



Toetsingskader

Digitalisering en wetgeving

Colofon

Tekst

Raad van State

Vormgeving en opmaak

Studio Piraat

Den Haag, mei 2021

Het toetsingskader 'Digitalisering en wetgeving'

Algemeen toetsingskader

De Afdeling gebruikt in haar advisering een algemeen toetsingskader, waarin de elementen zijn geëxpliciteerd waarop de Afdeling wet- en regelgeving toetst. In het toetsingskader van de Afdeling wordt een drieslag gehanteerd: de beleidsanalytische toets, de juridische toets en de wetstechnische toets. De vragen die in deze toetsen naar voren komen, dienen in hun samenhang te worden gezien. Het toetsingskader is geen afvinklijst, maar vormt een instrument dat ervoor zorgt dat bij de voorbereidingen van adviezen altijd alle relevante vragen aan de orde komen. Die vormen de basis voor de adviesopmerkingen. Voor wetgeving met digitaliseringsaspecten worden deze vragen hierna verdiept en gepreciseerd.

Daarmee geeft de Afdeling aan hoe zij zelf in haar advisering over wet- en regelgeving de verschillende dimensies van digitalisering afweegt. Het toetsingskader is nadrukkelijk ook bedoeld om door de andere actoren in het wetgevingsproces te worden gebruikt. Het toetsingskader moet namelijk worden gezien als een inventarisatie van de aspecten die in het wetgevingsproces als geheel moeten worden getoetst, zonder dat dit betekent dat de Afdeling (in alle gevallen) zelf alle onderdelen van het toetsingskader zal en kan toepassen bij haar advisering. Zo is het denkbaar dat bepaalde technische ICT-aspecten buiten de toetsing van de Afdeling blijft, maar bijvoorbeeld wel in de uitvoeringstoetsing aan de orde moet komen.

Mede op basis van toekomstige ervaringen, in het wetgevingsproces en de uitvoeringspraktijk, zullen de toetsingscriteria in de loop der tijd nader vorm moeten krijgen. In de komende periode zal de Afdeling bij voorrang in haar adviezen ingaan op de volgende aspecten:

- Hoe verhoudt het voorstel zich tot de (fundamentele) rechten van burgers?
- Worden de belangrijkste (normatieve) afwegingen in de wet zelf gemaakt (primaat van de wetgever)?
- Worden in de toelichting bij de wet (verondersteld) te gebruiken automatische besluitvorming en algoritmen toegelicht (burgerperspectief en doen-vermogen), en wordt daarbij ingegaan op transparantie, controleerbaarheid en rechtsbescherming?
- Is een uitvoeringstoets voorhanden (uitvoerbaarheid)?

Met onderhavige aanvulling op het toetsingskader beoogt de Afdeling in algemene zin bij te dragen aan het voortschrijden van het inzicht rond digitalisering en wetgeving. Doel daarvan is de eenheid van wetgeving

en het uitgangspunt dat gelijke vraagstukken op gelijke wijze worden beantwoord, zodat burgers en uitvoerende diensten niet steeds weer met andere regels voor dezelfde vraagstukken worden geconfronteerd.

I. De beleidsanalytische toets

Deze toets is een analyse van beleidsmatige aspecten van een voorstel, aan de hand van drie hoofdpunten. In de eerste plaats onderzoekt de Afdeling welk maatschappelijk probleem het voorstel beoogt op te lossen ('probleem-beschrijving'). In de tweede plaats wordt bekeken of de voorgestelde regeling het probleem effectief en efficiënt oplost en niet tot onaanvaardbare neven-effecten voor burgers en bedrijven leidt ('probleemaanpak'). In de derde plaats kijkt de Afdeling naar de naleefbaarheid door burgers en bedrijven en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid door de overheid ('uitvoering'). Bij digitalisering spelen daarbij enkele punten in het bijzonder:

- a. Onderbouwing van de wijze waarop digitalisering is vormgegeven.
- b. Het burgerperspectief en 'doenvermogen': de uitvoerbaarheid voor burgers en bedrijven, mogelijkheden tot fouterstel en adequate rechtsbescherming.
- c. De uitvoerbaarheid voor uitvoeringsorganisaties (en de invoering).
- d. De vormgeving van het toezicht op de uitvoering en de ketenverantwoordelijkheden daarbij van toezichthouders (inclusief verantwoording).

Ad a. Onderbouwing van de wijze waarop digitalisering is vormgegeven

Digitalisering is in veel gevallen niet alleen een wenselijke, maar (op termijn) ook een onvermijdelijke ontwikkeling. Dit ontslaat de wetgever er niet van om, wanneer hij ervoor kiest bij de uitvoering van wet- en regelgeving en overheidsbeleid gebruik te maken van digitale middelen, deze keuze te onderbouwen en daarbij in het bijzonder aandacht te besteden aan de wijze waarop dat de digitalisering is vormgegeven. De Afdeling toetst of de wijze van digitalisering het maatschappelijke probleem - gegeven het doel, voorwerp en de complexiteit van het voorstel - op een effectieve en efficiënte wijze oplost. Daarbij betreft de Afdeling verschillende aspecten:

- Een voorvraag is *waar de digitalisering betrekking op heeft*. Gaat het om gedigitaliseerde uitvoering van overheidsbeleid (zoals digitale recherche, inlichtingen of toezicht), gedigitaliseerde toegang tot overheidsdiensten (zoals het doorgeven van een verhuizing of de aangifte van een geboorte) of gedigitaliseerde besluitvorming of geschilbeslechting (zoals vergunningverlening, het verstrekken van toeslagen of digitaal procederen)?

