

Notitie voor de deskundigenbijeenkomst van de Eerste Kamer op 12 oktober 2021

In deze notitie ga ik in op de vragen die zijn voorgelegd voor de deskundigenbijeenkomst over de rol van de Eerste Kamer bij algoritmische besluitvorming:

Welke manieren zijn er om AI-systemen beter in de wet te verankeren? Bijv. documentatie hoe principes goed bestuur zijn toegepast? Bijv. aanscherping van wetten als de Algemene wet bestuursrecht (update nodig?) Bijv. eisen aan data? Of is vernieuwing van het wetgevingsproces zelf nodig (die een directe vertaling van wet in systeem mogelijk maakt)?

Hierbij focus ik op het nemen van initiële besluiten op basis van wetsgebaseerde algoritmen, zoals het vaststellen van belastingaanslagen of het toekennen van uitkeringen. AI-toepassingen zoals data-analyse met behulp van *machine learning* laat ik buiten beschouwing omdat die in een andere context functioneren¹ en niet tot mijn primaire deskundigheid behoren. Ook bij ogenschijnlijk minder geavanceerde ICT-toepassingen is een steviger verbinding tussen wet in wording en wet in werking echter van groot belang om legitimatie van overheidsoptreden te verzekeren.

Achtereenvolgens komen aan de orde: de relatie tussen algoritmen en wetgeving, de manier waarop algoritmen eenduidig uit wetgeving gedestilleerd kunnen worden en veranderingen die dit vereist in het (inter)departementale en parlementaire wetgevingsproces.

In mijn notitie laat ik zien dat voor die veranderingen inmiddels methoden en technieken beschikbaar zijn. Deze worden echter nog niet breed ingezet, want als het erop aankomt ontbreken daarvoor vaak tijd en ruimte in het ambtelijke en politieke speelveld. Op dat punt is een doorbraak nodig; ik hoop dat de Eerste Kamer daaraan met dit traject kan bijdragen.

1. De relatie tussen wetgeving en algoritmen

In recente literatuur² wordt wel gesteld dat systeemontwikkelaars en data-analisten in toenemende mate bepalen hoe wetgeving geïnterpreteerd wordt en daarmee ambtenaren hun discretionaire bevoegdheid ontnemen. Daarnaast ontbreekt controle op de werkzaamheden van systeemontwikkelaars en data-analisten, omdat softwarecode zich eenvoudigweg niet laat doorgronden op gemaakte beleidsmatige keuzes en rechtmatigheid. De oplossing wordt meestal gezocht in het verschaffen van een juridische status aan beslis- en rekenregels in software, bijvoorbeeld als beleidsregel in de zin van de Awb of zelfs als algemeen verbindend voorschrift.

Het vastleggen in beleidsregels of in algemeen verbindende voorschriften (dus in een wettelijke regeling) is echter geen logische oplossing als beslis- en rekenregels een-op-een voortvloeien uit wettelijke regels. Een voorbeeld is de berekening van een belasting of toeslag, waarvoor de 'sommen' in de wetgeving staan, zij het in mooie juridische volzinnen. Het algoritme is dan de wet, dus het 'verlagen' tot een beleidsregel zou vreemd zijn. Bij vastlegging in algemeen verbindende voorschriften moet bedacht worden dat de bron van deze regels ook een algemeen verbindend voorschrift is; hoe moet dan de verhouding tussen beide voorschriften worden gezien? Welke regel gaat voor als een discrepantie wordt geconstateerd?

Vaak laat wetgeving ruimte voor interpretatie of invulling van bevoegdheden, hetzij door gebruik van open normen (in overwegende mate, redelijkerwijs), hetzij door kan-bepalingen of formuleringen als 'naar zijn oordeel'. De ruimte die de wetgever laat aan het bestuursorgaan moet

¹ Volledig geautomatiseerd genomen besluiten, louter op basis van analyse van historische data met behulp van *machine learning* komen in elk geval bij de Belastingdienst niet voor.

