* software, getraind op basis van een bepaalde (voorstelling van een) *tijdelijke* realiteit. Aangezien sociale problemen zoals fraude niet statisch zijn, kunnen eventuele patronen daarin op overeenkomstige wijze aan verandering onderhevig zijn.²⁴

3. Bovendien worden micro-beslissingen genomen **met betrekking tot de inbedding van de algoritmische tool in de werkprocessen** van het desbetreffende bestuursorgaan. Bij gedeeltelijk geautomatiseerde besluitvorming ligt het risico op de loer dat 'automation bias' optreedt. Met deze term wordt uitdrukking gegeven aan het fenomeen waarbij menselijke beslissers geneigd zijn min of meer blind algoritmisch advies op te volgen. Het bestaan van contra-indicaties voor het algoritmisch advies haalt daarbij niks uit tegen de aura van objectiviteit die algoritmes met zich meedragen.²⁵ Empirisch onderzoek suggereert dat menselijke beslissers in bestuursorganen met een hiërarchischere organisatiecultuur minder ruimte ervaren om af te wijken van algoritmisch advies dan hun collega's in bestuursorganen met een minder hiërarchische organisatiecultuur. Dit is het gevolg van de vanuit de bestuurslaag gemaakte keuze voor een sterke inbedding van algoritmische systemen in het werkproces van individuele beslissers. Deze beslissers blijken zo vaker geen gevolg te geven aan contra-indicaties verkregen uit niet-algoritmische informatie, omdat zij afwijking van het algoritmisch advies gemotiveerd dienen voor te leggen aan hun bovengeschaten.²⁶ Of de oorzaak nu ligt in hoe de menselijke beslisser zich verhoudt tot de cultuur van het bestuursorgaan of hoe hij zich überhaupt verhoudt tot technologie, de papieren werkelijkheid en de reële werkelijkheid kunnen flink uit elkaar lopen. Op papier functioneert het algoritme namelijk slechts als beslissondersteuning en blijft de menselijke beslisser *in charge*; in de praktijk wordt de rol van deze menselijke beslisser gereduceerd tot *rubberstamping*. Dat op deze manier menselijke beslissers onopgemerkt weg kunnen vallen als *checks and balances* op de geautomatiseerde besluitvormingspraktijk is dan ook een van de redenen dat artikel 22 AVG in beginsel een verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming neerlegt. Bij de inbedding van algoritmes binnen de organisatorische werkprocessen zouden bepaalde micro-beslissingen van invloed

²¹ Edwards and Veale 2017, p. 25-26.

²² Yeung en Harkens 2023-II, p. 8.

²³ Yeung en Harkens 2013-II, p. 9; Scantamburlo, Charlesworth en Cristianini 2019, p. 53-55.

²⁴ Binns 2020, p. 4-5.

²⁵ WRR 2021, p. 415.

²⁶ Meijer e.a. 2021, p. 844.

kunnen zijn op de mate van zinvolle menselijke interventie. Een van deze beslissingen raakt aan de rol die een algoritme in het algehele besluitvormingsproces vervult. Algoritmes kunnen een adviserende of een classificerende rol vervullen. In het eerste geval rolt een advies uit het algoritme, bijvoorbeeld over het risico van een individu om frauduleus gedrag te vertonen. Op basis hiervan besluit het bestuursorgaan dan of dit individu onderworpen moeten worden aan geïntensiveerd toezicht. Het advies wordt geproduceerd doordat het dataprofiel van een individu getoetst wordt aan de vooraf menselijk ingevoerde regels (in geval van een codegedreven algoritme) of de door data-analyse opgevatte correlaties (in het geval van een datagedreven algoritme). Hieruit rolt een score, label of categorie, bijvoorbeeld: de kans op toekomstige fraude is 65%, dit is een 'potentieel toekomstige fraudeur' of er bestaat 'een hoog risico' op fraude. Wanneer een algoritme een dergelijke rol vervult, beschikt de menselijke beslisser ook over andere, niet-algoritmische informatiebronnen en blijft hij in ieder geval formeel bevoegd om het uiteindelijke besluit te nemen, ook indien dat betekent dat hij het algoritmisch advies naast zich neerlegt.²⁷ In het tweede geval, namelijk dat waarin het algoritme een classificerende rol vervult, werpt het algoritme bepaalde gevallen uit voor behandeling door een menselijke beslisser. Een belangrijk verschil met het eerste soort algoritme is dat een deel van de daaruit voortvloeiende besluiten dus volledig geautomatiseerd is: het algoritme produceert immers niet een advies voor alle gevallen, maar brengt enkel bepaalde besluiten onder de aandacht van de menselijke beslisser. Zo kan een dergelijk algoritme een deel van de besluiten als niet-verdacht bestempelen, en een deel als verdacht voor de voorspelling van fraude. Het eerste deel wordt dan niet onderworpen aan verder toezicht. Het tweede deel wordt overgedragen aan de menselijke beslisser die op basis van alle beschikbare informatie een oordeel velt over de vraag of het algoritme dit deel terecht als verdacht bestempelde en verder toezicht benodigd is, of dat dit onterecht was.²⁸ Deze tweede soort algoritmes is vanuit efficiëntie-oogpunt interessant wanneer veel gevallen beoordeeld moeten worden: het is immers onmogelijk om iedere belastingaangifte separaat te beoordelen. De rol van het algoritme lijkt zo vooraf bepaald door bepaalde ontwerpkeuzes. Voor een deel is dit ook zeker het geval, maar de interactie tussen mens en machine kan dergelijke ontwerpkeuzes toch in bepaalde mate doorkruisen. Allereerst kan deze interactie bewerkstelligen dat een adviserend algoritme toch classificerend functioneert. Dit komt voor wanneer de menselijke beslisser het algoritmisch advies enkel naast zich neerlegt bij een bepaald deel van de populatie en niet bij de rest van de geanalyseerde populatie (een 'impliciete classificatie'-functie).²⁹ Een hieraan gerelateerde micro-beslissing die van invloed kan zijn op de mate van zinvolle menselijke interventie is het ontwerp van de gebruikte interface waarop het algoritmisch advies aan de menselijke beslisser wordt gepresenteerd. Voor dergelijke interventie is immers vereist dat de menselijke beslisser enigszins kennis heeft van de rationale die ten grondslag ligt aan het algoritmisch advies en dat niet-algoritmische informatie ook in deze interface opgenomen is. Een dergelijke interface is ook van belang voor de mogelijkheid om het besluit aan het desbetreffende individu uit te leggen.³⁰

Al met al wordt door de technische en organisatorische aard van deze micro-beslissingen, zoals Bovens en Zouridis in 2002 al inzichtelijk maakten, het zwaartepunt van bestuurlijke besluitvorming verplaatst van de 'street-level' naar de 'system-level bureaucrats'. Niet langer behoort de discretionaire ruimte van het bestuur toe aan de ambtenaar die contact onderhoudt met de burger, zijn situatie kent en deze toetst aan het geldende wettelijke kader, waarna hij uiteindelijk binnen de daardoor aan hem gelaten ruimte over

²⁷ Binns en Veale 2021, p. 322.

²⁸ Binns en Veale 2021, p. 322. Uiteraard bestaan variaties op deze soorten, maar voor conceptuele duidelijkheid worden deze twee uitersten besproken.

²⁹ Binns en Veale 2021, p. 325 [vertaling OAK; auteurs spreken van 'implied 'triage' situation'].