- In alle gevallen rijst de vraag of de voorgestelde wijze van digitalisering nodig en geschikt is om het doel van het voorstel te realiseren. Leidt digitalisering bijvoorbeeld tot *significante doelmatigheidsvoordelen* voor de overheid, bedrijven en burgers, doordat de uitvoering goedkoper wordt, sneller verloopt of minder capaciteit vergt? Worden deze voordelen voldoende gespecificeerd onderbouwd?
- Het spiegelbeeld hiervan, of de *nadelen en neveneffecten* van digitalisering afdoende in beeld zijn gebracht, is evenzeer van belang. Zijn minder nadelige of ingrijpende oplossingen verkend; in het bijzonder vanuit het perspectief van burgers en de wijze van uitvoering in de praktijk (zie ook hierna, sub b en c)?¹
- Welke middelen (ICT-techniek) worden gebruikt, en is voldoende onderbouwd dat deze *robuust en toekomstbestendig* zijn? De wijze waarop digitalisering wordt vormgegeven, is vanzelfsprekend ook afhankelijk van de beschikbare technische middelen en de ervaringen daarmee bij soortgelijke toepassingen. Voor zover gebruik wordt gemaakt van AI-technieken, rijst de vraag of hier voldoende grip op kan worden gehouden. Bestaat daarover geen zekerheid, dan kan het in voorkomende gevallen gerechtvaardigd zijn af te zien van digitalisering, dan wel de vormgeving of wijze van uitvoering te herzien.
- De voorgaande vragen kunnen ook spelen wanneer *de digitalisering zelf het onderwerp is van regelgeving*, zoals een voorstel dat elektronisch stemmen of het gebruik van zelfrijdende voertuigen reguleert. Ook in dat verband moet worden onderzocht of en in welke mate automatisering en digitalisering wenselijk en mogelijk is. Daarbij spelen vragen als: staat vast dat stemcomputers betrouwbaar en voldoende robuust zijn en is overtuigend onderbouwd dat de techniek genoeg is gevorderd om zelfrijdende voertuigen op de openbare weg toe te laten?

De wenselijkheid van de mate van automatisering is voorts afhankelijk van een aantal beleidsinhoudelijke vragen:

- Op *welk beleidsterrein* heeft de digitalisering betrekking? Gaat het bijvoorbeeld om automatisering van voor burgers essentiële voorzieningen? De inzet van ICT mag niet betekenen dat kwetsbare burgers verstoken blijven van zorg, maatschappelijke ondersteuning of sociale-zekerheidsvoorzieningen, waarvan zij afhankelijk zijn. En voor de overheid moeten zaken als belastinginning en handhaving voldoende verzekerd zijn. Het (essentiële) karakter van een dienst of voorziening kan van betekenis zijn of digitale uitvoering passend is, dan wel of bepaalde (aanvullende) waarborgen geboden zijn.

¹ Deze elementen betreft de Afdeling ook bij de juridische toets van het voorstel, in het bijzonder ten aanzien van de verhouding tot het hoger recht en de behoorlijkheidsbeginselen, onderdeel II, sub a en d.

- In dat verband is ook relevant *voor wie de geautomatiseerde uitvoering gevolgen heeft*. Zijn dat voornamelijk burgers of bedrijven (of beide)? Voor bedrijven kan geautomatiseerde uitvoering in voorkomende gevallen tot efficiencyvoordelen leiden, terwijl dit voor burgers en kleine zelfstandigen juist tot een lastenverzwaring kan leiden, bijvoorbeeld indien dit een zekere mate van technische kennis en kunde vooronderstelt (zie ook sub b, hierna).
- Dergelijke vragen spelen ook bij *wetgeving met digitalisering als onderwerp*. Te denken valt aan regulering van financiële dienstverlening ('fintech'), die voor burgers en bedrijven essentieel zijn: is onderbouwd dat de toegang tot deze diensten niet in het gedrang komt als gevolg van automatisering? De vraag welke mate van automatisering wenselijk en mogelijk is, speelt bijvoorbeeld ook op het terrein van de gezondheidszorg, zoals ten aanzien van gezondheidsapps of gebruik van technologieën bij medisch onderzoek.

Ad b. Het burgerperspectief en 'doenvermogen':

de uitvoerbaarheid voor burgers

Bij dit onderdeel van de beleidsanalytische toets bekijkt de Afdeling of de regeling in de praktijk uitvoerbaar is voor burgers. Wanneer het gaat om geautomatiseerde uitvoering van overheidsbeleid of wetgeving, betreft de Afdeling onder meer de volgende aspecten:

- *Begrijpen burgers wat de regeling betekent* en wat de regeling van hem of haar verlangt in de dagelijkse praktijk? Gedigitaliseerde uitvoering van overheidsbeleid kan grote gevolgen hebben voor burgers, zeker wanneer het voorstel vooral bepaalde kwetsbare groepen raakt. Afhankelijk daarvan, is van belang dat een regeling aldus is opgesteld dat het burgers duidelijk is welke gevolgen de automatisering voor hen (in juridische én praktische zin) heeft.
- Is onderbouwd dat de *beoogde techniek voldoende gebruiksvriendelijk* is? Het is van belang dat de beoogde techniek voor de doelgroep begrijpelijk en toegankelijk is. Dit betekent niet alleen dat burgers met de techniek uit de voeten kunnen, maar ook dat gewaarborgd is dat eenieder over de techniek kan beschikken. Daarbij is ook relevant of burgers al ervaring hebben met de gebruikte technologie en/of automatisering in het betreffende beleidsdomein.
- Voor zover de technische uitwerking bij het opstellen van de regeling nog niet bekend is, voorziet de regeling in voldoende waarborgen dat de techniek op moment van uitvoering beschikbaar, hanteerbaar en gebruiksvriendelijk zal zijn?
- Is bij geautomatiseerde uitvoering of besluitvorming voorzien in *menselijke tussenkomst en contactmogelijkheden met de overheid*? Afhankelijk van de aard van de besluitvorming is betekenisvolle menselijke tussenkomst van belang, hetgeen niet alleen formeel moet zijn geregeld, maar ook

in de praktijk op een betekenisvolle manier moet zijn gewaarborgd.² Ook bij geautomatiseerde uitvoering moeten burgers altijd een mogelijkheid van 'zinvol' contact met de overheid hebben (en bijvoorbeeld niet alleen in de vorm van een chatbot of webformulier). Zie voorts hierna, onderdeel II, onder a.