² Zie de referenties in de notitie Grip op algoritmische besluitvorming bij de overheid, de rol van de Eerste Kamer, die het Rathenau Instituut schreef ter voorbereiding van de deskundigenbijeenkomst.

worden ingevuld in beleidsregels en interne beleidsdocumenten.³ Dit 'uitvoeringsbeleid' moet op zijn beurt weer vertaald worden naar beslis- of rekenregels en softwarecode voor het desbetreffende uitvoeringssysteem. Een voorwaarde is dat deze ruimte objectiveerbaar is; 'in overwegende mate' kan bijvoorbeeld worden vastgesteld op 70%. Soms is de ruimte niet objectiveerbaar, zoals bij de criteria voor verlening van asiel, die zeer persoonlijke omstandigheden betreffen. In zo'n geval is inrichting van een handmatig proces nodig.

Een andere belangrijke voorwaarde is dat de vastlegging van het uitvoeringsbeleid op orde is. Vreemd genoeg is die vastlegging, ondanks of misschien zelfs door de mogelijkheden die digitalisering biedt, niet per se beter geworden. Hiërarchische lijnen en verdeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden en taken in de ambtelijke organisatie zijn – mede door het gemak waarmee met moderne middelen gecommuniceerd kan worden – niet meer zo helder als enkele decennia geleden. Ook het documenteren en archiveren van beslissingen is niet meer zo vanzelfsprekend als voorheen.⁴ Bureaucratisering in de goede zin van het woord is echter van belang om te zorgen dat beslissingen over de invulling van wettelijke bevoegdheden gezaghebbend en kenbaar zijn. Anders staat de juiste vertaling daarvan naar ICT-systemen onder druk of worden beslissingen over die invulling bij de systeemontwikkeling genomen en 'verborgen' in de techniek.

De vraag is vervolgens hoe de kenbaarheid, controleerbaarheid en uitlegbaarheid van beslis- en rekenregels die uit wetgeving en uitvoeringsbeleid voortvloeien, op een goede manier kan worden gerealiseerd. Dat vraagt een gestructureerde aanpak voor analyse en vastlegging van de betekenis van wetgeving en uitvoeringsbeleid.

2. De manier waarop algoritmen eenduidig uit wetgeving en uitvoeringsbeleid gedestilleerd kunnen worden

De Belastingdienst heeft de afgelopen jaren een aanpak ontwikkeld om regelspecificaties (ofwel algoritmen) voor de geautomatiseerde uitvoering van belastingwetgeving eenduidig uit wetgeving en uitvoeringsbeleid af te leiden, onder de noemer 'wendbare wetsuitvoering'.⁵ Onderdeel daarvan is een methode Wetsanalyse,⁶ waarbij aan de hand van een juridische analyseschema de structuur en betekenis van de wetgeving eenduidig worden bepaald en vastgelegd. Vervolgens worden de analyseresultaten vastgelegd als beslis- en rekenregels in een speciaal ontwikkelde, voor mens en machine begrijpelijke taal, RegelSprak. Dat maakt het mogelijk om de vertaling van wetgeving in beslis- en rekenregels te valideren aan de hand van concrete voorbeelden en om deze vervolgens geautomatiseerd om te zetten naar softwarecode.

Belangrijk element in de aanpak is dat in alle stappen van het proces de link tussen beslis- en rekenregels en juridische bron beschikbaar is. Nog belangrijker is dat wordt samengewerkt in een multidisciplinair team van (uitvoerings)juristen, uitvoeringsexperts, kennismodelleurs en ICT-ontwikkelaars. Door het gebruik van RegelSprak zijn zij in staat met elkaar het gesprek te voeren over elke keuze die bij de interpretatie van de wetgeving wordt gemaakt en ook om ontbrekend of

³ Of er een grens ligt tussen vastlegging in gepubliceerde Awb-beleidsregels en interne beleidsdocumenten en zo ja, waardoor die wordt bepaald, is een onderwerp dat nader onderzoek behoeft.