³⁰ Yeung en Harkens 2023-II, p. 12.

bijvoorbeeld een aanvraag van of sanctie jegens deze burger beslist. Deze ruimte wordt in plaats daarvan overgedragen aan medewerkers van het bestuursorgaan die op systeemniveau opereren, zoals de data-analysten en software-ontwerpers alsook beleidsmedewerkers die de uitvoering op organisatieniveau vormgeven.³¹ Alhoewel de analyse van Bovens en Zouridis specifiek gaat over de context van 'beschikkingsfabrieken', is deze toch nuttig voor dit preadvies waarin ook de besluitvormingspraktijk van colleges van B&W (hierna: 'college') de revue passeert. Colleges lijken hun fraudeopsporingsbeleid namelijk niet altijd zelfstandig vorm te geven, maar juist in samenwerkingsverbanden met beschikkingsfabrieken zoals de Belastingdienst.³²

h. Praktijkvoorbeelden van 'micro-beslissingen' die niet zo micro uitpakken

Wellicht ontstaat na dit beknopte overzicht van de mogelijke soorten micro-beslissingen de indruk dat het effect van deze beslissingen inderdaad 'micro' is. Deze feitelijke 'micro'-beslissingen hebben echter een significante en beslissende invloed op het algehele besluitvormingsproces en het uiteindelijke besluit. Als concept representeren microbeslissingen dus de bij algoritmische besluitvorming cruciale beslismomenten die meer *upstream* – d.w.z. voorafgaand aan het formele bestuursrechtelijke beslismoment – plaatsvinden. Ter illustratie dienen de volgende praktische voorbeelden:

1. In het schandaal rondom de Fraude signaleringsvoorziening had een gebrek aan gedeelde interpretatie van ingevoerde data een ingrijpend effect op het uiteindelijke besluit. Enerzijds genereerde de ene afdeling van de Belastingdienst een datapunt dat slechts bedoelde aan te geven dat het individu in kwestie geselecteerd was voor een afwijkende behandeling omdat bepaalde signalen wezen op *mogelijke fraude*. Anderzijds interpreteerde de afdeling die verantwoordelijk was voor de besluitvorming deze invoer als een *vastgesteld geval van fraude*. Het gevolg hiervan was dat individuen ten onrechte een minnelijke betalingsregeling werd geweigerd voor eventueel onrechtmatig ontvangen toeslagen.³³
2. Van de hiervoor besproken 'impliciete classificatie'-functie lijkt sprake te zijn geweest bij het gebruik van het COMPAS-systeem. In dit onder meer in de Verenigde Staten gebruikte systeem ontvangen rechters bij de beoordeling van een verzoek voor vrijlating op borgtocht een algoritmisch advies betreffende het risico op recidive. Uit onderzoek blijkt dat een deel van de rechters het algoritmisch advies enkel opvolgt wanneer de verdachte een zwarte huidskleur heeft, en dat zij het algoritmisch advies naast zich neerleggen en hun eigen oordeel volgen bij verdachten met een witte huidskleur.³⁴
3. Van een vergelijkbare dynamiek lijkt sprake te zijn geweest bij een algoritmische toepassing van de Britse immigratiedienst. Hierbij werd de classificatie niet gebaseerd op voor de mens identificeerbare kenmerken zoals huidskleur, maar op niet-menselijk identificeerbare maar algoritmisch gecreëerde groepen. Individen die door het algoritme als een 'laag risico' werden bestempeld, werden na menselijke tussenkomst nooit anders bestempeld, terwijl individuen die door het algoritme als 'hoog' of 'relatief hoog' risico werden bestempeld, wel anders beoordeeld werden na menselijke tussenkomst.³⁵

III. DE TRANSPARANTIEVEREISTEN VAN DE AFDELING EN HOGE RAAD

Zoals uit paragraaf II volgt, leidt de inzet van algoritmes tot een complexe besluitvormingscontext waarin het beslismoment gefragmenteerd is tot verschillende micro-beslissingen. Vanwege de technische aard en de onderlinge verwevenheid van deze beslissingen is het doorgronden van deze context al zeer uitdagend wanneer alle relevante informatie beschikbaar is. Dit wordt nog uitdagender wanneer deze informatie ontbreekt

³¹ Bovens en Zouridis 2002, p. 175 en 180. Zie ook Van Eck, Bovens en Zouridis 2018.

³² Zie bijvoorbeeld CRvB 8 december 2020, r.o. 1.2.1. en 1.2.3.

³³ PwC 2021, p. 11.

³⁴ Binns en Veale 2021, p. 325.

³⁵ Binns en Veale 2021, p. 325.

of gebrekkig is en dit is niet zelden het geval bij algoritmische besluitvorming door de overheid.

i. De reactie van de rechter op de black box

Inmiddels is de rechter al meermaals geconfronteerd met belanghebbenden die een (gedeeltelijk) algoritmisch genomen bestuursbesluit proberen aan te vechten. In reactie op het gebrek aan inzichtelijkheid waarmee zij belanghebbenden en zichzelf geconfronteerd zagen, hebben de ABRvS en de Hoge Raad transparantievereisten neergelegd voor overheidsbesluitvorming die (gedeeltelijk) het resultaat is van geautomatiseerde besluitvorming. Deze zijn erop gericht om de gelijkwaardigheid van de procespositie van partijen te waarborgen en effectieve rechterlijke controle te faciliteren door de *black box* als het ware te openen.

De Afdeling was in 2017 als eerste aan zet: in de *AERIUS I*-uitspraak heeft zij een toetsingskader geformuleerd voor (gedeeltelijk) geautomatiseerde besluitvorming door de overheid. Waar het op neerkomt is dat dit toetsingskader voor het bestuursorgaan de plicht in het leven roept om de belanghebbende informatie te verschaffen over alle gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames. Hiertoe moet het bestuursorgaan niet enkel vanuit eigen beweging en voor aanvang van de rechterlijke fase overgaan. Zij moet dit ook op 'passende wijze' doen, wat zoveel betekent als dat zij daarbij daadwerkelijk gericht moet zijn op begrijpelijkheid voor de belanghebbende en niet op informatieverschaffing *an sich*. Als dit niet het geval is, maakt de belanghebbende namelijk geen schijn van kans om (gedeeltelijk) geautomatiseerde besluitvorming te beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten bij de rechter. De belanghebbende zal daarbij namelijk met bewijs moeten komen om zijn beroepsgrond te ondersteunen.³⁶

In 2018 heeft de ABRvS bovenstaande toetsingskader verder verfijnd in de *AERIUS II*-uitspraak. Daarmee is een zekere relativering aangebracht ten opzichte van de toetsingscriteria over *het soort gegevens* dat actief en tijdig verschaft moet worden en *de vorm daarvan*. Bij de *AERIUS*-software kan namelijk een onderscheid gemaakt worden tussen 'maatwerk invoergegevens' en 'standaard invoergegevens', kortgezegd die gegevens die het bestuursorgaan zelf invoert respectievelijk die al in de software besloten liggen. De Afdeling overweegt dat voor het bestuursorgaan wel een plicht geldt om dergelijke 'maatwerk invoergegevens' uit eigen beweging en tijdig te verschaffen, maar dat deze niet geldt ten opzichte van de 'standaard invoergegevens'. Deze gegevens hoeven bovendien niet verschaft te worden in de vorm zoals deze ingevoerd zijn in het systeem. De plicht geldt in zoverre dat inzicht geboden moet worden in de keuzes die gemaakt zijn bij de invoer van de gegevens. Dit laat onverlet dat het bestuursorgaan zowel de maatwerk als standaard invoergegevens moet verschaffen in de vorm zoals ingevoerd indien belanghebbende hiertoe een voldoende concreet en tijdig verzoek indient.³⁷ Dat de plicht zich op grond van dit toetsingskader uitstrekt tot de fase dat de belanghebbende nog niet in beroep is gegaan, wordt in *AERIUS II* in ieder geval bevestigd. De Afdeling relateert deze plicht namelijk ook expliciet aan de mogelijkheid om zienswijzen naar voren te brengen.³⁸

De Hoge Raad heeft in 2018 tweemaal een arrest gewezen dat relevant is voor geautomatiseerde besluitvorming. Allereerst heeft de Hoge Raad het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken' uit artikel 8:42 Awb nader ingevuld. Hiertoe behoren alle gegevens die de inspecteur *ter beschikking staan of hebben gestaan en van belang kunnen zijn* voor het *nog bestaande onderlinge geschil*. Enerzijds is hiervoor niet relevant of de inspecteur deze stukken daadwerkelijk als onderbouwing aan het besluit ten grondslag heeft gelegd: als deze ter beschikking (hebben ge)staan en van belang zijn, behoren ze te worden overlegd. Anderzijds brengt deze nadere invulling met zich mee dat stukken die

³⁶ *AERIUS I*, r.o. 14.3.-14.5.

