

Toelichting bij Contractbepalingen in aanvulling op de GIBIT voor het rechtvaardig gebruik van Algoritmische toepassingen

Gemeente Amsterdam

1 Inleiding

Waarom Contractbepalingen voor het rechtvaardig gebruik van Algoritmische toepassingen?

De gemeente gebruikt Algoritmische toepassingen bij de diensten die zij aan haar burgers levert. Als de gemeente een Algoritmische toepassing gebruikt bij het nemen van een Besluit dat invloed heeft op burgers, wil zij dat dat Besluit rechtvaardig en rechtmatig is en wil zij de mogelijkheid hebben om de burger uit te leggen hoe een Besluit tot stand is gekomen.¹

Dat betekent dat als de gemeente gebruik maakt van een Algoritmische toepassing die aan de gemeente wordt geleverd door een Opdrachtnemer, zij met die Leverancier bepaalde afspraken wil maken die de gemeente de mogelijkheid bieden om rechtvaardige, rechtmatige en transparante Besluiten te kunnen nemen met behulp van een Algoritmische toepassing. Deze Contractbepalingen voorzien in de instrumenten die de gemeente deze mogelijkheid moeten bieden.

De gemeente heeft besloten deze Contractbepalingen op te stellen omdat bepalingen zoals deze op het moment van opstellen simpelweg nog niet bestonden. Weliswaar zijn er veel richtsnoeren en handreikingen opgesteld; contractueel afdwingbare bepalingen ontbraken nog.

In welke gevallen kunnen deze Contractbepalingen worden toegepast?

De Contractbepalingen zijn bedoeld om toegepast te worden in de situatie waarin de gemeente als Opdrachtgever een Algoritmische toepassing afneemt van een Leverancier.

De Contractbepalingen zijn bedoeld voor een specifieke groep van Algoritmische toepassingen, namelijk Algoritmische toepassingen die als zij door de gemeente worden gebruikt burgers of bezoekers van de gemeente of bedrijven die in de gemeente zijn gevestigd in aanmerkelijke mate kunnen treffen. In een dergelijk geval wenst de gemeente bepaalde waarborgen te treffen, waar in deze Contractbepalingen in is voorzien.

Voor de toepassing van de Contractbepalingen maakt het niet uit in welke vorm de Leverancier de Algoritmische toepassing aan de Opdrachtgever levert. De Contractbepalingen zijn zo geschreven dat zij kunnen worden toegepast ongeacht of de Algoritmische toepassing al een bestaand product is dat aan de Opdrachtgever ter beschikking wordt gesteld, het product door een Leverancier speciaal voor de Opdrachtgever wordt gebouwd of het product als onderdeel van een dienst aan de Opdrachtgever wordt geleverd.

De Contractbepalingen zijn zo geschreven dat zij aan de GIBIT kunnen worden toegevoegd. Artikel 1 van de Contractbepalingen is zo geformuleerd dat de Contractbepalingen alleen van toepassing zijn in de situaties waarvoor de Contractbepalingen zijn bedoeld.

De Contractbepalingen kunnen zowel van toepassing worden verklaard op een overeenkomst die na het volgen van een Europese aanbesteding is gesloten, als op een overeenkomst die onderhands wordt gegund aan een Leverancier.

¹ De Gemeente hanteert als uitgangspunt de Principes Digitale Samenleving zoals vastgesteld door de leden van de VNG. <https://vng.nl/nieuws/vng-leden-akkoord-met-principes-digitale-samenleving>.

Hoe zijn deze Contractbepalingen tot stand gekomen?

De Contractbepalingen zijn opgesteld in opdracht van de gemeente Amsterdam. Bij het opstellen van de Contractbepalingen hebben medewerkers van de gemeente samengewerkt met specialisten van Pels Rijcken, Saidot en KPMG. De bepalingen zijn vervolgens becommentarieerd verschillende inkopers, juristen, leveranciers, auditors, programmeurs, informatiemanagers en andere experts van binnen en buiten de gemeente. De bepalingen zijn door alle gemeenten te gebruiken en opgenomen in de GIBIT-overeenkomstengenerator.

Bij het opstellen van de Contractbepalingen is zoveel als mogelijk rekening gehouden met bestaande wetgeving en andere kaders die zijn ontwikkeld voor het gebruik van Algoritmische toepassingen. In deze toelichting is zoveel als mogelijk verwezen naar dergelijke kaders.

De Contractbepalingen worden regelmatig geactualiseerd.

Wat is de status van deze toelichting?

Deze toelichting dient ter ondersteuning van de gebruikers van de Contractbepalingen en vormt tevens een verantwoording van de keuzes die in de Contractbepalingen zijn gemaakt.

Deze toelichting is geen onderdeel van de overeenkomsten waarin de Contractbepalingen worden toegepast en heeft als zodanig dan ook geen juridische status.

2 Toelichting bij de definities

Algoritmische toepassing

Het begrip "Algoritmische toepassing" is in de Contractbepalingen als volgt gedefinieerd:

"software waarmee op geautomatiseerde wijze voorspellingen worden gedaan, beslissingen worden genomen en/of adviezen worden gegeven door gebruik te maken van data-analyse, statistiek en/of zelflerende logica."

Hoewel in het normaal spraakgebruik veel over "algoritme" wordt gesproken, zal de software waarvoor de Contractbepalingen zijn geschreven in de regel bestaan uit een combinatie van algoritmen. Bij het opstellen van deze Contractbepalingen is er daarom voor gekozen om de term "Algoritmische toepassing" te hanteren in plaats van de term "Algoritme".

Dat is overigens niet ongebruikelijk. In de brief van Minister Dekker van Rechtsbescherming van 8 oktober 2019 en de bijlage daarbij wordt naast de term "algoritme", het begrip "data-analyse" gehanteerd. Onder de vlag van de Raad van Europa is in december 2019 een conceptaanbeveling gepubliceerd over de impact van Algoritmische toepassingen op mensenrechten.² In het document wordt gesproken over "*Algorithmic systems*".

