

Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid

*Zoeken naar een balans tussen
instrumentaliteit en waarborg*

Bahija Aarrass
Karianne Albers
Rolf Ortlep (red.)



Wolters Kluwer
When you have to be right

Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid

Zoeken naar een balans tussen instrumentaliteit en waarborg

*Bahija Aarrass
Karianne Albers
Rolf Ortlep (red.)*

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right

Deventer 2022

Verkorte citeerwijze: Aarrass, Albers & Ortlep (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid 2022*

Volledige citeerwijze: B. Aarrass, C.L.G.F.H. Albers & R. Ortlep, *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid. Zoeken naar een balans tussen instrumentaliteit en waarborg*, Deventer: Wolters Kluwer 2022

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Ontwerp omslag: Marco Smeets
Tekst lay-out: Wendy de Zee
Grafische lay-out: Marco Smeets

ISBN 978 901 316 980 5
NUR 823-202

© 2022, Wolters Kluwer Nederland B.V., B. Aarrass, C.L.G.F.H. Albers & R. Ortlep

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, *Stb.* 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: wolterskluwer.com/nl-nl/solutions/nederland/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via wolterskluwer.com/nl-nl/privacy-cookies.

Voorwoord

Deze bundel is het resultaat van het onderzoeksproject *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*. Dit onderzoeksproject is opgezet door de sectie Bestuursrecht van de Open Universiteit. De bijdragen zijn zowel geschreven door de leden uit die sectie als door onze collegae die werkzaam zijn bij de zusterfaculteiten en in de rechtspraktijk. Dit heeft er mede voor gezorgd dat het onderzoeksobject ook vanuit andere rechtsgebieden en disciplines is belicht dan alleen het bestuursrecht. Door deze multidimensionale aanpak biedt deze bundel een fraaie illustratie van de relevantie en noodzaak van onderzoek naar de digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid. Wij zijn dan ook als redactie en als sectie Bestuursrecht van de Open Universiteit trots op de totstandkoming van deze bundel.

Deze trots wordt alleen ingehaald door onze dankbaarheid. Als eerste gaat onze dankbaarheid uit naar alle auteurs die in deze bundel een bijdrage hebben geschreven. Zonder ook hun bereidwilligheid en intrinsieke motivatie was deze bundel niet tot stand gekomen. Wij zijn daarnaast dankbaar voor de goede samenwerking met uitgeverij Wolters Kluwer en met name uitgever Sanne Bleeker. Dankbaar zijn wij ook voor de steun van de Open Universiteit, in het bijzonder van onze decaan, Ronald Janse, en voor de inzet van Wendy de Zee (tekstredactie en tekststopmaak) en Marco Smeets (grafische vormgeving).

Wij wensen de lezer veel leesplezier toe en hopen dat deze bundel kan bezielen!

Heerlen, juni 2022

Bahija Aarrass
Karianne Albers
Rolf Ortlep (red.)

Thema's van digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid

Bahija Aarrass, Karianne Albers & Rolf Ortlep (red.)

Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid staat volop in de belangstelling. Zo bedient de overheid zich steeds meer van 'e-dienstverlening'. Digitale technologie wordt daarbij gebruikt om de burger te informeren, om processen efficiënter te laten verlopen (DigiD, MijnOverheid, digitaal procederen) en om de burger op een laagdrempelige manier bij de besluitvorming te betrekken (digitalisering bij inspraak). Het contact tussen burger en overheid vindt dus steeds vaker (al dan niet gedwongen) via de digitale weg plaats. Vaak heeft dit voor de digitaal vaardige burger voordelen. De minder digitaal vaardige burger loopt echter regelmatig vast in de digitale netwerken van de overheid en kan moeilijker zijn recht halen.¹ Dat geldt eens te meer als de digitale weg verplicht is (denk aan het aanvragen van een toeslag of uitkering).²

Ook de bestuurlijke besluitvorming vindt steeds vaker (geheel of gedeeltelijk) via 'geautomatiseerde besluitvorming' plaats. Geautomatiseerde besluitvorming heeft grote efficiëntievoordelen. Tegelijkertijd leidt zij tot standaardisering, waardoor zij op gespannen voet kan staan met het bieden van (menselijk) maatwerk. De coronacrisis heeft er verder toe geleid dat bepaalde voorgenomen digitaliseringsoperaties in een stroomversnelling zijn geraakt. In rechterlijke procedures werden bijvoorbeeld fysieke zittingen vervangen door 'telehoren' of online alternatieven. Het is niet uitgesloten dat de rechtspraak ook na de coronaperiode nu meer gebruik zal gaan maken van deze online alternatieven in juridische procedures.

Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid heeft dus niet alleen voordelen. Op de dag dat wij dit schrijven heeft het kabinet bijvoorbeeld erkend dat er bij het kinderopvangtoeslagschandaal binnen de Belastingdienst sprake is geweest van institutioneel racisme door het gebruik van de digitale 'Fraude Signalerings Voorziening'.³ Meer in algemene zin is er in de media,

¹ Vgl. bijv. Nationale ombudsman 6 september 2017, rapportnummer 2017/098, *Hoezo MijnOverheid?*.

² Zie bijv. artikel 3a Algemene wet inzake Rijksbelastingen, artikel 13 Algemene wet inkomensafhankelijke regelingen en de (beginsel)verplichting tot digitale communicatie in artikel 32e Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (gelezen in combinatie met artikel 2 Beleidsregel elektronische communicatie UWV).