- In dat verband: is ook voorzien in voldoende *mogelijkheden om fouten in het proces te herstellen*? En zijn de rechtsmiddelen (bezwaar en beroep) kenbaar en voldoende toegankelijk? Is voorzien in de mogelijkheid een klacht in te dienen (bijvoorbeeld bij een toezichthouder)? Hoe is de *rechtsbescherming*, wanneer fouterstel geen soelaas biedt, in bezwaar- en beroepsfasen voor burgers vormgegeven?
- Is voorzien in *voldoende voorlichting* vooraf? Los van de juridische en technische aspecten, is het van belang dat burgers tijdig op de hoogte raken van de gevolgen van automatisering voor hem of haar. Daarbij kan ook relevant zijn dat wordt voorzien in voldoende (technische) ondersteuning vanuit de overheid.

Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer

Een bestuursorgaan was in het voorstel verplicht ondersteuning te bieden aan personen voor wie elektronische verzending of ontvangst bezwaarlijk is. Deze zorgplicht was beperkt tot situaties waarin de papieren weg is afgesloten. De Afdeling overwoog dat minder digitaal vaardige burgers daarmee op een achterstand kwamen te staan – en dat de overheid bovendien een verantwoordelijkheid heeft om hulp te geven aan burgers die zich in het (digitale) contact met de overheid niet kunnen redden. De Afdeling adviseerde vervolgens te bezien hoe de voorgestelde zorgplicht meer concreet en afdwingbaar kan worden gemaakt, en af te wegen of de zorgplicht slechts moet zien op situaties waarin de digitale weg verplicht is gesteld.³

Een aantal van deze vragen kan ook rijzen bij *wetgeving met digitalisering als onderwerp*. Het burgerperspectief verdient, ter illustratie, ook aandacht in de hiervóór onder ad a. aangehaalde voorbeelden over wetgeving op het terrein van financiële dienstverlening en gezondheidszorg: zo rijst de vraag of een (door het voorstel gereuleerde) financiële dienst of gezondheidsapp voldoende toegankelijk en bruikbaar is voor burgers?

² Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 december inzake wijziging van de Wet BRP, 2020, W04.20.0359/I (niet openbaar); advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 22 juli 2020 inzake wijziging van de Wet Studiefinanciering 2000, W05.20.0077/I (niet openbaar).

³ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 maart 2018 inzake de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, W04.17.0190/I, Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 4.

Ad c. uitvoering door uitvoeringsorganisaties

Bij het onderdeel van de beleidsanalytische toets dat ziet op de uitvoering en uitvoerbaarheid, kijkt de Afdeling in het bijzonder of de relevante uitvoeringsorganisaties bij de besluitvorming zijn betrokken en hoe zij over de uitvoerbaarheid van het voorstel oordelen. Ook dit bekijkt de Afdeling sterk vanuit het perspectief van burgers en bedrijven: is voldoende zeker dat zij niet worden geconfronteerd met een vastgelopen uitvoering? In dat licht betreft zij in het bijzonder de volgende aspecten:

- Hoe *beoordelen uitvoeringsorganisaties de uitvoerbaarheid* en de in het voorstel gemaakte keuzes? Leent het voorwerp van de regeling zich gelet op de uitvoeringspraktijk naar hun oordeel voor geautomatiseerde uitvoering? Daarbij bekijkt de Afdeling ook hoe uitvoeringsorganisaties de digitale vaardigheden van burgers en bedrijven beoordelen.
- Is de *techniek voor hen al beschikbaar* en zijn zij ermee bekend? Relevant is bijvoorbeeld of de uitvoeringsorganisaties reeds ervaring hebben met (soortgelijke) automatisering, al dan niet op het betreffende terrein.
- Hebben zij de *capaciteit en middelen* om de automatisering in goede banen te leiden? Onder meer is relevant of de benodigde ICT al aanwezig is, voor de gebruikte technieken voldoende ambtelijke ondersteuning is en of bijzondere kennis en expertise aanwezig is.
- Is een *effectieve en efficiënte uitvoering* afdoende geborgd? Bestaat inzicht in de kosten die met de automatisering gepaard gaan en zijn alternatieven onderzocht?
- Is in het *uitvoeringsproces de positie van burgers voldoende geborgd*? Uitvoeringsorganisaties en overheden moeten niet alleen in technische zin een adequate gedigitaliseerde uitvoering waarborgen. Het is ook van belang dat de organisatie erop is ingericht om dolende burgers tijdig op te sporen en verder te helpen, en om hulpvragen laagdrempelig, efficiënt en snel op te lossen.