⁴ Zie hierover de rapporten van de Erfgoedinspectie

⁵ De werkwijze is ook bruikbaar voor het bepalen van gegevensspecificaties. De Belastingdienst zet deze ook in bij de vernieuwing van zijn gegevenshuishouding. Het in de notitie van het Rathenau Instituut genoemde project Calculemus/FLINT betreft een soortgelijke aanpak.

⁶ Anouschka Ausems, John Bulles en Mariette Lokin, *Wetsanalyse voor een werkbare uitvoering van wetgeving met ICT*, Boom Juridisch, Den Haag 2021 ([Wetsanalyse | Boom Uitgevers Den Haag \(boomdenhaag.nl\)](https://www.boomdenhaag.nl/)).

‘verborgen’ uitvoeringsbeleid te signaleren en te zorgen dat dit alsnog wordt vastgesteld en meegenomen in het ‘vertaalproces’. Deze signalering is als expliciete stap opgenomen in de aanpak.

De aanpak heeft zowel voor de Belastingdienst zelf als voor de buitenwereld grote voordelen. De herleidbaarheid van specificaties naar hun juridische bron maakt dat bij wijzigingen in een systeem en bij wijziging van de wetgeving de wettelijke legitimering van de uitvoering verzekerd kan worden. Daarnaast is het eenvoudiger om de impact van wijzigingen in de wetgeving te bepalen: duidelijk is waar een wijziging ingrijpt op (uiteindelijk) de softwarecode en waar dus aanpassingen nodig zijn. Dat verbetert de wendbaarheid van de uitvoering. Ook kan al in een vroeg stadium van inrichting van de uitvoering worden bepaald waar afwegingen zitten die menselijke afweging en dus een handmatig proces vergen.

Omdat de algoritmen in voor de mens begrijpelijke taal beschikbaar zijn, kunnen zij worden benut voor de uitleg van besluiten. Een eerste kleinschalige proef hiermee was succesvol. Zo zou op een betekenisvolle wijze invulling kunnen worden gegeven aan ideeën over algoritmeregisters. Ook kan hiermee het door de Raad van State in zijn recente toetsingskader voor digitalisering en wetgeving⁷ genoemde ‘specificatiedossier’ worden gerealiseerd, waarmee in alle fasen van het wetgevingsproces inzicht kan worden gegeven in de wijze waarop de wetgeving ‘landt’ in algoritmes en softwarecode en dat toetsbaar wordt gemaakt.

Het laatste vereist dat de werkwijze al wordt toegepast bij de voorbereiding van wetgeving; veranderingen die daarvoor in het wetgevingsproces nodig zijn, worden hierna belicht.

3. Veranderingen in het (inter)departementale en parlementaire wetgevingsproces

Idealiter begint de analyse van wetgeving voor de inrichting van de uitvoering al bij het redigeren van een wetsvoorstel of amvb. Ook de wetgevingsjuristen gaan dan onderdeel uitmaken van het multidisciplinaire team. Op de eerste concepten kan de Wetsanalyse worden uitgevoerd, met de beslis- en rekenregels die dat oplevert, kan worden proefgedraaid en ervaringen kunnen worden benut om de regeling te verbeteren. Ook kunnen ervaringen met uitvoering van de bestaande wetgeving worden gedeeld, zodat ook die kunnen worden benut bij het opstellen van de nieuwe regeling. Bij het Ministerie van Financiën is een eerste kleinschalige pilot met deze werkwijze uitgevoerd, met positief resultaat. Om tot brede toepassing te komen zijn echter zowel organisatorische veranderingen als ontwikkeling van ondersteunende voorzieningen (tooling) nodig.⁸ Zoals gezegd kan dan worden gekomen tot een specificatiedossier dat niet alleen de organisatie zelf, maar ook andere actoren in het proces, zoals Raad van State en parlement, inzicht geeft in de wijze waarop de wettelijke regels *terecht* komen in (geautomatiseerde) uitvoeringsprocessen.