³⁷ *AERIUS II*, r.o. 23.1.-23.5. en 23.7.

³⁸ *AERIUS II*, r.o. 23.4.

wel als onderbouwing hebben gediend maar niet (meer) van belang zijn voor de beoordeling van het nog bestaande geschil *niet* hieronder vallen. Met dit arrest interpreteert de Hoge Raad het begrip 'stukken' dus op een technologie-neutrale manier omdat zowel op papier als in elektronische vorm vastgelegde gegevens hiertoe worden gerekend. Daarbij geldt voor een op elektronische wijze opgeslagen tekstbestand dat deze in het geheel als een stuk wordt gekwalificeerd en daarmee ook in het geheel moet worden overlegd. Voor een elektronische brief geldt dus dezelfde standaard als voor een papieren brief. Daarentegen bepaalt de Hoge Raad dat voor systematische gegevensverzamelingen (databases) niet relevant is of de gegevens in kwestie moeten worden verzameld uit één of meerdere bestanden. Dat is ook logisch nu de aard van dergelijke databases juist is dat gegevens verspreid kunnen zijn over meerdere bestanden.³⁹

In datzelfde jaar legde de Hoge Raad een norm neer voor de 'op de zaak betrekking hebbende stukken' in het specifiekere geval dat een besluit van een bestuursorgaan genomen is op basis van een geautomatiseerd proces. De achtergrond van deze zaak betreft een verzoek van belanghebbende tot het ontvangen van voor het desbetreffende geautomatiseerde besluit relevante stukken ten tijde van de hoorprocedure. Het bestuursorgaan heeft dit verzoek pas in hoger beroep ingewilligd en deed daarbij een beroep op de technische onmogelijkheid om deze stukken op dat moment te verstrekken en het feit dat deze niet in papieren vorm waren.⁴⁰ De Hoge Raad maakte korte metten met deze argumentatie en oordeelde dat:

alhoewel "de in artikel 7:4, lid 2, Awb opgenomen verplichting tot het ter inzage leggen van de op de zaak betrekking hebbende stukken zich niet kan uitstrekken tot informatie die het bestuursorgaan zelf niet kan raadplegen", "[i]ndien (...) een door het bestuursorgaan genomen besluit geheel of ten dele het resultaat is van een geautomatiseerd proces - zoals de modelmatige waardebeoordeling in het kader van de uitvoering van de Wet WOZ - en de belanghebbende de juistheid van de bij dat geautomatiseerde proces gemaakte keuzes en van de daarbij gebruikte gegevens en aannames wil controleren en zo nodig gemotiveerd betwisten, moet het bestuursorgaan zorgdragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuzes, aannames en gegevens. Zonder die inzichtelijkheid en controleerbaarheid dreigt een ongelijkwaardige procespositie van partijen te ontstaan. Een belanghebbende kan in geval van besluitvorming op basis van een computerprogramma dat vanuit zijn perspectief is te beschouwen als een zogenoemde "black box" immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen (vgl. Afdeling Bestuursrechtspraak RvS 17 mei 2017, nrs. 201600614 e.a., ECLI:NL:RVS:2017:1259, AB 2017/91, rechtsoverweging 14.3). Dit heeft ook te gelden indien die informatie (nog) niet is neergelegd in op de zaak betrekking hebbende stukken." Omdat de door de belanghebbende verzochte gegevens het resultaat zijn van dergelijke keuzes, aannames en gegevens, had het bestuursorgaan de belanghebbende inzicht hierin moeten bieden.⁴¹

De Hoge Raad bevestigt hierbij dus de lijn uit het hierboven besproken arrest, bestaande uit de belang- en beschikbaarheidseis en de technologie-neutrale interpretatie van het begrip 'stukken'. Aan deze lijn wordt toegevoegd dat in het geval dat stukken vanwege technische onmogelijkheid niet daadwerkelijk overlegd kunnen worden, nog steeds inzicht geboden moet worden in de inhoud daarvan.⁴²

Kortom, beide rechterlijke instanties laten er geen onduidelijkheid over bestaan: wanneer bestuursorganen geautomatiseerde systemen inzetten ter ondersteuning van hun besluitvorming, kan dit alleen als zij de 'black box' als het ware voor de burger en rechter openen. Nuanceverschillen tussen de jurisprudentie van de Afdeling en Hoge Raad daargelaten, moeten digitale gegevens waarin aannames en keuzes besloten liggen die het besluitvormingsproces en daarmee het uiteindelijke besluit hebben gevormd, tijdig inzichtelijk gemaakt worden aan de belanghebbende. De hieraan ten grondslag liggende rationale is dat alleen met een gelijkwaardige procespositie op basis van voldoende inzicht in het besluitvormingsproces, belanghebbenden een oordeel kunnen vormen over voor hen ingrijpende overheidsbeslissingen en zij deze zo nodig gemotiveerd kunnen betwisten bij de controlerende rechter.

³⁹ HR 4 mei 2018, r.o. 3.3.-3.4.5.

⁴⁰ HR 17 augustus 2018, r.o. 2.1 en 2.3.1-2.3.2.

⁴¹ HR 17 augustus 2018, r.o. 2.3.3.

⁴² HR 17 augustus 2018, r.o. 2.2 en 2.3.2.

IV. TRANSPARANTIEVEREISTEN EN FRAUDEOPSPORINGSBELEID BEZIEN DOOR DE BRIL VAN 'MICRO-BESLISSINGEN'

Hiervoor zagen we dus dat de jurisprudentie transparantievereisten stelt, maar hebben deze nu daadwerkelijk zin? Een eerste aanzet om deze vraag te beantwoorden wordt hieronder gegeven. Hiervoor worden twee uitspraken geanalyseerd over het fraudeopsporingsbeleid dat ten grondslag lag aan de bij de rechter aangevochten beschikkingen. De eerste uitspraak dateert van ver voor de transparantiejurisprudentie van de Afdeling en Hoge Raad. Bovendien lijkt in beide geschillen geen sprake te zijn van daadwerkelijk algoritmisch ingegeven fraudeopsporingsbeleid. Desondanks illustreren deze geschillen, door onder meer het gebrek aan transparantie en de gehanteerde risicoprofilering, de bewijsrechtelijke uitdagingen die de inzet van algoritmes meebrengt. Daarnaast bevatte het projectvoorstel van het ene opsporingsbeleid het gebruik van het Systeem Risico Indicatie (SyRI), maar is SyRI om praktische redenen uiteindelijk niet ten aanzien van appellant ingezet.⁴³ Hierdoor kon de rechter het gebruik van dit algoritmische systeem niet toetsen, maar de uitspraak is toch interessant omdat aannemelijk is dat zelfs in het geval dat SyRI wel ingezet was, het bestuursorgaan de inzet hiervan toch onvoldoende inzichtelijk zou hebben gemaakt. In hetzelfde jaar deed de rechtbank Den Haag namelijk uitspraak in wat bekend zou komen te staan als dé *SyRI*-uitspraak. In die zaak werd ook nagelaten om de inzet hiervan inzichtelijk te maken, met als rechtvaardiging: een soort *gaming the system*-argument. Burgers zouden hun gedrag dan namelijk kunnen afstemmen op de bekendgemaakte informatie en zo fraudeopsporingsbeleid ontduiken.⁴⁴

j. De bewijspositie van de onterecht beschuldigde burger

In 2007 deed de rechtbank Haarlem uitspraak in een geschil over de rechtmatigheid van de intrekking van een bijstandsuitkering door het college van de gemeente Haarlem en het daaraan ten grondslag liggende onderzoek naar bijstandsfraude. De feiten zijn als volgt. Het uitgevoerde onderzoek 'thematisch' is van aard aangezien het zich specifiek richt op (het feitelijke verblijfadres van) bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst. De aanleiding hiervoor ligt in een brief van (toenmalig) Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Mark Rutte waarin tientallen gevallen geconstateerd worden waarbij bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst, door het nalaten van uitschrijving als ingezetene, bijstandsuitkering bleven ontvangen terwijl zij reeds verhuisd waren naar het Verenigd Koninkrijk.⁴⁵

In dit kader is eiser vanwege zijn huidskleur en het feit dat hij een andere dan de Nederlandse taal sprak op straat aangesproken door twee medewerkers van de sectie fraudebestrijding van het college.⁴⁶ Eiser heeft zich na herhaaldelijk verzoek van deze medewerkers geïdentificeerd. Op dit moment wordt hem medegedeeld dat hij op de voor het onderzoek opgestelde lijst van bijstandsgerechtigden staat. Daarom willen de medewerkers een huisbezoek afleggen op het door hem opgegeven adres. Ondanks dat eiser herhaaldelijk weigert zijn medewerking te verlenen, gaan de medewerkers toch naar zijn adres en worden zij hier door een huisgenoot van eiser binnengelaten. Uit de verklaring van deze huisgenoot blijkt dat eiser inderdaad feitelijk verblijft op dit adres. Deze verklaring weerhoudt het college niet ervan om verder onderzoek in te stellen naar eiser.

