



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De normering van artificiële intelligentie: lessen uit het verleden en uitdagingen voor de toekomst

Çapkurt, F.

Citation

Çapkurt, F. (2022). De normering van artificiële intelligentie: lessen uit het verleden en uitdagingen voor de toekomst. *Nederlands Tijdschrift Voor Bestuursrecht*, 2022(2), 53-55. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3494123>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3494123>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De normering van artificiële intelligentie: lessen uit het verleden en uitdagingen voor de toekomst

NTB 2022/36

Redactioneel

Het huidige nummer van het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* staat in het teken van de inzet van nieuwe informatietechnologieën door de overheid, in het bijzonder artificiële intelligentie (AI). Dit onderwerp staat momenteel volop in de schijnwerpers, zo blijkt uit de vele wetenschappelijke publicaties, (ongevraagde) adviezen, onderzoeksrapporten en krantenartikelen die recent hierover zijn verschenen.² Sterker, gezien de grote wetenschappelijke vooruitgang en activiteit op dit terrein bevinden wij ons volgens de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) in een zogenaamde 'AI-zomer'.³ Hierdoor is men al gauw geneigd te denken dat AI een nieuw fenomeen is en het wetenschappelijke debat over de normering hiervan nog maar net is begonnen. Dat is echter allerm minst het geval.

AI in de jaren '80 en '90 van de vorige eeuw was er sprake van een heuse AI-zomer, ook in de rechtswetenschap. Zo stond het boek *Trias Automatica*, dat in 1985 onder redactie van Hirsch Ballin en Kamphuis verscheen, geheel in het teken van de invloed van ICT op wetgeving, bestuur en rechtspraak.⁴ Tijdens de jaarvergadering van 1994 bogen leden van de VAR zich over het onderwerp 'Beschikken en automatiseren'.⁵ Eveneens in 1994 analyseerde Zuurmond, thans regeringscommissaris informatiehuishouding, in zijn proefschrift *De Infocratie* hoe de inzet van technologie de organisatievorm van de overheid fundamenteel had veranderd.⁶ Zoals Van Eck reeds eerder aangaf, was de juridische dimensie van AI dus al voor de millenniumwisseling volop onderwerp van onderzoek.⁷ Het valt daarom te betreuren dat deze juridische literatuur en kennis in het nationale debat over de normering van AI in de vergetelheid zijn geraakt, al lijkt deze vergetelheid een fundamenteeler probleem binnen het bestuursrecht.⁸

Was de normering van AI in de jaren '80 en '90 grotendeels nationaal van aard, inmiddels is dit een Europeesrechtelijke aangelegenheid. Een belangrijk moment in deze europeanisering vond plaats in 2018 toen de Europese Commissie het voorstel voor een EU-strategie inzake AI presenteerde.⁹ In datzelfde jaar stelden de

- 1 Fatma Çapkurt is als promovenda verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Zij schrijft een proefschrift over de organisatie van rechtsbescherming tegen persoonsgegevensverwerkingen door de overheid.
- 2 Zie onder meer Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie*, Den Haag 2021; Algemene Rekenkamer, *Aandacht voor algoritmes*, Den Haag 2021; E. Brynjolfsson, D. Rock & C. Syverson (2019); 'Artificial Intelligence and the Modern Productivity Paradox: A Clash of Expectations and Statistics', blz. 23-57, in: A. Agrawal, J. Gans & A. Goldfarb, *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*, Chicago: University of Chicago Press 2019; J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2020; B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten en rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018 en R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2021.
- 3 WRR 2021, p. 78.
- 4 E.M.H. Hirsch Ballin & J.A. Kamphuis (red.), *Trias Automatica, Automatisering in wetgeving, bestuur en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 1985, p. 32.
- 5 H. Franken, I.Th.M. Snellen, J. Smit & A.W. Venstra, *Beschikken en automatiseren. Preadviezen* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, 1993.
- 6 A. Zuurmond, *De infocratie. Een theoretische en empirische heroriëntatie op Weber's ideaaltype in het informatietijdperk* (diss. Rotterdam), Den Haag: Phaedrus 1994.
- 7 <https://www.mr-online.nl/marlies-van-eck-wat-ik-echt-niet-vond-kunnen-waren-de-colleges-op-vrijdag/>. Daaraan zou ik graag willen toevoegen dat ook net ná de millenniumwisseling zeer noemenswaardige onderzoeken zijn verschenen die raken aan deze thematiek. Zie in dat kader M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004 en S. Zouridis, *Digitale disciplineren: over ICT, organisatie, wetgeving en het automatiseren van beschikkingen* (diss. Tilburg), Utrecht: Eburon 2000.
- 8 R.J.N. Schlössels, 'Vergeten en onbekende bestuursrechtelijke kennis', *NTB* 2021/209, p. 446.
- 9 Europese Commissie, *Kunstmatige intelligentie voor Europa*, COM 2018(237).