Ook in de parlementaire behandeling van wetgeving zou het gesprek over de ICT-uitvoeringsaspecten van wetgeving intensiever gevoerd kunnen en moeten worden. Tot nu toe is met name de Tweede Kamer wat betreft digitalisering meer gericht op zijn controlerende rol, bijvoorbeeld bij incidenten. Het zou goed zijn als het parlement meer aan het stuur zou komen op dit vlak, in zijn rol als medewetgever, zoals de Eerste Kamer beoogt met het nu gestarte traject. Binnen de kaders van de huidige reglementen van orde bestaan hier voor goede mogelijkheden, zoals het werken met specifieke rapporteurs voor dit onderwerp bij de schriftelijke voorbereiding, technische briefings

⁷ [Publicatie Raad van State over digitalisering in wetgeving en bestuursrechtspraak - Raad van State](#), p. 38.

⁸ Zie hierover M.H.A.F. Lokin, *Wendbaar wetgeven, de wetgever als systeembeheerder*, diss. VU, Boom Juridisch, Den Haag 2018 ([Wendbaar wetgeven — Vrije Universiteit Amsterdam \(vu.nl\)](#)).

met het multidisciplinaire voorbereidingsteam of een specifieke vaste commissie voor digitalisering.⁹ Instelling van zo'n commissie werd ook aanbevolen door de Tijdelijke commissie digitalisering van de Tweede Kamer, maar in de beschrijving daarvan ontbreekt een expliciete verwijzing naar de rol van zo'n commissie bij de voorbereiding van nieuwe wetgeving.¹⁰ Bij de toetsende rol van de Eerste Kamer zou deze bij uitstek passen.

Tot slot

Betere verankering van digitale of geautomatiseerde toepassing van wetgeving in het wetgevingsproces is niet primair een kwestie van aanpassing van (algemene) wetgeving. Algemene beginselen zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en motiveringsbeginsel zijn in de Algemene wet bestuursrecht techniekonafhankelijk geformuleerd en evenzeer toepasbaar op geautomatiseerd genomen besluiten. Het is wel noodzakelijk om nieuwe werkwijzen zoals wendbare wetsuitvoering en Wetsanalyse voortvarend en breed in te voeren en door te ontwikkelen om deze beginselen een passende invulling te kunnen geven bij geautomatiseerde besluitvorming. Ook een eventueel te codificeren transparantiebeginsel kan daarmee van 'handen en voeten' worden voorzien. Een in mijn optiek groot voordeel van het kiezen van een aangrijpingspunt voor toetsbaarheid, uitlegbaarheid en transparantie over algoritmen in alle fasen van de keten van beleid, wetgeving en uitvoering is dat daarmee in feite ook verantwoording kan worden gerealiseerd zonder dat daarvoor nieuwe toezichthouders nodig zijn. Gemaakte keuzes bij inrichting van de uitvoering zijn dan vroegtijdig zichtbaar en toetsbaar en kunnen door reguliere actoren (AP, Raad van State, parlement) worden beoordeeld.

Het komt erop aan om nu echt werk te maken van de veranderingen die nodig zijn om een betere verbinding tussen wetgeving en geautomatiseerde uitvoering te realiseren. Zonder dat bestaat het risico dat uitspraken over en voornemens voor versterking van de rechtsstatelijkheid in een digitaliserende overheid en samenleving een lege huls blijven.

⁹ Een uitgebreide analyse van de mogelijkheden is opgenomen in M.H.A.F. Lokin, *Een wendbare medewetgever. Ideeën voor versterking van de technologische rationaliteit in het parlementaire wetgevingsproces*, Publicatiereeks Academie voor wetgeving, Den Haag 2019 ([Een wendbare medewetgever | Academie voor Wetgeving / Academie voor Overheidsjuristen \(rechtenoverheid.nl\)](#)).

¹⁰ Anders dan wetgeving over digitalisering. Zie [eindrapport tijdelijke commissie digitale toekomst tweede kamer der staten-generaal 0.pdf \(tweedekamer.nl\)](#), p. 6.