Uitvoeringsvragen, zoals hiervóór omschreven, kunnen ook aan de orde komen bij *wetgeving met digitalisering als onderwerp*. Zijn, om een voorbeeld te noemen, gemeenten in staat om een (volledig) elektronisch stemproces te organiseren? Een goede uitvoering begint bij zorgvuldige invoering. Hoe is deze vormgegeven? Zijn er mogelijkheden om gebreken die bij de invoering naar voren komen te herstellen? Hoe verloopt de cyclus van invoering naar uitvoering tot evaluatie en verantwoording?

Ad d. vormgeving van toezicht

Onderdeel van de uitvoeringstoets van de Afdeling is erop gericht of en zo ja, op welke wijze het toezicht is ingericht. Daarbij gaat het zowel om het toezicht op de met het voorstel genormeerde, c.q. gereguleerde digitalisering als om toezicht op de digitale uitvoering. De Afdeling betreft daarbij onder meer de volgende aspecten:

- Hebben (ook) de toezichthouders een *uitvoeringstoets* verricht?
- Beschikken toezichthouders over voldoende *toezichts- en handhavings-instrumenten*? Zowel bij toezicht als handhaving in het digitale domein kunnen, naast de bevoegdheden uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), bijzondere bevoegdheden noodzakelijk zijn.
- Beschikt de toezichthouder in feitelijke zin over de benodigde *ICT-infrastructuur* en is *voldoende technische kennis* aanwezig? Automatisering en digitalisering ontwikkelen zich snel en roepen complexe (uitvoerings-) problemen op die vragen om gespecialiseerde, technische kennis. Hoe wordt (up-to-date) kennis gewaarborgd?
- Is gewaarborgd dat toezicht op automatiseringsvraagstukken *niet te versnipperd* raakt? Afhankelijk van de inhoud van het voorstel kunnen één of meer toezichthouders betrokken zijn. Uniformiteit in toezicht en duidelijkheid inzake bevoegdheidsverdeling is van belang.

Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017⁴

In het advies van de Afdeling speelde de effectiviteit van het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten een grote rol. De Afdeling had ernstige twijfels over de daadwerkelijke effectiviteit van het voorgestelde stelsel van toezicht in relatie tot artikel 13 EVRM, en was van oordeel dat fragmentatie van toezicht voorkomen moest worden. De Afdeling adviseerde daarom het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de CTIVD te concentreren.

⁴ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 september 2016 inzake de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20.., W04.16.0097/I, Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 4.

II. De juridische toets

Bij deze toets gaat het om de juridische kwaliteit van de regelgeving. De toets kent twee hoofdonderdelen: toetsing aan hoger (geschreven en ongeschreven) recht en inpassing van het voorstel in het bestaande recht. De Afdeling toetst het voorstel onder meer op de volgende punten:

- a. Verhouding tot fundamentele rechten
- b. Verhouding tot het Unierecht
- c. Betrokkenheid parlement
- d. Verhouding tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur
- e. Comptabiliteit met 'organieke digitale wetten'

Ad a. Verhouding tot fundamentele rechten

Bij dit onderdeel betreft de Afdeling in het bijzonder het recht op respect voor het privéleven, het recht op gegevensbescherming en het recht op gelijke behandeling. De Afdeling toetst hier met name aan het EVRM, het Handvest van de EU en de AVG.

- Voldoet de wet- of regelgeving aan artikel 8 EVRM, artikel 7 EU-Handvest, en artikel 10 Grondwet inzake het recht op *respect van het privéleven*? Voldoet de wet- of regelgeving die het recht op respect van het privéleven beperkt met name aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit? Het recht op respect voor het privéleven omvat meer dan de bescherming tegen gegevensverwerking of informationele privacy *sec*. Het gaat ook om bescherming tegen inbreuken op (vertrouwelijke) communicatie en individuele besluitvorming, bescherming in de huiselijke sfeer (bijvoorbeeld laptops, camera's), persoonlijke en sociale identiteit (bijv. registraties) en lichamelijke integriteit (bijv. biometrie).
- Het is van belang na te gaan of met de maatregel specifieke groepen burgers worden getroffen. Privacy heeft in dat opzicht niet alleen een individuele maar ook sociale waarde, en biedt hier ook bescherming.⁵ Als bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt van profileringstechnieken, ontstaat daarmee dan een mogelijk risico van stigmatisering, discriminatie of stereotypering? Dit, ook in het licht van het *gelijkheidsbeginsel* van artikel 14 EVRM of het *verbod op discriminatie* zoals opgenomen in artikel 1 van de Grondwet, artikel 1, Twaalfde Protocol bij het EVRM, artikel 18 VWEU en artikel 21 EU-Handvest. Het gebruik van digitale technologie, zoals geautomatiseerde besluitvorming, kent *biases*, die naar voren kunnen komen in de data die worden gebruikt en de keuzes voor ontwerp van het model. Ook de

⁵ Vgl. Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865. Zie ook advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019 inzake de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4.

socio-technische context waarin de technologie wordt ingezet kan echter bijdragen aan stigmatisering of zelfs discriminatie. Zo kan het voorkomen dat data-analyse om fraude op te sporen alleen binnen bepaalde wijken wordt ingezet.⁶

Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden⁷

In het advies overwoog de Afdeling dat er situaties kunnen zijn waarin profilering een duidelijke meerwaarde heeft, maar dat er ook risico's aan verbonden zijn. Een groot risico is dat aan een individueel persoon een groepskenmerk wordt tegengeworpen, terwijl dat kenmerk niet op hem van toepassing is. Daarnaast overwoog de Afdeling dat voorstelbaar was dat de gegevensverwerking met de daarmee samenhangende risicomeldingen vooral gericht zou worden op wijken of categorieën personen met eenzijdige samenstelling (bijvoorbeeld arm of rijk, sociale of etnische opbouw). De Afdeling wees op de stigmatiserende werking hiervan, doordat dit een eenzijdig en onjuist beeld kan opleveren van de mate waarin fraude voorkomt onder bepaalde groepen.