Nadat eiser niet ingaat op een uitnodiging voor een gesprek over zijn woonsituatie en daarmee niet aan zijn inlichtingenplicht op grond van de Wet werk en bijstand (WWB) voldoet, trekt het college bij besluit van 3 januari 2005 de uitkering van eiser in vanaf 2 december 2004. Naar aanleiding van een nieuwe aanvraag voor een uitkering legt het

⁴³ CRvB 8 december 2020, r.o. 1.2.4.

⁴⁴ *SyRI*, r.o. 6.49.

⁴⁵ Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.4.

⁴⁶ Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.1 en 2.7.

college een aangekondigd huisbezoek af. Daarbij was eiser niet aanwezig, maar een huisgenoot heeft als bewijs van feitelijk verblijf een tas met spullen van eiser getoond. Dit achtte het college onvoldoende bewijs voor de aanname dat eiser feitelijk in Haarlem verblijft en daarom is de aanvraag afgewezen.⁴⁷

In beroep voert eiser aan dat hij voldaan heeft aan zijn inlichtingenplicht. Het college had zijn feitelijke verblijfadres kunnen vaststellen aan de hand van zijn inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie, het feit dat de gemeente al jaren op dit adres correspondeert met eiser, het feit dat hij een verklaring van de hoofdbewoner heeft overgelegd, het feit dat een huisgenoot de tas met al zijn bezittingen heeft getoond en het feit dat hij al jarenlang een uitkering ontvangt en nooit gefraudeerd heeft. Hij voert ook aan dat hem niet tegengeworpen kan worden dat hij tijdens onaangekondigde huiscontroles niet aangetroffen wordt, omdat hij overdag nooit op dit adres aanwezig is. Door zich in het kader van fraudeonderzoek specifiek te richten op bijstandsgerechtigden van Somalische afkomst, stelt eiser, heeft het college in strijd met artikel 1 van de Grondwet gehandeld.⁴⁸

De rechtbank oordeelt dat *in casu* sprake is van discriminatie naar ras omdat het onderzoek zich gericht heeft op mensen van Somalische afkomst, ongeacht hun nationaliteit. De rechtbank overweegt dat het college niet aannemelijk gemaakt heeft dat objectieve gronden een inbreuk op het discriminatieverbod rechtvaardigen. Aan deze conclusie doet de signalering dat een deel van de groep in kwestie fraudeert niets af.⁴⁹ Om deze reden kan eiser niet tegengeworpen worden dat hij in het kader van dit onderzoek niet voldaan heeft aan zijn inlichtingenplicht.⁵⁰ Aangezien volgens de rechtbank het selecteren van eiser op basis van uiterlijke kenmerken indruist tegen wat van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht en strijdig is met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, acht zij onder verwijzing van jurisprudentie van de Hoge Raad en Centrale Raad van Beroep (hierna: 'CRvB' of 'Raad') al het bewijs dat verkregen is na het aanspreken op straat ontoelaatbaar. Het gevolg is dat de rechtbank de besluiten vernietigt waarin de reeds genoten bijstandsuitkering van eiser wordt stopgezet.⁵¹ Hetzelfde geldt voor het besluit waarin de nieuwe aanvraag wordt afgewezen. Ten aanzien hiervan overweegt de rechtbank nog expliciet dat het college onvoldoende aannemelijk gemaakt heeft dat eiser niet feitelijk verblijft op het door hem opgegeven adres. Het door het college aangedragen bewijs dat eiser niet aanwezig was tijdens de huisbezoeken en zich op dit adres slechts een tas bevond met spullen van eiser weegt niet op tegen het door eiser aangedragen bewijs en de vaststelling van het college zelf dat eiser in Haarlem studeert. Dit alles leidt tot de conclusie dat het geleverde bewijs het besluit niet kan dragen.⁵²

k. De bewijspositie van de terecht beschuldigde burger

In 2020 deed de CRvB uitspraak in een geschil over intrekking en terugvordering van de bijstandsuitkering van een appellant die door het college van de gemeente Eindhoven geselecteerd was voor fraudeonderzoek in kader van het project 'GALOP II'. Overigens leidt ook deze uitspraak uiteindelijk tot vernietiging (en herroeping) van het bestreden besluit, maar anders dan het geschil hierboven in deelparagraaf i heeft deze appellant wel degelijk zijn inlichtingenplicht geschonden. 'GALOP II' staat voor het project Gerichte, Aandacht, Leefbaarheid, Ondernemerschap, Participatie en is in 2016 in het postcodegebied 5654 gestart door diverse afdelingen van de gemeente Eindhoven, de Veiligheidsregio Brabant-Zuidoost-Brandweer, de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid Directie Arbeidsmarktfraude, de Belastingdienst, de Belastingdienst/toeslagen, de politie, de Koninklijke Marechaussee, het Openbaar

⁴⁷ Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.1.

⁴⁸ Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.2.

⁴⁹ Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.5.

⁵⁰ Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.6.

⁵¹ Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.7-2.8.

⁵² Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, r.o. 2.9.

Ministerie, de Sociale Verzekeringsbank, het Uitvoeringsinstituut Werknemers Verzekeringen en een installatiebedrijf (hierna: 'ketenpartners'). Met dit project beoogden de ketenpartners een bijdrage te leveren aan "de verbetering van de naleving van wet- en regelgeving, veiligheid en leefbaarheid in deze gebieden door integrale aanpak van uitkeringsfraude, belastingfraude, illegale bewoning en bebouwing, illegale bedrijfsactiviteiten en overlast gevende situaties en daarmee samenhangende misstanden".⁵³

Om dit doel te bereiken, is in het projectvoorstel de volgende werkwijze opgenomen:

"[o]p basis van analysevragen zal een risicomatrix met indicatoren voor verschillende vormen van regelovertreding worden opgesteld. Om deze indicatoren te meten, zal door het Inlichtingenbureau en de projectleider gegevensbestanden bij verschillende instanties worden opgevraagd. Na koppeling in het Systeem Risico Indicatie (SyRI) worden deze gegevens geanalyseerd. Dit levert een lijst op van personen en adressen met een verhoogde kans op regelovertreding. Aan de hand van de geformuleerde projectdoelstellingen worden adressen geduid die onderzoekswaardig zijn. Op deze manier kunnen gerichtere controles worden uitgevoerd. De al bekende risicopersonen zullen in de analyse worden meegenomen. Naast de objectieve gegevens zal ook gebruik gemaakt worden van subjectieve gegevens waaronder tips, meldingen en andere maatschappelijke signalen."⁵⁴

Daarentegen is het project, zo blijkt uit het eindrapport van medio 2018, uiteindelijk als volgt uitgevoerd:

"[o]m te komen tot onderzoekswaardige, zogenoemde verwonderadressen werd door het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid SyRI ter beschikking gesteld. Door problemen bij het aanleveren van data en de daaropvolgende verwerking hiervan door SyRI heeft het project bijna zes maanden vertraging opgelopen. Van de uiteindelijke analyseresultaten kon slechts een beperkt aantal adressen worden gebruikt voor controles. Door het gedeeltelijk wegvallen van SyRI hebben de deelnemende partners een alternatieve manier bedacht om te komen tot verwonderadressen. Om de controles in het postcodegebied toch op basis van verwonderadressen te kunnen uitvoeren, hebben de leden van het kernteam eigen geprioriteerde adressen aangeleverd. Deze zijn beoordeeld op overlap van informatie, waarna alsnog een lijst met verwonderadressen kon worden opgesteld. Bij de prioritering van de verwonderadressen werd gekeken welke partners interesse hadden voor een bepaald adres. Op basis van dat gegeven is gekeken naar een verdeling van de adressen onder de teams. In de praktijk betekende dit vaak dat er een meervoudig belang moest zijn op een verwonderadres. Op 29 november 2016, 17 januari, 14 februari, 21 maart, 18 april en 30 mei 2017 hebben controles in het postcodegebied plaatsgevonden. Tijdens deze controledagen zijn in het postcodegebied 105 verwonderadressen bezocht."⁵⁵

Appellant is met zijn echtgenote woonachtig in dit postcodegebied en hun adres is op bovenstaande wijze geselecteerd voor een huisbezoek op 18 april 2017. Daarbij treffen twee handhavingsspecialisten van de gemeente Eindhoven meerdere reisstempels aangetroffen in de Nederlandse en Marokkaanse paspoorten van het echtpaar.⁵⁶ Per brief van 28 april 2017 verzoekt het college appellant tot het aanleveren van onder meer bankschriften en gegevens over de door hem en zijn echtgenote gemaakte buitenlandse reizen.

Appellant verstrekt niet alle gevraagde gegevens, ook niet na een tweede brief op 21 november 2017 en nadat op 11 december 2017 opschorting plaatsvindt van het recht op bijstand vergezeld met de waarschuwing dat bij uitblijven van herstel, intrekking volgt. Appellant gaat voor het eerst in bezwaar tegen het besluit van 5 januari 2018 tot intrekking van zijn bijstandsuitkering. De beslissing op bezwaar (bestreden besluit 1) handhaaft dit besluit en wordt opgevolgd door een nader onderzoek dat op 17 april 2018 weer uitmondt in de herziening, intrekking en terugvordering van over bepaalde periodes genoten bijstandsuitkering. De beslissing op bezwaar gericht tegen dit laatste besluit (bestreden besluit 2) verklaart het bezwaar gedeeltelijk gegrond en herroept het besluit gedeeltelijk. Voor het overige deel geldt een overschrijding van de toegestane verblijfperiode in het buitenland en bijschrijvingen op de bankrekening.⁵⁷

⁵³ CRvB 8 december 2020, r.o. 1.2.1. en 1.2.3.

⁵⁴ CRvB 8 december 2020, r.o. 1.2.2.

⁵⁵ CRvB 8 december 2020, r.o. 1.2.4.

⁵⁶ CRvB 8 december 2020, r.o. 1.3.

⁵⁷ CRvB 8 december 2020, r.o. 1.4.-1.5., 1.6.-1.7. en 1.8.-1.9.

In hoger beroep voert appellant aan dat zijn adres op discriminatoire gronden geselecteerd is voor een huisbezoek en dat het college de inzet van SyRI bij het GALOP II-project onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar heeft gemaakt. Daarnaast voert hij, met verwijzing naar de uitspraak in eerste aanleg, aan dat het huisbezoek als onrechtmatig gekwalificeerd moet worden omdat de handhavingsspecialisten niet om 'informed consent' hebben verzocht. Anders dan de rechtbank geoordeeld heeft, voert appellant aan dat hierdoor niet enkel bestreden besluit 1 vernietigd moet worden, maar dat dit ook het geval is voor bestreden besluit 2.⁵⁸ Appellant stelt zich namelijk op het standpunt dat dit onrechtmatige huisbezoek niet tot vervolgonderzoek had mogen leiden en dat ook de informatie die daaruit verkregen is, onrechtmatig is. In zijn hoger beroep tegen de vernietiging van bestreden besluit 1 voert het college aan dat het op grond van artikel 53a van de PW beschikt over een algemene onderzoeksbevoegdheid die "steeds en spontaan kan worden uitgeoefend ten aanzien van alle bijstandsgerechtigden".⁵⁹ Het college bestrijdt primair dat het huisbezoek onrechtmatig was, maar voert subsidiair aan dat door deze algemene onderzoeksbevoegdheid aanvullende gegevens opvragen in ieder geval rechtmatig is.⁶⁰

De CRvB oordeelt als volgt over de beroepsgrond dat de selectiecriteria een discriminatoir karakter zouden hebben en dat het daarmee verkregen bewijs als onrechtmatig zou moeten worden gekwalificeerd. De Raad overweegt dat de onderzoeksbevoegdheid van artikel 53a van de Participatiewet (hierna: 'PW') weliswaar steeds en spontaan kan worden uitgeoefend, maar dat deze *in casu* niet spontaan is uitgeoefend. Het onderzoek heeft namelijk plaatsgevonden in het kader van het GALOP II-project. Alhoewel het vaste rechtspraak van de CRvB is dat het toepassen van risicoprofielen daarbij is toegestaan om efficiënt fraudetoezichtbeleid te voeren, is het niet toegestaan om daarmee in strijd met het discriminatieverbod (zoals neergelegd in artikel 14 EVRM en artikel 1 Protocol 12 bij het EVRM) óf het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (zoals neergelegd in artikel 8, tweede lid, EVRM) te handelen. Bovendien kan toepassing van risicoprofielen alleen plaatsvinden op een transparante manier die in lijn is met andere beginselen, zoals het (expliciet door de CRvB aangehaalde) verbod van willekeur, het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod op *détournement de pouvoir*.⁶¹

De CRvB verwierpt de beroepsgrond van appellant voor zover deze betrekking heeft op het gebrek aan transparantie *bij de inzet van SyRI*. Vanwege uitvoeringsproblemen is SyRI namelijk niet ingezet ten aanzien van de appellant, zoals ook blijkt uit het eindrapport van GALOP-II en de toelichting op zitting. De Raad neemt de feitelijke werkwijze onder de loep. Het college geeft aan dat de handhavingsspecialisten en ketenpartners een lijst met verwonderadressen hebben opgesteld ter vervanging van SyRI en dat de prioritering afhankelijk was van de mate van interesse van deze partners, de bekendheid van het adres bij het college, de datum van het laatste onderzoek en de uitkeringsduur op dat adres. Echter slaagt het college er niet in te verduidelijken op welke manier de selectie in algemene zin was ingericht en welke systematiek en criteria daarbij golden. Het college heeft het adres van appellant als verwonderadres gekwalificeerd omdat hij al gedurende lange tijd een uitkering ontving, terwijl het laatste onderzoek alweer een poos geleden had plaatsgevonden. Het college selecteerde appellant ook omdat hij en zijn echtgenote zeven kinderen hebben waarvan een thuiswonend en de anderen uitwonend. Verder was het adres niet bekend bij het college. Het college heeft niet verduidelijkt welke feiten aanleiding waren voor de ketenpartners om tot de classificatie van verwonderadres te komen. Uit het voorgaande blijkt dus dat risicoprofielen ingezet zijn bij de toepassing van de algemene onderzoeksbevoegdheid, maar dat onvoldoende duidelijk geworden is hoe uiteindelijk tot een lijst met verwonderadressen is gekomen. De factoren van het college zijn, zelfs tezamen beschouwd, niet enkel onvoldoende concreet; ook is onduidelijk wat

⁵⁸ Uit CRvB 8 december 2020, r.o. 2.2. blijkt namelijk dat de rechtbank bestreden besluit 2 als onrechtmatig heeft beoordeeld, omdat het onderzoek dat daaraan ten grondslag ligt niet enkel beschouwd kan worden als vervolg op en onlosmakelijk verwerven met het huisbezoek.

⁵⁹ CRvB 8 december 2020, r.o. 2.1.-3.2.

⁶⁰ CRvB 8 december 2020, r.o. 2.1.-3.2.