Een Algoritmische toepassing is "*software waarmee op geautomatiseerde wijze voorspellingen worden gedaan, besluiten worden genomen en/of adviezen worden gegeven*". Dat betekent bijvoorbeeld dat indien uitsluitend sprake is van een wiskundig model dat niet is geautomatiseerd, geen sprake is van een Algoritmische toepassing omdat geen sprake is van software. Is er weliswaar sprake van software maar vindt besluitvorming niet op geautomatiseerde wijze plaats, bijvoorbeeld doordat die het directe gevolg is van volledig menselijke handelen, is ook geen sprake van een Algoritmische toepassing.

Neemt een medewerker van de gemeente bijvoorbeeld een beslissing na inzage in een digitaal register waarin bepaalde data op alfabetische volgorde is geordend, dan is weliswaar sprake van software, maar niet van een Algoritmische toepassing omdat met de software niet op geautomatiseerde wijze voorspellingen worden gedaan, besluiten worden genomen en/of adviezen worden gegeven, en dus sprake is van volledig menselijk handelen.

Voor het zijn van een Algoritmische toepassing is niet vereist dat sprake is van een vorm van zelflerende logica (zoals "machine learning"). Bij het opstellen van de Contractbepalingen is ervoor gekozen om ook applicaties die gebruikmaken van data-analyse en/of statistiek, en ook de andere elementen van het begrip "Algoritmische toepassing" bevatten, onder het bereik van de Contractbepalingen te brengen. De reden daarvoor is dat in de praktijk ook veel software wordt gebruikt die geen zelflerende logica bevat, maar waarvan de toepassing niettemin grote en soms onbekende of onbedoelde invloed kan hebben op burgers.

² Addressing the impacts of Algorithms on Human Rights, Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, te raadplegen via <https://rm.coe.int/draft-recommendation-of-the-committee-of-ministers-to-states-on-the-hu/168095eefc>.

Door vast te leggen dat alle software die gebruikmaakt van data-analyse, statistiek en/of zelflerende logica als “Algoritmische toepassing” kan kwalificeren, hoopt de gemeente discussies over de toepasselijkheid van de Contractbepalingen niet te voeren op basis van de gehanteerde technologie, maar op basis van de invloed die de Algoritmische toepassing heeft op burgers (zie de definitie van de term “Besluit”).

Zo maakt de gemeente gebruik van een systeem dat op geautomatiseerde wijze beslissingen neemt over de plaatsing van kinderen op basisscholen in de gemeente. Dit systeem neemt beslissingen op basis van enkele geprogrammeerde voorrangsregels. Het systeem bevat geen zelflerende logica. Niettemin kunnen de beslissingen die door het systeem worden genomen vergaande impact hebben op de inwoners van de gemeente. De gemeente wenst daarom dat de Contractbepalingen ook van toepassing kunnen zijn op dergelijke systemen.

Overigens is het niet ongebruikelijk om regels over Algoritmische toepassingen breder te trekken dan Algoritmische toepassingen die gebruikmaken van zelflerende technologie. Zowel de brief van Minister Dekker³, de Ethics Guidelines for Trustworthy AI⁴ en de conceptaanbeveling van de Raad van Europa⁵ zijn niet beperkt tot zelflerende logica.

De term “data-analyse” moet ruim worden uitgelegd. Onder data-analyse kan onder meer het combineren, opschonen, sorteren, classificeren en afleiden van data worden begrepen.

Beoogde gebruik

Het begrip “Beoogd gebruik” is in de Contractbepalingen als volgt gedefinieerd:

“het oplossen van de door de Opdrachtgever voorafgaand aan het gebruik van de Algoritmische toepassing gedefinieerde probleem of problemen.”

De Algoritmische toepassing zal worden ingezet voor het bereiken van bepaalde doelstellingen. Bij het opstellen van de Contractbepalingen is ervan uitgegaan dat in veel gevallen de Algoritmische toepassing kan bijdragen aan het bereiken van deze doelstelling, maar op zichzelf niet in staat zal zijn om die doelstelling te bereiken.

Zo draagt een Algoritmische toepassing die in staat is om afvalzakken te herkennen bij aan een efficiënte afvalinzameling door de gemeente. Voor een efficiënte afvalinzameling is echter meer nodig dan een Algoritmische toepassing.

Om die reden wordt in de Contractbepalingen niet bepaald dat de Algoritmische toepassing geschikt dient te zijn voor het realiseren van het doel dat de gemeente als Opdrachtgever wenst te realiseren, maar voor het Beoogde gebruik.

³ Waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid, TK 2019/ 26643-641 te raadplegen via <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/amendementen/detail?id=2019Z19084&did=2019D39751>.

⁴ Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence, EU High-Level Expert Group on AI, te raadplegen via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

⁵ Addressing the impacts of Algorithms on Human Rights, Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, te raadplegen via <https://rm.coe.int/draft-recommendation-of-the-committee-of-ministers-to-states-on-the-hu/168095eefc>.

Met het Beoogde gebruik is bedoeld op het specifieke probleem of de specifieke problemen die de Algoritmische toepassing dient op te lossen. De term “probleem” dient ruim te worden uitgelegd. Een Algoritmische toepassing krijgt van de bouwer van de Algoritmische toepassing steeds een taak die dient te worden uitgevoerd. Met het oplossen van probleem is in de definitie van “Beoogde gebruik” bedoeld op het uitvoeren van deze taak.

In het hiervoor genoemde voorbeeld is het probleem dat de Algoritmische toepassing dient op te lossen het herkennen van afvalzakken op afbeeldingen.

Voor een goede inzet van een Algoritmische toepassing is cruciaal dat op voorhand wordt vastgelegd welk probleem of welke problemen met de Algoritmische toepassing dienen te worden opgelost. Het begrip “Beoogd gebruik” neemt daarom als uitgangspunt dat van vastlegging sprake zal zijn.