- Als sprake is van gegevensverwerking, voldoet de wet- en regelgeving dan eveneens aan de vereisten van noodzakelijkheid en proportionaliteit van het gegevensbeschermingsrecht (artikel 8 EVRM en 8 EU-Handvest), en de (overige) vereisten die de AVG stelt? Eveneens bieden de e-Privacyrichtlijn en de richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging (2016/680/EU) belangrijke kaders in dit verband. Daarbij acht de Afdeling van belang dat toetsing aan de AVG (en andere regelgeving ter zake) een zinvolle invulling krijgt. De Afdeling toetst daarom met name aan de volgende vragen:
 - Is de wet- of regelgeving in overeenstemming met de algemene beginselen van de AVG, en dan met name het transparantiebeginsel, het doelbindingsbeginsel, en het beginsel van minimale gegevensverwerking en juistheid?⁸
 - Op welke manier is de (gezamenlijke) verwerkingsverantwoordelijkheid voor de gegevensverwerking geregeld? Het is van belang dat burgers altijd een aanspreekpunt hebben om hun rechten op grond van de AVG te kunnen uitoefenen en, als er meerdere verwerkingsverantwoordelijken zijn, bij wie zij terecht kunnen. Dit voorkomt dat ze verdwalen.⁹

6 Vgl. Rechtbank Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

7 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019 inzake de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4.

8 Artikel 5 AVG.

9 Zie ook onder I, de beleidsanalytische toets, ad c.

Dit is ook van belang vanuit het oogpunt van de politieke en bestuurlijke verantwoording over de gegevensverwerking. Dit speelt te meer bij een gezamenlijke verwerkingsverantwoordelijkheid (bijvoorbeeld bij samenwerkingsverbanden): dan zal moeilijker kunnen worden bepaald door wie en op welke wijze politieke verantwoordelijkheid kan worden gedragen en hoe dit organisatorisch is ingebed.¹⁰

- Kan de betrokkene zich bij de verwerkingsverantwoordelijke effectief beroepen op zijn rechten en op rechtsbescherming? Heeft de betrokkene voldoende toegang tot de verwerkingsverantwoordelijke en wordt de betrokkene geïnformeerd over de verwerking van gegevens? Als een beroep wordt gedaan op een uitzondering om de betrokkene te informeren, bijvoorbeeld in het kader van opsporing, heeft de betrokkene dan andere mogelijkheden om in verzet te komen?¹¹ Is het mogelijk informatie te geven over de onderliggende logica in het kader van geautomatiseerde besluitvorming? In dit kader is het van belang dat de betrokkene een gelijke procespositie heeft en dat als sprake is van besluitvorming door bestuursorganen de gemaakte keuzes en gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar dienen te worden gemaakt.¹²
- Kunnen burgers zich beroepen op betekenisvolle of zinvolle menselijke tussenkomst? Dat wil zeggen, als de besluitvorming niet geheel geautomatiseerd is, kan de menselijke beslisser naar behoren ingrijpen en afwijken van het geautomatiseerde resultaat of fouten herstellen?¹³ Als sprake is van geautomatiseerde besluitvorming, waaronder profilering, zijn dan passende maatregelen getroffen die strekken tot bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene?¹⁴ Met andere woorden, wordt voldaan aan het verbod op volledig geautomatiseerde besluitvorming op grond van artikel 22 AVG?¹⁵ Het belang hiervan ligt er vooral in te voorkomen dat aan een individu (negatieve) groepskenmerken worden tegengeworpen.¹⁶

10 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019 inzake de Wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4; advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 maart 2020 inzake de Wet bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg, W13.19.0425/III, Kamerstukken II 2019/20, 35515, nr. 4.

11 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 maart 2020 inzake de Wet bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg, W13.19.0425/III, Kamerstukken II 2019/20, 35515, nr. 4.

12 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (AERIUS); en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding); HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316. Zie ook hoofdstuk III van de AVG en artikel 79 en 86 AVG.

13 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 2 december inzake wijziging van de Wet BRP, 2020, W04.20.0359/I (niet openbaar); advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 22 juli 2020 inzake wijziging van de Wet Studiefinanciering 2000, W05.20.0077/I (niet openbaar).

14 Artikel 22, derde lid, AVG en artikel 40, tweede lid, UAVG.

15 Zie ook onder I, de beleidsanalytische toets, ad d.

16 H.R. Kranenburg & L.F.M. Verhey, De Algemene Verordening Gegevensbescherming in Europees en Nederlands perspectief, Deventer: Wolters Kluwer 2018, paragraaf 8.10.

- Tot slot kunnen ook andere grondwettelijke normen zoals de vrijheid van meningsuiting, vrije nieuwsgaring, of andere vrijheden een punt van aandacht zijn, bijvoorbeeld wanneer platform- en mediadiensten worden gereguleerd.

Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017¹⁷

De Afdeling oordeelde dat het wetsvoorstel met het oog op de naleving van het EVRM een aanzienlijk aantal waarborgen bevatte. De Afdeling had echter ernstige twijfels over de daadwerkelijke effectiviteit van het voorgestelde stelsel van toezicht in relatie tot artikel 13 EVRM, en adviseerde daarom het toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten bij de CTIVD te concentreren. Ook achtte de Afdeling het wetsvoorstel niet adequaat met betrekking tot artikel 8 EVRM, en adviseerde zij in het voorstel een substantieel kortere bewaartermijn van de gegevens op te nemen.