³ Brief van de Regering 'Nadere verzoeken Fraude signalering Voorziening en vraagstuk institutioneel racisme', 30 mei 2022, www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering;

de politiek en literatuur steeds meer aandacht voor de inzet van digitale instrumenten (algoritmen), bijvoorbeeld waar het gaat om het opsporen van onregelmatigheden en fraude. Uit eerder onderzoek is gebleken dat algoritmische beslissingen een ingrijpende invloed kunnen hebben op mensenrechten.⁴ De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid en de Raad van State hebben ook vraagtekens gezet bij de door de overheid in gang gezette digitalisering in relatie tot bestuursrechtelijke normering, rechtsbescherming en menselijk maatwerk.⁵

Gelet op het voorgaande, rijst de algemene vraag hoe in de rechtsverhouding tussen burger en overheid het gebruik van digitalisering zich verhoudt en dient te verhouden tot fundamentele beginselen en mensenrechten. Hoe verhouden de voor- en nadelen van digitalisering zich tot elkaar en welke rol speelt en dient het recht te spelen bij het legitimeren en begrenzen van digitaal overheids-optreden? Wat zijn de (wenselijke) gevolgen van digitalisering voor het nemen van beslissingen en het verlenen van menselijk maatwerk? Wat zijn de (rechtsstatelijke) risico's van de verschuiving van de discretionaire ruimte van de traditionele beslisambtenaren naar artificiële intelligentie? In hoeverre wordt de zorgvuldigheid, toegankelijkheid en controleerbaarheid van dergelijke besluitvorming gewaarborgd? Welke verplichtingen heeft de overheid om de burger te beschermen bij een eventuele ontwrichting van de digitale infrastructuur? En in termen van rechterlijke toetsing van dergelijke besluitvorming: wat zijn de grondrechtelijke en andere aspecten die mogelijk in het gedrang komen? In hoeverre leidt de verdergaande digitalisering er juist toe dat (groepen) burgers worden uitgesloten van publieke dienstverlening?

Deze en andere vragen worden in de bijdragen in deze bundel behandeld. Hoewel deels overlappend, hebben wij deze bijdragen onderverdeeld in drie thema's van digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid, namelijk: 1) besluitvorming en normering, 2) rechtsbescherming en bestuursrechtspraak en 3) bijzonder bestuursrecht. Wij zijn ons ervan bewust dat niet alle vragen volledig zijn behandeld en dat er nieuwe vragen zullen rijzen. Het door de sectie Bestuursrecht van de Open Universiteit opgezette onderzoeksproject *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid* is dan ook met het verschijnen van deze bundel niet afgesloten. De redactie kijkt ernaar uit om dat onderzoeksobject samen met onze collegae werkzaam bij de zusterfaculteiten en in de rechtspraktijk te continueren.

<https://nos.nl/artikel/2430805-kabinet-erkent-institutioneel-racisme-bij-deel-fiscus-heeft-velen-pijn-gedaan>.

⁴ Vergelijk M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten*. Den Haag: Boom Juridisch 2018.

⁵ Vergelijk Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2021; WRR-rapport, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid* (rapportnr. 97), Den Haag: WRR 2017.

Inhoud

Voorwoord	V
Thema's van digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid <i>Bahija Aarrass, Karianne Albers & Rolf Ortley (red.)</i>	VII
I. Besluitvorming en normering	
1 Empathische en geautomatiseerde rechtstoepassing: verenigbare grootheden? <i>Rolf Ortley</i>	13
2 Een dienende en digitale overheid? Over rechtsstaat, MijnOverheid en de autonomie van het recht <i>Raymond Schlössels</i>	29
3 Discretionaire ruimte in de algoritmische <i>administrative state</i> : laveren tussen de <i>rule of law</i> en de <i>rule of code</i> <i>Jurgen Goossens & Jurgen de Poorter</i>	49
4 Normering van geautomatiseerde besluitvorming: tijd voor wetgeving? <i>Johan Wolswinkel</i>	63
5 Discriminerende digitale diensten. Een reconstructie van de kinderopvangtoeslagaffaire vanuit grondrechtelijk perspectief <i>Bahija Aarrass</i>	81
6 Juridische spanningsvelden bij online monitoring door gemeenten <i>Willem Bantema & Sipke de Vries</i>	101

II. Rechtsbescherming en bestuursrechtspraak

- 7 Digitalisering in het bestuursrecht anno 2022. Over digitale inclusie, geautomatiseerde besluitvorming, betekenisvolle menselijke tussenkomst, 'black boxes' en wapengelijkheid in het digitaal bestuursrecht... 119
Karianne Albers
- 8 De spanning tussen openbaarheid en privacy in bestuursrechtelijke procedures tijdens en na corona 147
Michiel Tjepkema & Bart Jan van Ettekoven
- 9 Zoekt en gij zult vinden. Elektronische bekendmaking van besluiten: risico's en kansen 167
Rens Koenraad
- 10 Bezwaarbehandeling en digitalisering anno 2022 en daarna 187
Marc Wever & Bert Marseille
- 11 Digitalisering en bestuursrechtspraak: hoe zit het met de zitting bij de bestuursrechter? 203
Rogier Stijnen

III. Bijzonder bestuursrecht

- 12 Digitalisering in het migratierecht. Lessen voor het overige bestuursrecht 225
Bahija Aarrass & Lynn Hillary
- 13 Apps in de gezondheidszorg: een mensenrechtelijk vraagstuk 245
Hannah van Kolfschooten & Bastiaan Wallage
- 14 Digitalisering en onderwijs(recht) 263
Paul Zoontjens
- 15 Het Digitale Stelsel Omgevingswet: van een 'bijzaak' naar een allesbepalende hoofdzaak 283
Sander Kole