Besluiten

Het begrip “Besluiten” is in de Contractbepalingen als volgt gedefinieerd:

“besluiten van de gemeente die bestuursrechtelijk, privaatrechtelijk en/of feitelijk van aard zijn en die direct of indirect één of meer burgers van de gemeente, bezoekers van de gemeente of bedrijven of andersoortige instellingen die in de gemeente zijn gevestigd in aanmerkelijke mate treffen.”

Het begrip “Besluiten” dient ruim te worden uitgelegd. Niet is vereist dat sprake is van een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht. Ook besluiten van de gemeente die privaatrechtelijk of feitelijk van aard zijn kunnen onder de definitie van “Besluiten” vallen.

Het besluit van de gemeente om op een bepaalde plek afval op te halen heeft in beginsel geen juridische betekenis en is feitelijk van aard.

De inhoud van de Contractbepalingen is gericht op Besluiten die door de gemeente worden genomen. Besluiten die door derden worden genomen, waaronder dus ook Opdrachtnemer, vallen buiten de reikwijdte van Contractbepalingen.

Van een Besluit als bedoeld in de Contractbepalingen is sprake indien het besluit van de gemeente direct of indirect *één of meer burgers van de gemeente, bezoekers van de gemeente of bedrijven of andersoortige instellingen die in de gemeente zijn gevestigd* in aanmerkelijke mate treft. Door deze formulering te hanteren bieden de Contractbepalingen niet uitsluitend bescherming voor inwoners van de gemeente, maar ook voor bezoekers van de gemeente. De woorden “*één of meer*” beogen te bewerkstelligen dat niet is vereist dat een Besluit een individuele of individualiseerbare persoon in aanmerkelijke mate treft. Ook als een besluit een groep aan burgers of bezoekers van de gemeente in aanmerkelijke mate treft, is sprake van een Besluit als bedoeld in deze Contractbepalingen.

Of een besluit van de gemeente een burger *in aanmerkelijke mate treft*, zal van geval tot geval moeten worden bepaald. Indien een besluit van de gemeente een inbreuk vormt op één van de grondrechten van een burger, rechtsgevolgen heeft voor een burger of financiële impact heeft voor een burger zal snel sprake zijn een Besluit in de zin van de Contractbepalingen.

Ook als een besluit invloed heeft op bijvoorbeeld de kwaliteit of de snelheid van de dienstverlening die de gemeente aan een burger levert kan een burger in aanmerkelijke mate worden getroffen.

Leidt een besluit van de gemeente er bijvoorbeeld toe dat in een bepaalde wijk minder afval wordt opgehaald waardoor het straatbeeld verslechterd, treft een dergelijk besluit een groep van burgers in aanmerkelijke mate. Algoritmische toepassingen die uitsluitend tot doel hebben om software te optimaliseren, zullen in veel gevallen burgers niet in aanmerkelijke mate treffen.

Van een besluit van de gemeente dat een burger *in aanmerkelijke mate treft* is niet alleen sprake indien een besluit een negatief gevolg heeft voor een burger. Ook een besluit dat positief voor een burger uitpakt kan een burger in aanmerkelijke mate treffen en dus een Besluit vormen als bedoeld in de Contractbepalingen. De ratio daarachter is dat als een groep van burgers als gevolg van een Besluit *in positieve zin* in aanmerkelijke mate wordt getroffen, een andere groep aan burgers mogelijk *in negatieve zin* in aanmerkelijke mate wordt getroffen.

Komt een burger als gevolg van een Besluit bijvoorbeeld voor een vergunning in aanmerking voor het organiseren van een feest, dan heeft dat ook invloed op de bureaus die wellicht niet gediend zijn van de geluidsoverlast die het feest met zich brengt.

Bij het opstellen van de Contractbepalingen is de keuze gemaakt om aansluiting te zoeken bij artikel 22 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). In dat artikel is onder meer bepaald dat een betrokkene het recht heeft niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn verbonden *of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft*. Het verschil tussen artikel 22 AVG en de Contractbepalingen is dat artikel 22 AVG uitsluitend beperkingen stelt aan geautomatiseerde besluitvorming waarbij *persoonsgegevens* worden verwerkt. De Contractbepalingen kunnen verder gaan dan dat: ook als een Besluit wordt genomen dat impact heeft op een groep aan personen, zonder dat persoonsgegevens worden verwerkt, kunnen de Contractbepalingen van toepassing zijn.

Leidt een Besluit er bijvoorbeeld toe dat in een bepaalde wijk minder afval wordt opgehaald, dan hoeft geen sprake te zijn van de verwerking van persoonsgegevens, maar kan dit niettemin de bewoners van de betreffende wijk in aanmerkelijke mate treffen.

Bij de beantwoording van de vraag of een besluit een burger in aanmerkelijke mate treft kan worden aangesloten bij de uitleg die aan artikel 22 AVG is gegeven, bijvoorbeeld door de Data Protection Board.⁶

⁶ Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01).

Procedurele transparantie

Het begrip "Procedurele transparantie" is in de Contractbepalingen als volgt gedefinieerd:

"het verstrekken van informatie over het doel van de Algoritmische toepassing en het proces dat is gevolgd bij de ontwikkeling en toepassing van de Algoritmische toepassing en de in dat kader gebruikte data, waaronder in ieder geval moet worden begrepen het geven van inzicht in de gemaakte keuzes en de gehanteerde aannames, de categorieën van data die zijn gebruikt bij het ontwikkelen van de Algoritmische toepassing, de wijze waarop in menselijke tussenkomst is voorzien in de Algoritmische toepassing, de gebruikte methode om risico's te identificeren, de geïdentificeerde risico's en de maatregelen die zijn genomen om de risico's te mitigeren en de partijen die betrokken zijn geweest bij het ontwikkelen van de Algoritmische toepassing en hun rol."

De gemeente beoogt door het verkrijgen van Procedurele transparantie inzicht te krijgen in het proces dat Leverancier heeft gevolgd bij het ontwikkelen en toepassen van de Algoritmische toepassing en de keuzes die Leverancier gedurende dat proces heeft gemaakt.