Ad b. Verhouding tot Unierecht

Naast de hiervoor al genoemde AVG, toetst de Afdeling in brede zin aan het Unierecht. Op veel terreinen reguleert de Unie digitale ontwikkelingen en waar de nationale wetgever zelf tot regulering overgaat, dient deze in overeenstemming te zijn met het toepasselijke Unierecht. Niet alleen betreft de Afdeling het Unierecht bij de toetsing van wet- en regelgeving, ook dient de onderlinge samenhang tussen wet- en regelgeving en het Unierecht te worden bewaakt. De Afdeling toetst onder meer aan de volgende punten:

- *Bestrijkt het voorstel (reeds bestaande) EU-regelgeving* op het betreffende terrein, zoals richtlijnen op het terrein van financiële dienstverlening (zoals MIFID II en PSD II), telecommunicatie (de Telecomcode) of elektriciteit en gas (het Energiepakket). In algemene zin, heeft de Europese Commissie op het terrein van digitalisering (plannen voor) voorstellen gepresenteerd voor een eengemaakte digitale markt ('Digital Single Market'). Het gaat daarbij onder meer om regulering van digitale diensten, data, online platforms, e-commerce en copyrights.
- Als het onderwerp reeds door Uniewetgeving wordt bestreken (*geharmoniseerd*), bepaalt het Unierecht de (beleids-) ruimte die er is om ten aanzien van dat onderwerp nationale regels te stellen. In andere (niet-geharmoniseerde) situaties gelden in voorkomende gevallen de Verdragsregels,

¹⁷ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 september 2016 inzake de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 20.., W04.16.0097/I, Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 4.

waarbij tevens rekening gehouden moet worden met beginselen die de afstemming tussen het nationale recht en het Unierecht regelen, opdat daartussen geen spanning ontstaat. Zo nodig behoeven nationale regelgeving een rechtvaardiging en dient zij noodzakelijk en proportioneel te zijn.

- In het bijzonder dient er bij vraagstukken rond digitalisering vaak rekening gehouden te worden met de regels inzake het *vrij verkeer van diensten en kapitaal en met de mededingings-, staatssteun- en aanbestedingsregels*.

Ad c. Betrokkenheid parlement

Wanneer digitale technologieën worden gereguleerd, spelen belangrijke normatieve vragen. Wetgeving moet altijd zorgvuldig tot stand komen en voldoende duidelijk zijn.¹⁸ De belangrijkste keuzes, en de reikwijdte daarvan, moeten door de formele wetgever op het niveau van de wet worden gemaakt. Alleen dan kan het (uitvoerend) handelen door de overheid (bevoegd gezag) jegens de burgers voldoen aan het legaliteitsbeginsel. Om het parlement, als medewetgever, in staat te stellen in het wetgevingsproces deze verantwoordelijkheid waar te maken, dient de regering bij het indienen van voorstellen het parlement te voorzien van alle benodigde informatie. Dit betekent dat (nieuwe) eisen moeten worden gesteld aan de (memorie van) toelichting bij wetsvoorstellen, bijvoorbeeld ten aanzien van het gebruik van algoritmen. In deze context toetst de Afdeling onder meer aan de volgende aspecten:

- Technisch-complexe aspecten worden nog vaak door de formele wetgever gedelegeerd. Maakt de formele wetgever in elk geval op hoofdlijnen een zelfstandige afweging, en worden essentiële elementen van de regeling niet (te ver) gedelegeerd naar de lagere regelgever?¹⁹ Essentiële afwegingen dient de wetgever zelf te maken. Dit zijn bijvoorbeeld afwegingen met betrekking tot de bescherming van fundamentele rechten, de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en de veiligheid. Van belang is daarbij dat de formele wetgever de normatieve keuzes maakt (ook met betrekking tot technologie). Hierbij vormt het primaat van de wetgever het richtsnoer.
- Bestaat voldoende transparantie en, daaraan gekoppeld, bestuurlijke verantwoording? Hoe is de (politieke) verantwoordelijkheid geregeld, in het geval digitale technologieën worden gebruikt door de overheid, bijvoorbeeld in uitvoeringsorganisaties?²⁰ In verband daarmee is het van belang dat het parlement voldoende informatie tot zijn beschikking heeft en adequaat zijn democratische controlefunctie kan uitoefenen,²¹

¹⁸ Zie De Waarde van de Wet, Jaarverslag over 2018 Raad van State.

¹⁹ Vgl. Aanwijzing 2.19 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving.

²⁰ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 26 maart 2020 inzake de Wet bevorderen samenwerking en rechtmatige zorg, W13.19.0425/III, Kamerstukken II 2019/20, 35515, nr. 4.

²¹ Ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 juni 2020 over de ministeriële verantwoordelijkheid, W04.20.0135/I, Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, paragraaf 4.5.

bijvoorbeeld ten aanzien van geautomatiseerde besluitvorming. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om informatie over de gemaakte keuzes in het specificatieproces, de effectiviteit van de ingezette technologie, de wijze waarop burgers toegang tot de overheid hebben en de knelpunten die in de uitvoering naar voren zijn gekomen. In dit kader kan ook een evaluatiebepaling van belang zijn.²²

Voorbeeld:

Wetsvoorstel Gegevensverwerking door Samenwerkingsverbanden²³

Zo adviseerde de Afdeling dat het wetsvoorstel inzake gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden niet aan de vereisten van artikel 10 van de Grondwet voldeed. In het wetsvoorstel werd de concrete reikwijdte ingevuld door een algemene maatregel van bestuur, en werden de structurele elementen niet voldoende op het niveau van de formele wet geregeld. Dit leidde ertoe dat samenwerkingsverbanden de bevoegdheid kregen om systematisch gegevens te verwerken en te analyseren, waaronder profilering, zonder dat deze bevoegdheid aan materiële regels werd gebonden.