lidstaten en de Commissie het eerste gezamenlijk gecoördineerde actieplan voor AI op, dat in 2020 werd opgevolgd door een witboek over de AI-strategie van de Europese Unie.¹⁰ In april 2021 publiceerde de Commissie zelfs een voorstel voor een AI-verordening.¹¹ Dit voorstel is gericht op de normering van het handelen van onder meer aanbieders van AI-systemen in zowel de publieke als private sector. Het hanteert daarbij een risicogebaseerde aanpak door onderscheid te maken tussen AI-systemen die een laag, hoog of onaanvaardbaar risico vormen. Hoe hoger de risico's, hoe strenger de regels. Het voorstel vormt het voorlopige sluitstuk van de europeanisering van de normering van AI en voorziet het nationale debat hierover van een nieuwe impuls.

Wat betreft toezicht en handhaving zal de verordening, indien zij de eindstreep van het wetgevingsproces haalt, belangrijke veranderingen met zich meebrengen. Uit het voorstel volgt namelijk dat lidstaten een entiteit moeten aanwijzen die als markttoezichthouder dient toe te zien op de naleving van de verordening.¹² Wellicht dat het kabinet, hierop anticiperend, in het coalitieakkoord de oprichting van een algoritmetoezichthouder heeft aangekondigd.¹³ Volgens het akkoord zal deze toezichthouder algoritmen moeten controleren op transparantie, discriminatie en willekeur. Veel is nog onduidelijk over de inbedding van de algoritmewaakhond in het Nederlandse staatsbestel. Wél is zeker dat hij institutioneel zal worden onderbracht bij de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). De precieze details van deze inbedding, zoals de verhouding tussen de bevoegdheden van de AP zoals we die nu kennen en die van de nieuwe algoritmetoezichthouder, zijn echter nog in nevelen gehuld. Toch kunnen nu al vraagtekens worden gezet bij deze keuze, zoals de voorzitter van WRR, Corien Prins, onlangs deed.¹⁴ Een van haar bezwaren tegen deze constructie ziet op het feit dat de privacytoezichthouder zelf zijn interne processen niet op orde heeft. Zo wijst Prins op het feit dat de AP, in tegenstelling tot andere toezichthouders en inspecties, niet voorziet in essentiële instrumenten zoals een systeem voor kwaliteitszorg, audits op primaire processen en een geautomatiseerd zaakvolgsysteem. Als zulke basale zaken al niet op orde zijn, roept dat de vraag op of de AP op dit moment in staat is nieuwe taken op zich te nemen.

Een andere vraag is of de nieuwe algoritmetoezichthouder daadwerkelijk bij machte zal zijn om naleving van de verordening af te dwingen. Afgelopen jaren hebben zich immers meerdere casus voorgedaan waarin overheidsinstanties weigerden transparantie te bieden over de door hen ingezette AI-systemen.¹⁵ De SyRI-casus, waarin de staat zelfs in een rechterlijke procedure weigerde informatie te geven over de werkwijze van het algoritme op grond waarvan burgers als potentiële fraudeurs werden aangemerkt, is illustratief.¹⁶ Het gebrek aan transparantie over de inzet van algoritmen leverde ook problemen op bij de rechterlijke toetsing van het landelijke Programma Aanpak Stikstof (PAS) in Natura 2000-gebieden.¹⁷ Decentrale bestuursorganen dienden aan de hand van AERIUS, een programma dat algoritmen bevatte waarmee de stikstofneerslag kon worden berekend, te bepalen of een vergunning op grond van de Wet natuurbeheer kon worden verleend.