Op basis van die informatie wil de gemeente zich een oordeel kunnen vormen over de kwaliteit van een Algoritmische toepassing, zonder dat de gemeente als Opdrachtgever daarvoor de informatie nodig heeft die moet worden verstrekt als Technische transparantie moet worden gegeven.

Op basis van de informatie die de gemeente als Opdrachtgever verkrijgt als Procedurele transparantie wordt verschaft wenst de gemeente tevens in algemene zin richting burgers het gebruik van een Algoritmische toepassing te kunnen verantwoorden en de werking te kunnen toelichten.

Procedurele transparantie ziet niet op het verkrijgen van inzicht in alle data die is gebruikt bij het ontwikkelen en toepassen van de Algoritmische toepassing (daar ziet Technische transparantie op), maar op de methodiek die is gehanteerd bij het verkrijgen, selecteren en/of bewerken van de data die is gebruikt bij het ontwikkelen van de Algoritmische toepassing. Procedurele transparantie heeft wel betrekking op de categorieën van data die zijn gebruikt bij het ontwikkelen en toepassen van de Algoritmische toepassing.

Technische transparantie

Het begrip "Technische transparantie" is in de Contractbepalingen als volgt gedefinieerd:

"het verstrekken van informatie aan de hand waarvan de Opdrachtgever inzicht kan krijgen in de technische werking van de Algoritmische toepassing, waaronder in ieder geval kan worden begrepen het verstrekken van de broncode van de Algoritmische toepassing, de technische specificaties die zijn gebruikt bij de ontwikkeling van de Algoritmische toepassing, de bij de ontwikkeling van de Algoritmische toepassing gebruikte data, technische informatie over de wijze waarop de bij de ontwikkeling van de Algoritmische toepassing gebruikte data zijn verkregen en bewerkt, informatie over de gehanteerde ontwikkelmethode en het doorlopen ontwikkelproces, motivatie van de keuze voor een bepaald model en bijbehorende parameters en informatie over de prestaties van de Algoritmische toepassing."

Met het verkrijgen van Technische transparantie beoogt de gemeente inzicht te krijgen in alle informatie die zij nodig heeft om de technische kwaliteit en de technische werking van de Algoritmische toepassing te kunnen beoordelen. In artikel 5 is beschreven wanneer en onder welke voorwaarden de Leverancier Technische transparantie dient te verschaffen.

Uitlegbaar(heid)

Het begrip "Uitlegbaar(heid)" is in de Contractbepalingen als volgt gedefinieerd:

"Het op individueel niveau kunnen uitleggen waarom een Algoritmische toepassing tot een bepaalde beslissing of uitkomst komt. Tenzij Partijen uitdrukkelijk anders overeenkomen, vormt daar in ieder geval onderdeel van dat duidelijk is wat de belangrijkste factoren zijn op basis waarvan een Algoritmische toepassing tot een bepaalde uitkomst is gekomen en welke wijzigingen in de input moeten worden doorgevoerd om tot een andere uitkomst te komen. Onder het Uitlegbaar maken van een Algoritmische toepassing valt mede het verstrekken van alle (technische) informatie die nodig is om in een bezwaarprocedure, een beroepsprocedure of een andere juridische procedure de totstandkoming van een Besluit toe te lichten en om de wederpartij en eventuele andere belanghebbenden de gelegenheid te bieden de totstandkoming van een Besluit te toetsen zodat de wederpartij reële rechtsbescherming wordt geboden."

Het verkrijgen van Procedurele transparantie en Technische transparantie zijn vooral gericht op het verkrijgen van de informatie die de gemeente verwacht nodig te hebben voor het beoordelen van de Algoritmische toepassing. Daarnaast is het verkrijgen van Procedurele transparantie ook gericht op het geven van algemene voorlichting over het gebruik van een Algoritmische toepassing aan burgers.

Het Uitlegbaar maken van een Algoritmische toepassing heeft een ander doel; het op een individueel niveau aan een burger kunnen uitleggen waarom een Algoritmische toepassing tot een bepaalde beslissing of uitkomst komt en de burger de gelegenheid bieden om dat, zo nodig in een juridische procedure, aan de orde te stellen. Het is daardoor mogelijk dat informatie die aan de gemeente als Opdrachtgever wordt verstrekt bij het verschaffen van Procedurele transparantie of Technische transparantie overlapt met de informatie die nodig is voor het Uitlegbaar maken van een Algoritmische toepassing.

Tenzij Partijen uitdrukkelijk anders overeenkomen, vormt in ieder geval onderdeel van het Uitlegbaar maken dat duidelijk is wat de belangrijkste factoren zijn op basis waarvan een Algoritmische toepassing tot een bepaalde uitkomst is gekomen en welke wijzigingen moeten worden ingevoerd om tot een andere uitkomst te komen. Bij het opstellen van de Contractbepalingen is ervoor gekozen om niet van de Leverancier te vereisen dat wordt uitgelegd *waarom* een Algoritmische toepassing tot een bepaalde uitkomst komt, maar *wat de belangrijkste factoren zijn* op basis waarvan een Algoritmische toepassing tot een bepaalde uitkomst komt. Zeker bij Algoritmische toepassingen waarbij gebruik wordt gemaakt van een model met verschillende lagen (ook wel *deep learning* of diepe neurale netwerken) zal het in veel gevallen niet precies te achterhalen zijn waarom een Algoritmische toepassing tot een bepaalde uitkomst is gekomen, maar wel wat de belangrijkste factoren zijn die hebben geleid tot een bepaalde uitkomst.

Uitgangspunt vormt daarnaast dat onderdeel van Uitlegbaarheid is dat moet kunnen worden uitgelegd welke wijzigingen moeten worden ingevoerd om een andere uitkomst te realiseren. Achterliggende gedachte daarbij is dat de gemeente aan een burger uit wil kunnen leggen wat moet worden veranderd om ervoor te zorgen dat wel het door de burger gewenste Besluit wordt genomen.