Ad d. Verhouding tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

Met betrekking tot (gedeeltelijke) geautomatiseerde besluitvorming door de overheid toetst de Afdeling ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in samenhang gezien met het gegevensbeschermingsrecht.²⁴ De Afdeling let daarbij met name op het evenredigheids-, motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel:

- Wordt aan burgers toegankelijk toegelicht of, en zo ja welke, *automatische beslisregels* zijn gebruikt? Wordt voldoende gemotiveerd of het besluit ook voortbouwt op besluiten of gegevens in de keten? Bij verregaande digitalisering van de overheid kan de rechtspositie van burgers worden aangetast. Dit gebrek zou kunnen worden ondervangen door een ruime invulling van het motiveringsbeginsel bij de uiteindelijke besluiten.²⁵

²² Zie ook de wetstechnische toets, ad. d.

²³ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 21 november 2019, W16.19.0159/II, Kamerstukken II 2019/20, 35447, nr. 4.

²⁴ Vgl. ook ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557.

²⁵ Vgl. ook ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, paragraaf 3.4.

- Worden alle *feiten en omstandigheden* (ruimhartig) meegenomen in de besluitvorming? Hebben bestuursorganen voldoende discretionaire bevoegdheid om besluiten te nemen die afwijken van hetgeen voortvloeit uit het geautomatiseerde proces? Dit is relevant, zowel bij een volledig als een gedeeltelijk geautomatiseerd genomen besluit. Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat op het geautomatiseerde proces kan worden teruggekomen als de feiten en omstandigheden hiertoe aanleiding geven.²⁶
- Zijn de gevolgen voor de belanghebbende *evenredig* als (geautomatiseerd) een besluit wordt genomen? Voor een belanghebbende mogen de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.²⁷ In het licht van het evenredigheidsbeginsel dient de wetgever in voorkomende gevallen maatwerk mogelijk te maken: niet alleen om fouten te herstellen, maar ook om in een gedigitaliseerde omgeving ruimte te geven via (zinvolle) menselijke tussenkomst bijzondere omstandigheden van burgers mee te wegen.

Als modellen of software worden aangeleverd door private partijen spelen deze beginselen eveneens een rol. Het bestuursorgaan zal zijn uiteindelijke besluit moeten kunnen onderbouwen, en dient burgers niet terug te verwijzen.²⁸ Met andere woorden, het bestuursorgaan blijft eindverantwoordelijke, ook bij uitbesteding aan private partijen. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de andere in dit kader besproken normen dienen altijd in acht genomen te worden.

Ad e. Compatibiliteit met bestaande sectorale wetten

Regulering van digitale technologieën staat nooit op zichzelf, maar is altijd nauw verbonden met bestaande wet- en regelgeving. Afhankelijk van het onderwerp toetst de Afdeling aan het volgende:

- Past het voorstel binnen de *systematiek van de Awb*?²⁹ Voldoet het aan de eisen van het (nu nog) wetsvoorstel modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer?
- Voor zover het gaat om regulering van digitalisering, kunnen bijvoorbeeld ook de regels van de *Mededingingswet* van toepassing zijn (zie ook ad b., hiervóór).

²⁶ Vgl. ook ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 31 augustus 2018 over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen, W04.18.0230/I, Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, paragraaf 3.4.

²⁷ Artikel 3:4, tweede lid, Awb.

²⁸ Vgl. ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (AERIUS); en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (Blankenburgverbinding); HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316.

²⁹ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 15 maart 2018 inzake de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer, W04.17.0190/I, Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 4.

- Ook bij de *uitvoering van overheidsbeleid* spelen de mededingingsregels een rol. Het is denkbaar dat de overheid zelf de markt betreedt, wanneer zij door haarzelf ontwikkelde software of verhandelbare data aan gaat bieden. In die situatie moeten de belangen van (concurrerende) bedrijven worden meegewogen. En wanneer de uitvoering wordt uitbesteed aan externe partijen, vormt de Aanbestedingswet een relevant kader (zie ook ad b. hiervóór).
- Zoals hiervoor besproken vormt ook de AVG met de UAVG een relevant kader, ook als het gaat om de doorgifte en de beveiliging van persoonsgegevens, en het nemen van technische en organisatorische maatregelen daartoe.

III. De wetstechnische toets

Bij deze toets gaat het om de (technische) kwaliteit van de voorgestelde regeling en de toelichting, zoals logische en systematische opbouw, consistentie en gebruikte terminologie. Zoals in het voorgaande werd aangegeven is publicatie in het Staatsblad echter niet de laatste stap als het gaat om wetgeving; de omzetting van wet- en regelgeving in software (code) is in de praktijk inmiddels vaak evenzeer van belang. Om die reden moet ook in het wetgevingsproces meer aandacht zijn voor dit specificatieproces. De sterke samenhang tussen de voorgenomen regeling en de latere softwarematige uitvoering daarvan werpt in verschillende opzichten nieuw licht op de wetstechnische toets. Ten eerste zijn de bekende aspecten van de wetstechnische toets rechtstreeks van belang voor de softwarematige uitvoering van een regeling: goede omzetting in software stelt hogere eisen aan de logische en systematische opbouw van een regeling en aan het consistente gebruik van terminologie.

- a. Eenvormige werkwijze en eenvormig gebruik van (technische, digitale) begrippen.
- b. (Openbare) verslaglegging van omzetting van de voorgestelde regeling in geautomatiseerde beleidsregels en uitvoering ('specificatiedossier').
- c. Voorgestelde of verondersteld gebruik van 'open source' software, openbaarheid van codes en van softwarearchitectuur.
- d. Horizonbepaling en evaluatie.