⁶¹ CRvB 8 december 2020, r.o. 4.1.-4.4.

de rol van deze factoren was. Daarnaast zijn de criteria van de (niet nader gespecificeerde) ketenpartners in het geheel onbekend. Dit alles geldt niet enkel in het algemeen, maar juist ook specifiek met betrekking tot de selectie van appellant. Door dit gebrek aan transparantie kan niet gecontroleerd worden of deze uitoefening van de algemene onderzoeksbevoegdheid aan de hand van risicoprofielen in lijn is met de jurisprudentie van de CRvB en de voornoemde beginselen. De Raad overweegt ook expliciet steun te vinden in de SyRI-uitspraak. Deze overwegingen leiden de Raad ertoe het huisbezoek en het daarmee verkregen bewijs als onrechtmatig te beoordelen.⁶²

Vervolgens verbindt de CRvB aan de kwalificatie 'onrechtmatig bewijs' verstreckende gevolgen. Het college voert aan dat het de reisgegevens uit de Marokkaanse paspoorten ook anderszins had kunnen bemachtigen. Ook stelt het dat het vervolgonderzoek zich niet enkel richtte op de reisgegevens, maar ook op financiële gegevens. Deze financiële gegevens beschouwt het college niet als rechtstreeks gevolg van het huisbezoek, schijnbaar nu deze gegevens niet boven water kwamen bij het huisbezoek. Tenslotte is de intrekking (bestreden besluit 1) het gevolg van het niet verstrekken van alle gevraagde gegevens door appellant en gebaseerd op de bevoegdheid in artikel 54, vierde lid, van de PW.⁶³ De CRvB maakt korte metten met deze argumenten:

"Deze beroepsgrond en het verweer van het college slagen niet. Op zichzelf verzet geen rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel zich ertegen dat het bijstandverlenend orgaan na een onrechtmatig aangevangen onderzoek of een onrechtmatig geoordeeld huisbezoek een nader onderzoek instelt naar de rechtmatigheid van verleende of nog te verlenen bijstand".

"In dit geval borduren de onderzoekshandelingen van het college echter rechtstreeks voort op het onrechtmatig aangevangen onderzoek, waarbij het adres van betrokkene als verwonderadres is aangemerkt. Hierna heeft het huisbezoek plaatsgevonden, zijn nadere gegevens opgevraagd, heeft een gesprek plaatsgevonden en is het dwangmiddel van opschorting en intrekking na opschorting toegepast om die nadere gegevens te verkrijgen. Al deze onderzoekshandelingen zijn uitsluitend een vervolg op en onlosmakelijk verweven met het onrechtmatig gestarte onderzoek. Volgens vaste rechtspraak (...) worden de op die manier verkregen gegevens ook aangemerkt als onrechtmatig verkregen bewijs. Dit geval is niet gelijk aan wat beoordeeld is in de [door het college] in 4.8.1 genoemde uitspraak. Daar is niet de aanvang van het onderzoek onrechtmatig geoordeeld, maar een onderdeel daarvan, namelijk het huisbezoek, en ging het, anders dan hier, niet om verkregen bewijs, maar om een niet rechtmatig verkregen hulpmiddel voor onderzoek."⁶⁴

"Hieruit volgt dat de besluitvorming in geschil niet berust op rechtmatig verkregen bewijs. Dit is in strijd met artikel 7:12, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. In dit geval kan dit gebrek in de besluitvorming ten aanzien van de intrekking na opschorting niet worden hersteld. De aard van het dwangmiddel van opschorting en intrekking na opschorting is van dien aard dat feitelijk onderzoek nadien niet achteraf een grondslag kan scheppen voor de uitoefening van deze bevoegdheid. Ten aanzien van de intrekking, herziening en terugvordering heeft het college niet gesteld dat het los van het onrechtmatig aangevangen onderzoek over bewijs beschikt of kan gaan beschikken."⁶⁵

Het resultaat van dit alles is dat appellant volledig in het gelijk gesteld wordt, beide beslissingen op bewaar worden vernietigd en beide beslissingen *in primo* worden herroepen.

1. Het opmaken van de balans

Welk beeld ontstaat nu op basis van de hiervoor besproken jurisprudentie? Kijkend naar de CRvB-uitspraak (die dateert van ná de jurisprudentie van de Afdeling) valt allereerst op dat bestuursorganen nu niet ineens bereid zijn om openheid van zaken te geven. Dat beeld volgt ook uit andere uitspraken, zoals de SyRI-uitspraak. De rechter is dan wel streng voor bestuursorganen en beoordeelt het bewijs als onrechtmatig, maar dit lijkt niet echt te kunnen worden toegeschreven aan de onder paragraaf III besproken transparantiejurisprudentie. De jurisprudentielijn over onrechtmatig verkregen bewijs bestond namelijk al, zo blijkt ook uit de toepassing daarvan in de uitspraak uit 2007.

⁶² CRvB 8 december 2020, r.o. 4.5.-4.7.

⁶³ CRvB 8 december 2020, r.o. 4.8.1.

⁶⁴ CRvB 8 december 2020, r.o. 4.8.2.

⁶⁵ CRvB 8 december 2020, r.o. 4.8.3.

Daarnaast zocht de rechter bij de hier verder onbesproken *SyRI*-uitspraak zijn heil niet in de gelijkwaardigheid van de procespositie van partijen, maar in artikel 8 EVRM.

Of dit nu komt door de transparantiejurisprudentie of niet, het enkele stellen van transparantievereisten door de rechter kan soms best in het voordeel van belanghebbenden werken. *Zelfs* wanneer daarvoor materieelrechtelijk contra-indicaties bestaan. In de CRvB-uitspraak zagen we namelijk dat het gevolg het ontstane gebrek aan inzichtelijkheid was dat het gevoerde fraudeopsporingsbeleid als onrechtmatig werd beoordeeld. Hieraan werden grote consequenties verbonden, aangezien ook het in een later stadium verkregen bewijs als zo onlosmakelijk met dit beleid verweven werd bevonden dat een beroep op de algemene onderzoeksbevoegdheid uit de Participatiewet geen soelaas bood. Daarom werden de desbetreffende besluiten uiteindelijk vernietigd en herroepen, ondanks dat de belanghebbende de inlichtingenplicht dus wel degelijk geschonden had. Men zou in een dergelijk geval kunnen stellen dat het bewijsrecht hier doet wat het moet doen: de rechter ervan overtuigen dat het handelen dat voorafgegaan is aan het voorliggende besluit in strijd is met rechtsregels die de macht van de overheid juist dienen te beteugelen. Toch zou dit te simpel zijn. Allereerst omdat deze uitspraak een uitzondering lijkt te vormen, want er bestaan genoeg uitspraken waarin het bewijs als onrechtmatig gekwalificeerd wordt maar het bestreden besluit om verschillende redenen toch in stand kan blijven.⁶⁶

Ten tweede kan voor beide uitspraken gesteld worden dat transparantievereisten weliswaar essentieel zijn, maar de moeilijkheden rondom het leveren van bewijs *niet* (volledig) wegnemen. Voor beide appellanten geldt dat het hen uiteindelijk (ook) gaat om de vraag of zij ten onrechte gediscrimineerd zijn. Het feit dat transparantievereisten gesteld worden neemt niets af van het feit dat beide appellanten wellicht op discriminatoire gronden zijn geselecteerd, maar de grootste moeite hebben om dit aan te tonen. Zelfs al zou zinvolle transparantie geboden worden, dan nog valt dit niet mee. In dit kader wordt gewezen op de in paragraaf II besproken (technische) micro-beslissingen. Om zijn gelijk te halen, moet een appellant niet alleen beschikken over alle informatie, maar ook nog eens de technische expertise hebben om deze te doorgronden. Het lijkt niet realistisch om te verwachten dat bestuursorganen deze expertise zelf überhaupt in huis hebben of hun informatiehuishouding daarvoor genoeg op orde hebben. En dan zijn er altijd nog andere praktische problemen voor de burger: vanuit Frankrijk, waar vergaande transparantieplichtingen in de 'Awb' opgenomen staan, bereiken ons ook signalen dat de realiteit weerbarstiger is. Zo bestaat in de praktijk nog vaak genoeg geen transparantie, onder meer vanwege het feit dat de Franse overheid in gevallen algoritmische code verstrekt in een schijnbaar zelfs voor technici onleesbare vorm.⁶⁷