Er is bewust voor gekozen om Partijen de mogelijkheid te bieden om in de te sluiten overeenkomst van voornoemd uitgangspunt af te wijken. Voorstelbaar is dat het in een bepaalde situatie technische niet haalbaar is én ook niet noodzakelijk is om aan te geven wat de belangrijkste factoren zijn op basis waarvan een Algoritmische toepassing tot een bepaalde uitkomst is gekomen of welke wijzigingen in de input moeten worden doorgevoerd om tot een andere uitkomst te komen. Bij het toepassen van de Contractbepalingen zal dat moeten worden vastgesteld. Zo nodig, zal in de Overeenkomst een afwijkende bepaling kunnen worden opgenomen.

3 Artikelsgewijs commentaar

Artikel 1 Toepasselijkheid

- 1.1. Deze Contractbepalingen zijn van toepassing indien Leverancier aan de Opdrachtgever een Algoritmische toepassing levert die door de Opdrachtgever wordt gebruikt bij het nemen van Besluiten, het voorbereiden van Besluiten of in het kader van handhavings- of fraudeonderzoek.
- 1.2. Deze Contractbepalingen zijn eveneens van toepassing indien Leverancier aan de Opdrachtgever een Algoritmische toepassing levert die wordt ingezet voor het nemen van beslissingen of het voorbereiden van beslissingen over medewerkers van de Opdrachtgever.
- 1.3. Deze Contractbepalingen zijn van toepassing indien Leverancier de Algoritmische toepassing als onderdeel van een afgesproken ICT-prestatie aan de Opdrachtgever levert.
- 1.4. Indien de Algoritmische toepassing onderdeel uitmaakt een afgesproken ICT-prestatie die door Leverancier aan de Opdrachtgever worden geleverd, dan zijn deze Contractbepalingen van toepassing op die ICT-prestatie in aanvulling op de GIBIT.

Toelichting:

De Contractbepalingen zijn van toepassing indien Leverancier aan de Opdrachtgever een Algoritmische toepassing levert. Het maakt daarbij niet uit of de Algoritmische toepassing in de vorm van een product, als onderdeel van een dienst of als onderdeel van een ontwikkelovereenkomst aan de Opdrachtgever wordt geleverd. De Contractbepalingen zijn niet van toepassing indien de Opdrachtgever onder eigen regie een Algoritmische toepassing ontwikkelt en daarbij gebruikmaakt van personeel van een externe partij.

De Contractbepalingen zijn van toepassing indien de Algoritmische toepassing door de Opdrachtgever wordt gebruikt bij het nemen van Besluiten, het voorbereiden van Besluiten of in het kader van handhavings- of fraudeonderzoek. Hoewel handhavings- of fraudeonderzoek ook als het voorbereiden van Besluiten zou kunnen worden aangemerkt, wenst de gemeente gezien de hoge risico op mensenrechtenschendingen zekerheidshalve te benadrukken dat Algoritmische toepassingen die in dit domein worden ingezet binnen het bereik van de Contractbepalingen vallen.

Voorstelbaar is dat de Algoritmische toepassing niet het enige product is dat door Leverancier aan de Opdrachtgever wordt geleverd, maar dat de Algoritmische toepassing onderdeel uitmaakt van één of meerdere softwareproducten die als één dienst of als één toepassing door de Leverancier aan de Opdrachtgever worden geleverd. In dat geval maakt de Algoritmische toepassing onderdeel van de ICT-prestatie die in het kader van een overeenkomst onder de GIBIT aan Opdrachtgever zal worden geleverd.

De gemeente wil voorkomen dat discussie komt te ontstaan over de vraag welk onderdeel van dergelijke softwareproducten wel of niet als Algoritmische toepassing zijn aan te merken. In artikel 1.4 is daarom bepaald dat als een Algoritmische toepassing onderdeel uitmaakt een ICT-prestatie die door Leverancier aan Opdrachtgever worden geleverd, deze binnen het bereik van de Contractbepalingen valt. Als Partijen daarvan af willen wijken zullen zij aanvullende afspraken moeten maken.

Artikel 2 Kwaliteit van de data

- 2.1 Indien en voor zover de Algoritmische toepassing in het kader van de te leveren ICT-prestatie wordt ontwikkeld op basis van data die door de Opdrachtgever aan Leverancier worden aangeleverd, zal Leverancier de redelijkerwijs van hem te verwachten maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de bij het ontwikkelen van de Algoritmische toepassing gebruikte data worden geanalyseerd, gestructureerd en/of bewerkt:
- a. volgens een gemotiveerde aanpak die onder meer, maar niet uitsluitend, tot doel heeft om sociaal geconstrueerde vertekening, onnauwkeurigheden, fouten, vergissingen en “bias” (ongewenste vooringenomenheid) in deze data zoveel als redelijkerwijs mogelijk te voorkomen;
 - b. op een wijze die in overeenstemming is met toepasselijke wet- en regelgeving.
- 2.2 Indien en voor zover de Algoritmische toepassing wordt ontwikkeld op basis van data die niet door de Opdrachtgever aan Leverancier worden aangeleverd, zal Leverancier ervoor zorgen dat de bij het ontwikkelen van de Algoritmische toepassing gebruikte data worden verzameld, geanalyseerd, gestructureerd en/of bewerkt:
- a. volgens een gemotiveerde aanpak die onder meer, maar niet uitsluitend, tot doel heeft om sociaal geconstrueerde vertekening, onnauwkeurigheden, fouten, vergissingen en “bias” (ongewenste vooringenomenheid) in deze data zoveel als redelijkerwijs mogelijk te voorkomen;
 - b. op een wijze die in overeenstemming is met toepasselijke wet- en regelgeving.
- 2.3 Indien en voor zover Leverancier de Algoritmische toepassing voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst heeft ontwikkeld, staat Leverancier ervoor in dat de in artikel 2.2 van deze Contractbepalingen beschreven maatregelen reeds zijn genomen.

Toelichting:

Artikel 2 heeft betrekking op de data die zijn gebruikt bij het ontwikkelen van een Algoritmische toepassing. De kwaliteit van de data die is gebruikt bij het ontwikkelen van een Algoritmische toepassing, kan grote impact hebben op de kwaliteit van de Algoritmische toepassing als zodanig. Om die reden worden in artikel 2 eisen gesteld aan de kwaliteit van de data.