Ad a. Eenvormige werkwijze en eenvormig gebruik van (technische, digitale) begrippen

In de Aanwijzingen voor de regelgeving is een aantal begrippen opgenomen waarbij de wetgever *uniformiteit in de definities* moet betrachten. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de begrippen 'belanghebbende' en 'besluit'. Hierbij wordt dan aangesloten bij de definitie uit de Awb. De Afdeling toetst of dit ook voor technische en digitale begrippen gebeurt. Hierbij zijn de volgende punten relevant.

- Worden begrippen als 'anonimiseren', 'pseudonimiseren', maar ook 'digitale communicatie' uniform gebruikt?
- Leidt digitalisering ertoe dat bestaande begrippen op een andere wijze moeten worden gedefinieerd? Hierbij gaat het bijvoorbeeld over 'verzending' of 'ontvangst' (met de post is dit anders dan bijvoorbeeld met een e-mail).
- Moeten naar aanleiding daarvan termijnen in wetgeving ook anders (minder open) worden gedefinieerd?

Ad b. (Openbare) verslaglegging van omzetting van de voorgestelde regelgeving in geautomatiseerde beleidsregels en uitvoering ('specificatiedossier').

De vertaling van wettelijke bepalingen in daadwerkelijke beslisregels voor de uitvoering gebeurt op het niveau van het uitvoeringsorgaan, bijvoorbeeld door middel van beleidsregels. Dit vermindert de *kenbaarheid en daarmee de controleerbaarheid van de keuzes* die hierbij gemaakt worden. De Afdeling toetst daarom de volgende punten.

- Wordt voldoende inzichtelijk gemaakt door wie de regels uit de wet worden omgezet naar beslisregels?
- Is duidelijk welke afwegingen daarbij relevant zijn en toegepast worden?
- Op welke wijze worden deze afwegingen en de daaruit voortvloeiende keuzes vastgelegd en zodanig gepubliceerd dat deze kenbaar zijn?
- Op welke wijze wordt de goede werking van de software of de beslisregels die daaraan ten grondslag liggen (ook na verloop van tijd) gewaarborgd?

Ad c. Openbaarheid van en controle op software, parameters en data.

Ook voor de software en de codes die hierin vastliggen geldt dat deze (in de regel) niet openbaar is. In sommige gevallen zou gekozen kunnen worden voor '*open source*' software. Dit is echter geen vereiste, en ligt bovendien niet altijd voor de hand. Nog belangrijker is dat het openbaar maken van de code geen rechtstreeks, voor burgers bruikbaar inzicht oplevert in hoe de software werkt, en hoe deze in de praktijk wordt toegepast.

Daarvoor is voorlichting aan burgers over die software nodig, en de mogelijkheid om naar aanleiding daarvan nadere vragen te stellen. De Afdeling stelt in dit verband onder meer de volgende vragen.

- Wordt inzichtelijk gemaakt wanneer en waarvoor door de overheid van bepaalde software gebruik wordt gemaakt, en hoe deze software (in de kern) werkt? Bij de werking van de software valt te denken aan inzicht in de gebruikte beslisregels of andere rekentechnieken, en aan de parameters en data die daarbij worden gebruikt.
- Is, waar relevant, bijvoorbeeld voorzien in een aanspreekpunt waar burgers terecht kunnen met vragen over overheidssoftware?
- Worden, bijvoorbeeld bij de ontwikkeling van de software, afdoende maatregelen genomen die latere controle op de werking van de software mogelijk maken?

Ad d. Horizonbepaling en evaluatie

Technieken veranderen snel, wat kan leiden tot wetgeving die niet meer goed aansluit bij de praktijk. Ook kan sprake zijn van inzet van digitalisering die niet meer nodig blijkt te zijn of die minder effectief is dan vooraf door de wetgever gedacht. Zulke vragen kunnen in beeld komen, in het kader van een *invoeringstoets*. Daarnaast vraagt dit alles om regelmatige *evaluatie* van deze wetgeving en de daarop gebaseerde inzet van digitalisering. Er kan bovendien 'techniekafhankelijker' wetgeving worden vastgesteld, indien de wetgever deze wetgeving regelmatig tegen het licht houdt om te bezien of deze nog bij de tijd is. Dit maakt het mogelijk om minder abstracte regels vast te stellen, in ieder geval op het niveau van een amvb of ministeriële regeling. Om die reden is het goed als de wetgever zich niet alleen committeert aan periodieke, zinvolle evaluaties van zowel de regels, als de toepassing daarvan, maar ook indien mogelijk *horizonbepalingen* opneemt in dit type wetgeving. Dit voorkomt dat bijvoorbeeld veel langer dan noodzakelijk data verzameld wordt. De Afdeling toetst daarom op de volgende punten.

- Bevat het voorstel een evaluatiebepaling en is daarbij voldoende duidelijk op welke wijze geëvalueerd gaat worden? Is de gekozen wijze van evalueren geschikt voor de onderliggende techniek? Met welke regelmaat moet zo'n evaluatie geschieden en wie krijgt de uitkomsten daarvan?
- Is er reden voor het opnemen van een horizonbepaling in de betreffende regelgeving? Zo ja, welke termijn is hiervoor geschikt? Wie besluit over een mogelijke verlenging? Op welke wijze worden mogelijke evaluaties hierbij betrokken? Wat gebeurt er bijvoorbeeld met verzamelde data als besloten wordt tot beëindiging van de inzet van een bepaalde techniek?