Bovendien, voor de onterecht als fraudeur bestempelde burger betekent dit dat hij helemaal naar de rechter moet om zijn onschuld te bewijzen. Door de manier waarop bestuursorganen fraudeopsporingsbeleid vormgeven en toezicht uitoefenen, komen burgers in een lastige (bewijs)positie. Het enkele feit dat een burger binnen een bepaald risicoprofiel past, kan namelijk al reden zijn voor een bestuursorgaan om vervolgonderzoek in te stellen. Op zich is dat niet problematisch, maar de indruk wordt gewekt alsof hierbij relatief snel een soort tunnelvisie ontstaat. Opererend in een politiek klimaat waarin fraudebestrijding hoog op de agenda staat, oogt het namelijk alsof bestuursorganen handelen naar de impliciete gedachte dat als een burger past binnen het gehanteerde risicoprofiel, de kans groot is dat het risico inderdaad tot uiting komt in zijn gedrag. Het bewijs dat overeenkomt met deze gedachte, lijkt deze tunnelvisie te bevestigen en het bewijs dat niet overeenkomt, wordt niet serieus genomen. De desbetreffende burger belandt hiermee onterecht in een slepend proces waarbij hij verwoede pogingen moet ondernemen om zijn onschuld te bewijzen. Ook al zal de rechter dergelijk bewijs te zwak bevinden, dit neemt niet weg dat de gevolgen voor de burger in de tussentijd zeer ingrijpend zijn. Het heeft iets wrangs dat een burger tot aan de uitspraak

⁶⁶ Zie voor een overzicht Schuurmans 2017.

⁶⁷ Merigoux, Alauzen en Slimani 2022, p. 5.

van de rechter moet bewijzen dat hij iets niet heeft gedaan en dat het bestuursorgaan zo gemakkelijk hieraan voorbij kan gaan. In praktische zin is dat namelijk het tegenovergestelde van wat toewijding aan de beginselen van de democratische rechtsstaat met zich meebrengt: voor onschuldig worden gehouden totdat het tegendeel bewezen is en daarbij de situatie dat een deel van de daadwerkelijke fraudeurs niet gepakt wordt verkiezen boven die waarin de goeden onder de kwaden leiden.

Tenslotte blijven problemen op systeemniveau bestaan. Doordat besluitvorming niet inzichtelijk gemaakt wordt, kan de rechter deze niet aan het recht toetsen en kan de rechter de geldende gedragsnormen niet recontextualiseren. Zoals bleek uit paragraaf II, zorgt de inzet van algoritmes voor een zeer complexe bestuursrechtelijke besluitvormingscontext. Voordat een individueel besluit eenmaal formeel genomen is, wordt het vormgegeven in een lang proces waarin allerlei 'micro-beslissingen' van invloed zijn. Als de rechter in een dergelijk complexe context zijn controlerende taak niet kan uitoefenen, blijft onduidelijk wat rechtmatig handelen bij het nemen van micro-beslissingen inhoudt. Zo bestaat een gebrek aan concretere (publiekrechtelijke) rechtsnormen over hoe databases ingericht moeten, hoe technische keuzes gemaakt moeten worden bij het bouwen van algoritmes en voor de organisatorische inbedding van het opgestelde algoritme. Zonder concrete normering voor deze context, wordt de bewijspositie van belanghebbenden er ook niet eenvoudiger op. Het afsnijden van de *feedback loop* tussen toetsingsnormen en gedragsnormen is niet in de laatste plaats problematisch voor bestuursorganen zelf.⁶⁸ Zij richten hun fraudeopsporingsbeleid namelijk ongetwijfeld in met de beste bedoelingen maar missen blijkbaar concrete sturing.

V. Oplossingsrichtingen voor *black boxes* én *white boxes*

Het voert te ver om oplossingsrichtingen substantieel uit te werken in dit preadvies. Wel worden enkele hiervan aangestipt. Deze gelden zowel in de situatie dat bestuursorganen transparant zijn (dan nog blijft deze context immers complex), als in de situatie dat zij dat niet zijn. Aangezien de rechter niet meer lijkt te kunnen doen dan hij nu al doet om grip te krijgen op de onderliggende besluitvorming, richten deze oplossingsrichtingen zich voornamelijk op de wetgever. Hij moet de huidige normering namelijk beter doordenken en verduidelijken richting bestuursorganen, bijvoorbeeld wat betreft:

- *De algemene beginselen van behoorlijk bestuur.* Uit de jurisprudentie over geautomatiseerde besluitvorming en (analoge) risicoprofilering blijkt zelden een beroep gedaan te worden op deze algemene beginselen, zoals hiervoor ook aangestipt werd wat betreft de SyRI-zaak. Dat kan natuurlijk ook liggen aan het feit dat de rechter een andere beroepsgrond kansrijker acht, maar de concrete gedragsnormen die uit deze beginselen moeten volgen, blijven zo onduidelijk. Om meer duidelijkheid te bieden, zou de wetgever de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zelf kunnen recontextualiseren. In 1993 heeft Franken al zogenaamde 'beginselen van behoorlijk IT-gebruik' opgesteld.⁶⁹ Deze beginselen sluiten specifiek aan op de geautomatiseerde context dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtsontwikkeling zou gebaat zijn bij nader onderzoek naar de kruisbestuiving tussen deze ICT-beginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
- *Het discriminatieverbod.* Een *quick scan* van de jurisprudentie van de CRvB lijkt uit te wijzen dat (analoge) risicoprofilering vooral getoetst wordt aan het discriminatieverbod uit het EVRM.⁷⁰ Dit discriminatieverbod richt zich voornamelijk op bepaalde 'verdachte' gronden zoals etniciteit. Datagedreven algoritmes kunnen echter ook correlaties detecteren op basis van andere (niet-verdachte) gronden, zoals ook bleek in het geval van de in paragraaf II besproken 'impliciete classificatie'-functie van het algoritme van de Britse immigratiedienst. Het recht

⁶⁸ Schlössels en Zijlstra 2017, 9.

⁶⁹ Franken 1993, p. 18 e.v.

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld: CRvB 17 mei 2016. CRvB 1 oktober 2018.

zou een antwoord moeten formuleren op de vraag of de algoritmische context aanleiding geeft om de bescherming van het discriminatieverbod uit te breiden.⁷¹

VI. CONCLUSIE

Uit dit preadvies blijkt dat de algoritmische besluitvormingscontext complex is en dat het voor de burger daarmee zeer uitdagend is om bewijs te leveren ter ondersteuning van beroepsgronden. De door de rechter geformuleerde transparantievereisten zijn weliswaar essentieel, maar lijken weinig effect te sorteren. De geanalyseerde uitspraken tonen aan dat ondanks dat het bewijsrecht naar behoren functioneert, de praktische uitkomsten nogal te wensen overlaten. Dit komt deels doordat bestuursorganen deze transparantievereisten aan hun laars lappen. Tegelijkertijd legt dit de fundamentele vraag bloot of rechtsbescherming überhaupt geschikt is om te garanderen dat algoritmische besluitvorming door de overheid in overeenstemming is met de beginselen van de democratische rechtsstaat. Onder meer omdat onterecht als fraudeur bestempelde burgers niet door een lang en slepend proces zouden moeten gaan om het tegendeel te bewijzen. Maar ook omdat we überhaupt fraudeopsporingsbeleid moeten nastreven dat rechtmatig is. Om de fraudeopsporing effectief te laten zijn en om te voorkomen dat welke burger dan ook daardoor onrechtmatig (bijvoorbeeld discriminatoir) behandeld wordt door de overheid. Zonder te miskennen dat aandacht voor rechtsbescherming en (zinvolle) transparantie bij algoritmische overheidsbesluitvorming onontbeerlijk blijft, eindigt dit preadvies vooral met een oproep richting de wetgever en rechtswetenschappers om meer aandacht te besteden aan de *ex ante* normering van algoritmische overheidsbesluitvorming. Op korte termijn lijken we namelijk niet zoveel te kunnen verwachten van bestuursorganen als het op transparantie aankomt. Zouden ze zich niet op *gaming the system*-achtige argumentatie beroepen, dan is het namelijk nog maar de vraag of zij hun informatiehuishouding voldoende op orde hebben om de vereiste transparantie te bieden. Mocht het ons lukken om betere normering op te stellen voor deze context, dan kunnen algoritmes naast efficiëntie ook de beginselen van de democratische rechtsstaat (beter) dienen. De *black box* die het menselijk brein is laat zich namelijk nog altijd lastiger doorgronden (en dus normeren) dan algoritmes dat technisch gezien doen.