In artikel 2 is een onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin de Leverancier een Algoritmische toepassing ontwikkelt op basis van data die door de Opdrachtgever aan Leverancier zijn verstrekt (artikel 2.1) en de situatie waarin Leverancier de Algoritmische toepassing ontwikkelt op basis van anderszins verkregen data (artikel 2.2). Gedachte daarbij is dat indien Leverancier de data ontvangt van de Opdrachtgever, hij weliswaar verantwoordelijk kan worden gehouden voor het analyseren, structureren en bewerken van de data, maar niet voor de verzameling van de data. Dat heeft in een dergelijk geval de Opdrachtgever immers gedaan zodat het ook redelijk is dat de Opdrachtgever daar zelf voor verantwoordelijk is.

In artikel 2 wordt in de eerste plaats van de Leverancier geëist dat de bij het ontwikkelen van de Algoritmische toepassing gebruikte data zijn (verzameld), geanalyseerd, gestructureerd en/of bewerkt *volgens een gemotiveerde aanpak*. De gemeente beoogt daarmee te bewerkstelligen dat bij het (verzamelen), analyseren, structureren en bewerken van data een aanpak wordt gehanteerd die zoveel als mogelijk is gebaseerd op wetenschappelijke standaarden en andere in de praktijk bestaande standaarden.

Dat het (verzamelen), analyseren, structuren en bewerken van data overeenkomstig *een gemotiveerde aanpak* moet plaatsvinden heeft onder meer tot doel om zorg te dragen voor kwalitatief hoogstaande data. De kwaliteit van de gebruikte data kan cruciaal zijn voor de prestaties van een Algoritmische toepassing. Wanneer data worden verzameld, kunnen ze sociaal geconstrueerde vertekening, onnauwkeurigheden, fouten en vergissingen bevatten.⁷ De door Leverancier te nemen maatregelen moeten erop zijn gericht om dat te voorkomen.

Dat het (verzamelen), analyseren, structuren en bewerken van data overeenkomstig een gemotiveerde aanpak moet plaatsvinden heeft onder meer ook tot doel om "bias" (ongewenste vooringenomenheid) in de data zoveel als redelijkerwijs mogelijk te voorkomen. Wat een *ongewenste* vorm van vooringenomenheid is zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Van ongewenste vooringenomenheid is in ieder geval sprake indien die vooringenomenheid leidt of kan leiden tot een vorm van discriminatie die verboden is op grond van de toepasselijke wet- en regelgeving, waaronder in het bijzonder artikel 1 van de Grondwet.

In de gebruikte datasets (zowel voor training als voor werkzaamheden) kan sprake zijn van onbedoelde historische vertekening, onvolledigheid of slechte governance modellen. Als dergelijke vertekening wordt behouden, kunnen er onbedoelde (in)directe vooroordelen en discriminatie tegen bepaalde groepen of mensen ontstaan, waardoor vooroordelen en marginalisering bij het gebruik van de Algoritmische toepassing mogelijk worden versterkt.⁸ Aanwijsbare en discriminerende vertekening moet zo vroeg mogelijk door de Leverancier worden gesignaleerd en waar mogelijk worden verwijderd.

In artikel 2 wordt in verder van de Leverancier geëist dat de bij het ontwikkelen van de Algoritmische toepassing gebruikte data zijn (verzameld), geanalyseerd, gestructureerd en/of bewerkt *op een wijze die in overeenstemming is met toepasselijke wet- en regelgeving*. Met wet- en regelgeving wordt onder meer bedoeld op de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

Artikel 2.1 en artikel 2.2 gaan uit van de situatie dat een Algoritmische toepassing voor de Opdrachtgever wordt ontwikkeld. De Contractbepalingen kunnen echter ook van toepassing zijn in de situatie waarin een Algoritmische toepassing aan de Opdrachtgever wordt geleverd die al bestaat. In een dergelijk geval garandeert Leverancier in artikel 2.3 dat de in artikel 2.2 beschreven maatregelen reeds zijn genomen.

Artikel 3 Rechten op de data

- 3.1 Alle rechten met betrekking tot de data die in het kader van de Overeenkomst door de Opdrachtgever aan Leverancier worden verstrekt, komen toe aan de Opdrachtgever. Leverancier heeft niet het recht deze data te gebruiken voor andere doeleinden dan het uitvoeren van de Overeenkomst. Leverancier zal deze data op eerste verzoek van de Opdrachtgever vernietigen en/of tot afgifte van de data aan de Opdrachtgever overgaan.

⁷ Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence, EU High-Level Expert Group on AI, p. 21, te raadplegen via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

⁸ Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence, EU High-Level Expert Group on AI, p. 22, te raadplegen via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

- 3.2 Alle rechten met betrekking tot de data die in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst worden gecreëerd of verzameld, komen toe aan de Opdrachtgever. Tenzij Partijen anders overeenkomen, heeft Leverancier niet het recht deze data te gebruiken voor andere doeleinden dan het uitvoeren van de Overeenkomst. Leverancier zal deze data op eerste verzoek van de Opdrachtgever vernietigen en/of tot afgifte van de data aan de Opdrachtgever overgaan.
- 3.3 Afgifte van de in artikel 3.1 en 3.2 van deze Contractbepalingen bedoelde data vindt plaats in een door de Opdrachtgever aan te wijzen gangbaar bestandsformaat. Indien Leverancier voor het omzetten van de data naar het door de Opdrachtgever gewenste bestandsformaat aanvullende werkzaamheden dient te verrichten, zal de Opdrachtgever Leverancier hiervoor een redelijke vergoeding betalen. Een geschil over de hoogte van de door Opdrachtgever aan Leverancier te betalen vergoeding, kan voor Leverancier geen reden zijn om zijn verplichtingen uit deze Contractbepalingen op te schorten.
- 3.4 Op eerste verzoek van de Opdrachtgever zal Leverancier bewijs van vernietiging van de data verstrekken.