10 Europese Commissie, *Gecoördineerd plan inzake kunstmatige intelligentie*, COM 2018(795) en Europese Commissie, *Witboek over Kunstmatige Intelligentie – een Europese benadering op basis van excellentie en vertrouwen*.

11 Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van geharmoniseerde regels betreffende artificiële intelligentie (wet op de artificiële intelligentie) en tot wijziging van bepaalde wetgevingshandelingen van de Unie, COM 2021(206).

12 Art. 59, tweede lid, voorstel wet op de artificiële intelligentie.

13 *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst. Coalitieakkoord 2021-2025*, p. 30-31. Meerdere politieke partijen hebben tijdens de campagne gepleit voor de oprichting van een 'algoritmewaakhond'. Zie hierover: A.C.M. Meuwese, 'Wat zeggen de verkiezingsprogramma's 2021 over algoritmische besluitvorming?', *NederlandRechtsstaat*.nl, 4 februari 2021.

14 J.E.J. Prins, 'Rutte IV: toezichtreflex en Autoriteit Persoonsgegevens', *NJB 2022/233*.

15 F. Capkurt & Y.E. Schuurmans, 'Komt een fraude-opsporingssysteem bij de rechter', in: L.W. Verboeket e.a., (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 593-609.

16 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

17 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259.

AERIUS was ontwikkeld onder begeleiding van de ministers van Economische Zaken en Infrastructuur en Milieu. Ondanks dat het algoritme door én voor de overheid is ontwikkeld, was het voor de bestuursrechter een totale black box. Het heeft de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, aldus haar voorzitter Bart Jan van Ettekovén, ‘veel moeite gekost erachter te komen hoe het programma AERIUS werkt en om zicht te krijgen op de “knoppen” waaraan kan worden gedraaid door het bestuur’.¹⁸ Het gaat zelfs zo ver dat toezichthouders opzettelijk foutief dan wel onvolledig worden geïnformeerd over de ingezette AI-systemen. Hiervan is de Toeslagenaffaire een voorbeeld. Naar aanleiding van de onthulling van deze affaire heeft de AP de algoritmen van het risico-classificatiemodel van de Belastingdienst/Toeslagen onderzocht en gecontroleerd of de tweede nationaliteit van burgers hierin werd verwerkt. Tijdens de presentatie van dit onderzoek merkte de voorzitter van de AP, Aleid Wolfsen, op dat de toezichthouder op verschillende manieren is gefrustreerd:

‘Meerdere malen werden wij op het verkeerde been gezet door de Belastingdienst. Ook kwamen er telkens nieuwe feiten boven tafel. Feiten die het onderzoek dat we tot dusver hadden gedaan, weer op z’n kop zetten. Bovendien werd niet altijd meteen de waarheid verteld. Zo ontkende de Belastingdienst in eerste instantie zelfs de dubbele nationaliteit van mensen te bewaren. Ook kostte het bijzonder veel moeite om informatie boven water te krijgen. Het was een beetje duwen, trekken, sleuren. Meerdere keren hebben we de Belastingdienst moeten wijzen op de gevolgen van niet-meewerken, zoals een last onder dwangsom of een boete.’¹⁹

De verordening kent aan de toezichthouder stevige bevoegdheden toe om transparantie over AI af te dwingen. Zo kan hij bijvoorbeeld inzage vorderen in de broncode en de data die in AI-systemen zijn verwerkt.²⁰ Worden de normen uit de verordening niet nageleefd, dan kan hij aan de overtreder een boete opleggen van 30 miljoen euro, of 6% van de totale wereldwijde jaarlijkse omzet.²¹ Maar als de overheid stelselmatig blijft weigeren transparantie te bieden over haar AI-systemen zal de verordening niet meer dan een papieren tijger zijn.

18 B.J. van Ettekovén, ‘Big data, algoritmen en behoorlijke rechtspraak’, *NTB* 2019/11, p. 125.

19 Presentatie onderzoeksrapport ‘De verwerking van de nationaliteit van aanvragers van kinderopvang-toeslag’ door Aleid Wolfsen op 17 juli 2020, p. 3.

20 Artikel 64 conceptverordening.

21 Artikel 71 conceptverordening.