⁷¹ Vedder en Naudts 2017, p. 5. Zie ook Gerards en Zuiderveen Borgesius 2020.

Bronnenlijst

Jurisprudentie

AERIUS I; ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Computerrecht* 2017/256, m.nt. B.M.A. van Eck (*AERIUS I*).

AERIUS II; ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, *Computerrecht* 2018/253, m.nt. N. Jak en T. Barkhuysen (*AERIUS II*).

HR 4 mei 2018; HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, *BNB* 2018/164, m.nt. G.J.M.E. de Bont.

HR 17 augustus 2018; HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *BNB* 2018/182, m.nt. E.B. Pechler.

CRvB 8 december 2020; CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3294.

CRvB 17 mei 2016; CRvB 17 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1882, *Gst.* 2016/129, m.nt. J.C. de Wit.

CRvB 1 oktober 2018; CRvB 01 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2913, *AB* 2019/402, m.nt. Y.E. Schuurmans

SyRI; Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878.

Rechtbank Haarlem 8 mei 2007; Rechtbank Haarlem 8 mei 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BA5410, *JWWB* 2007, 217, m.nt. Josan van Hoof.

Schufa; HvJEU, ECLI:EU:C:2023:220 (*Schufa*) (momenteel aanhangig)

Boeken

Van Eck 2018; M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss.) 2018.

Pasquale 2015; F. Pasquale, *The Black Box society: The secret algorithms that control money and information*. Cambridge: Harvard University Press 2015.

Schlössels en Zijlstra 2017; R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 1*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

De Vries 2013; K. De Vries, 'Privacy, due process and the computational turn: A parable and a first analysis', in: M. Hildebrandt en K. De Vries (ed.), *Privacy, due process and the computational turn: The philosophy of law meets the philosophy of technology*. Routledge, Taylor & Francis Group 2013.

Widlak 2021; A. Widlak, *Volwassen digitale overheid*, Den Haag: Boom Bestuurskunde 2022.

Tijdschriftartikelen

Binns 2020; Reuben Binns, 'Algorithmic Decision-Making: A Guide For Lawyers', *Judicial Review* 2020, 25.

Bovens en Zouridis 2002; M. Bovens en 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.

Binns en Veale 2021; R. Binns en M. Veale, 'Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR', *International Data Privacy Law* 2021, Vol. 11, No. 4.

Citron 2007; D.K. Citron, 'Technological due process', *University of Maryland School of Law Legal Studies Research Paper* No. 26, 2007.

Edwards en Veale 2017; L. Edwards en M. Veale, 'Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For', 16 *Duke Law & Technology Review* 18, 2017. P25;2526.

Franken 1993; H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen', in: Beschikken en automatiseren, Alphen aan den Rijn: Samsom Sijthoff grafische bedrijven (VAR Vereniging voor Bestuursrecht, preadviezenreeks 110) 1993.

Gerards en Zuiderveen Borgesius 2020; J.H. Gerards en F.J. Zuiderveen Borgesius, 'Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence 2020, Colorado Technology Law Journal (geraadpleegd via SSRN).

Hildebrandt 2018; M. Hildebrandt, 'Algorithmic regulation and the rule of law', *Phil. Trans. R. Soc. A* 376, 2018.

Hirsch Ballin 2021; E.M.H. Hirsch Ballin, *Mensenrechten als ijkpunt van artificiële intelligentie*, Den Haag: WRR 2021.

Meijer, Lorenz, Wessels 2021; A. Meijer, L. Lorenz, M. Wessels, 'Algorithmization of Bureaucratic Organizations: Using a Practice Lens to Study How Context Shapes Predictive Policing Systems, *Public Administration Review*, vol. 81, issue 5, 2021.

Merigoux, Alauzen en Slimani 2022; D. Merigoux, M. Alauzen en L. Slimani, 'Rules, Computation and Politics: Scrutinizing Unnoticed Programming Choices in French Housing Benefits', 2022.

Meuwese 2017; A.C.M. Meuwese, 'Grip op normstelling in het datatijdperk', in: *Algemene regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridisch (VAR Vereniging voor Bestuursrecht, preadviezenreeks 158) 2017.

Meuwese 2022; A.C.M. Meuwese, 'Artificiële intelligentie en bestuursrecht: menselijk én digitaal', *NTB* 2022/37.

Rouvroy and Berns 2010; A. Rouvroy and T. Berns, 'Le nouveau pouvoir statistique : Ou quand le contrôle s'exerce sur un réel normé, docile et sans événement car constitué de corps « numériques »...', *Multitudes* 2010/1(n° 40), pages 88 à 103 Éditions Association Multitudes.

Scantamburlo, Charlesworth en Cristianini 2019; T. Scantamburlo, A. Charlesworth en N. Cristianini, 'Machine Decisions and Human Consequences', in K. Yeung and M. Lodge (eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford: Oxford University Press, 2019.

Schuurmans 2017; Y.E. Schuurmans, 'Onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal in het bestuursrecht' *Ars Aequi* 2017.

Van Eck, Bovens en Zouridis 2018; M. van Eck, M. Bovens en S. Zouridis, 'Algorithmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018, afl. 40.

Vedder en Naudts 2017; A. Vedder & L. Naudts, 'Accountability for the use of algorithms in a big data environment', *International Review of Law, Computers & Technology* 2017 (geraadpleegd via SSRN).

Yeung en Harkens 2023-I; K. Yeung and A. Harkens, 'How do 'technical' design-choices made when building algorithmic decisionmaking tools for criminal justice authorities create constitutional dangers?' Part I, *Public Law, Sweet & Maxwell* (nog te verschijnen, geraadpleegd via SSRN), 2023.

Yeung en Harkens 2023-II; K. Yeung and A. Harkens, 'How do 'technical' design-choices made when building algorithmic decisionmaking tools for criminal justice authorities create constitutional dangers?' Part II, *Public Law, Sweet & Maxwell* (not te verschijnen, geraadpleegd via SSRN), 2023.

Yeung 2023; K. Yeung, 'The New Public Analytics as an Emerging Paradigm in Public Sector Administration', *Tilburg Law Review*, vol. 27, no. 2, 2023.

Rapporten

PwC 2021; PwC, *Onderzoek effecten FSV particulieren*, 2021.

WRR 2021; WRR, *Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie*, Den Haag: WRR-Rapport nr. 105, 2021.

Nieuwsartikelen

NOS 17 december 2020; 'Gedupeerden toeslagaffaire: 'Eindelijk erkenning, maar littekens blijven'', *NOS Nieuws* 17 december 2020, raadpleegbaar via:
<https://nos.nl/collectie/13855/artikel/2361057-gedupeerden-toeslagaffaire-eindelijk-erkenning-maar-littekens-blijven>

NOS 21 juni 2023; 'Studenten met migratieachtergrond opvallend vaak beschuldigd van fraude, minister wil systeem grondig nagaan', Sumeyye Ersoy en Salwa van der Gaag via *NOS* 21 juni 2023, raadpleegbaar via:
<https://nos.nl/op3/artikel/2479700-studenten-met-migratieachtergrond-opvallend-vaak-beschuldigd-van-fraude-minister-wil-systeem-grondig-nagaan>

The Guardian 15 januari 2021; 'Dutch government resigns over child benefits scandal', John Henley via *The Guardian* 15 januari 2021, raadpleegbaar via:
<https://www.theguardian.com/world/2021/jan/15/dutch-government-resigns-over-child-benefits-scandal>