Toelichting:

Artikel 3 gaat over de rechten op de data. Voor partijen is van belang dat daar duidelijke afspraken over worden gemaakt. Ook omdat dat volgt uit de Principes Digitale Samenleving zoals vastgesteld door de leden van de VNG.⁹

Het is van belang om vast te stellen dat het niet mogelijk is om in goederenrechtelijke zin eigenaar te zijn van data. Het goederenrechtelijke eigendomsrecht beperkt zich namelijk tot voor "voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten" (Boek 3, Titel 1, Afdeling 1, artikel 2, BW). Vaak zullen op data ook geen intellectuele eigendomsrechten rusten. Bij het ontwikkelen van data zijn namelijk vaak geen creatieve keuzen gemaakt, zodat op data vaak geen auteursrechten rusten. Onder omstandigheden kan op een databank waarin data zijn opgenomen wel een databankenrecht rusten. Het databankenrecht beschermt echter slechts tegen hergebruik van de gehele databank of een substantieel deel daarvan. Niet tegen hergebruik van individuele data.

Het is om die reden zaak om contractueel afspraken te maken over de rechten en verplichtingen met betrekking tot data die worden uitgewisseld. Artikel 3 voorziet daarin, door afspraken te maken over het gebruik van de data, afgifte van de data en vernietiging van de data. In artikel 3 zijn geen andere afspraken gemaakt over geheimhouding omdat wordt verondersteld dat generieke voorwaarden over geheimhouding op een andere plek zijn opgenomen in de Overeenkomst waarvan de Contractbepalingen deel uitmaken. Als dat niet geval is, verdient het de voorkeur dat alsnog te doen.

In artikel 3 wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat de Opdrachtgever data aan de Leverancier verstrekt (artikel 3.1.) en de situatie dat de data in het kader van de Overeenkomst worden verzameld of gecreëerd (artikel 3.2). In beide gevallen vormt het uitgangspunt dat de rechten op de data uitsluitend toekomen aan de Opdrachtgever. Het verschil tussen artikel 3.1 en artikel 3.2 is dat in artikel 3.2 expliciet de mogelijkheid is opgenomen om van dat artikel af te wijken. De reden daarvoor is dat voorstelbaar is dat zich situaties voordoen waarin het gezien de aard van de gemaakte afspraken en de vertrouwelijkheid van de verzamelde data, redelijk en toelaatbaar is dat de Leverancier de verzamelde data ook mag gebruiken voor eigen doeleinden.

⁹ Zie: <https://vng.nl/nieuws/vng-leden-akkoord-met-principes-digitale-samenleving>.

In een dergelijk geval zou in de Overeenkomst bijvoorbeeld de volgende tekst kunnen worden opgenomen:

"In afwijking van artikel 3.2 van de Contractbepalingen komen Partijen overeen dat alle rechten met betrekking tot de data die in het kader van de uitvoering van de Overeenkomst worden gecreëerd of verzameld, toekomen aan Leverancier en de Opdrachtgever. Dat betekent dat zowel de Leverancier en de Opdrachtgever de data vrij kunnen gebruiken, ook voor doeleinden anders dan de uitvoering van de Overeenkomst. Indien en voor zover de Opdrachtgever niet zelf de beschikking heeft over een kopie van de data, zal Leverancier de data op eerste verzoek van de Opdrachtgever aan de Opdrachtgever verstrekken. Artikel 3.3 van de Contractbepalingen is van overeenkomstige toepassing."

Artikel 4 Kwaliteit van de Algoritmische toepassing

- 4.1 Leverancier verklaart dat de Algoritmische toepassing is of zal worden ontwikkeld en functioneert op een wijze die in overeenstemming is met wet- en regelgeving.
- 4.2 Leverancier verklaart dat de Algoritmische toepassing volgens een gemotiveerde aanpak is of zal worden ontwikkeld.
- 4.3 Leverancier verklaart dat de Algoritmische toepassing nauwkeurig en correct functioneert of zal functioneren.
- 4.2 Leverancier verklaart dat de Algoritmische toepassing geschikt is of geschikt zal zijn voor het Beoogde gebruik.

Toelichting:

Waar artikel 2 ziet op de kwaliteit van de data die wordt gebruikt bij de ontwikkeling van de Algoritmische toepassing, ziet artikel 4 op de kwaliteit van de van de Algoritmische toepassing zelf. In sommige gevallen waarin gebruik wordt gemaakt van een Algoritmische toepassing zal de kwaliteit van de Algoritmische toepassing nauw samenhangen met de kwaliteit van de bij de ontwikkeling gebruikte data. In dergelijke gevallen zullen artikel 2 en artikel 4 in samenhang moeten worden toegepast en mogelijk met elkaar overlappen.

In artikel 4.1 is bepaald dat een Algoritmische toepassing dient te zijn ontwikkeld en dient te functioneren op een wijze die *in overeenstemming is met wet- en regelgeving*. Welke wet- en regelgeving toepasselijk is zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. Bij het verwerken van persoonsgegevens zal de AVG van toepassing zijn. Uit artikel 4.1 kan in een dergelijk geval bijvoorbeeld voortvloeien dat anonimiseringstechnieken op een juiste wijze zijn toegepast en dat de Algoritmische toepassing in overeenstemming is met de regels rondom geautomatiseerde besluitvorming.

In artikel 4.2 is bepaald dat de Algoritmische toepassing *volgens een gemotiveerde aanpak* is ontwikkeld. De gemeente beoogt daarmee te bewerkstelligen dat, net als bij het gebruik van de data, ook bij de andere aspecten van de ontwikkeling en toepassing van de Algoritmische toepassing een gemotiveerde aanpak wordt gehanteerd, die zoveel als mogelijk is gebaseerd op wetenschappelijke standaarden en andere in de praktijk bestaande standaarden.

De gemeente beoogt in artikel 4.3 een bepaalde kwaliteitseis aan de Algoritmische toepassing te stellen; de Algoritmische toepassing mag geen gebreken hebben en dient de output te leveren die de Algoritmische toepassing behoort te leveren. Dat betekent onder meer dat de Algoritmische toepassing het vermogen moet hebben om correcte afwegingen te maken, bijvoorbeeld door informatie in de juiste categorieën in te delen, of op het vermogen ervan om correcte voorspellingen of aanbevelingen te doen of beslissingen te nemen op basis van gegevens of modellen.¹⁰ Ook betekent dat de Algoritmische toepassing veilig en zeker moet zijn. De toepassing moet technisch robuust zijn en Leverancier moet er voor zorgdragen dat de Algoritmische toepassing geen ruimte biedt voor kwaadwillig gebruik.¹¹

In artikel 4.4 is bepaald dat de Algoritmische toepassing geschikt dient te zijn voor het *Beoogde gebruik*. Zoals bij de definitie van de term “Beoogde gebruik” is toegelicht, wordt daarmee bedoeld op de geschiktheid voor het oplossen van de voorafgaand aan het gebruik van de Algoritmische toepassing gedefinieerde probleem of problemen.

Artikel 5 Transparantie over de Algoritmische toepassing

- 5.1 Leverancier zal op eerste verzoek van de Opdrachtgever aan de Opdrachtgever Procedurele transparantie verschaffen. De Opdrachtgever heeft het recht om de in dat kader door Leverancier verstrekte informatie met derden te delen en openbaar te maken. Op verzoek van de Opdrachtgever zal Leverancier een door de Opdrachtgever aan te wijzen register voor Algoritmische toepassingen invullen.
- 5.2 Leverancier zal op eerste verzoek van de Opdrachtgever aan de Opdrachtgever Technische transparantie verschaffen om de Opdrachtgever in staat te stellen een Audit uit te voeren als bedoeld in artikel 8 van deze Contractbepalingen. De Opdrachtgever zal dergelijke informatie uitsluitend opvragen en gebruiken indien en voor zover dat noodzakelijk is voor de toepassing van artikel 8 van deze Contractbepalingen. De Opdrachtgever zal op grond van artikel 5.2 van deze Contractbepalingen aan haar verstrekte bedrijfsvertrouwelijke informatie geheimhouden en na afloop van een Audit als bedoeld in artikel 8 van deze Contractbepalingen vernietigen, tenzij een op de Opdrachtgever rustende wettelijke verplichting zich tegen geheimhouding of vernietiging verzet of de Opdrachtgever de informatie nodig heeft in het kader van een geschil met Leverancier of een derde.
- 5.3 Bij de toepassing van artikel 5.2 van deze Contractbepalingen kan Leverancier ervoor kiezen om de broncode van de Algoritmische toepassing niet af te geven aan de Opdrachtgever, maar aan een door de Opdrachtgever aan te wijzen en in te schakelen onafhankelijke derde die namens de Opdrachtgever de in artikel 8 van deze Contractbepalingen bedoelde Audit zal uitvoeren. Eventuele meerkosten die daaruit voortvloeien komen voor rekening van Leverancier. De Opdrachtgever kan van Leverancier eisen dat een voorschot wordt betaald in verband met de kosten van de onafhankelijke derde.

¹⁰ Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence, EU High-Level Expert Group on AI, p. 21, te raadplegen via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

¹¹ Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence, EU High-Level Expert Group on AI, p. 15, te raadplegen via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

- 5.4 De Opdrachtgever dient te allen tijde de mogelijkheid te hebben om de werking van de Algoritmische toepassing uit te leggen (Uitlegbaarheid). Leverancier is verplicht aan het Uitlegbaar maken van de Algoritmische toepassing zijn volledige medewerking te geven en alle daarvoor benodigde informatie aan de Opdrachtgever te verstrekken. De Opdrachtgever heeft het recht om de in dat kader door Leverancier verstrekte informatie met derden te delen en openbaar te maken.
- 5.5 Gedurende de looptijd van de Overeenkomst vormen de in artikel 5 van deze Contractbepalingen beschreven verplichtingen resultaatsverplichtingen en is de Opdrachtgever, tenzij Partijen anders overeenkomen, voor het nakomen van deze verplichtingen geen aanvullende vergoeding verschuldigd aan Leverancier. Na de looptijd van de Overeenkomst vormen de in artikel 5 van deze Contractbepalingen beschreven verplichtingen inspanningsverbintenissen en is de Opdrachtgever voor de in dat kader door Leverancier te verrichten werkzaamheden een redelijke vergoeding verschuldigd.
- 5.6 Indien sprake is van een overlap tussen de informatie die wordt verstrekt op basis van de verschillende leden van artikel 5 van deze Contractbepalingen, staat het de Opdrachtgever steeds vrij om te kiezen welk lid van artikel 5 van deze Contractbepalingen Opdrachtgever zal toepassen.

Toelichting:

In artikel 5 van de Contractbepalingen wordt een onderscheid gemaakt tussen Procedurele transparantie, Technische transparantie en Uitlegbaarheid. In de definities en de toelichting bij de definities is nader toegelicht hoe deze begrippen moeten worden uitgelegd.

De gedachte om een onderscheid te maken tussen Procedurele transparantie, Technische transparantie en Uitlegbaarheid is mede geïnspireerd op de Bijlage bij de Kamerbrief van Minister Dekker van 8 oktober 2019¹² waarin een onderscheid is gemaakt tussen Technische transparantie en Uitlegbaarheid. Met de introductie van Procedurele Transparantie is een tussencategorie toegevoegd die de gemeente de mogelijkheid moet bieden om relevante informatie over de Algoritmische toepassing openbaar te maken zonder daarbij de belangen van Leverancier op buitenproportionele wijze te schaden.

In artikel 5.1 is bepaald dat de Leverancier op eerste verzoek van de Opdrachtgever Procedurele transparantie zal verschaffen. Dat betekent dat de Leverancier er steeds voor zal moeten zorgdragen dat de informatie die binnen de definitie van Procedurele Transparantie valt door Leverancier wordt gedocumenteerd zodat de Leverancier de informatie kan delen met de Opdrachtgever indien de Opdrachtgever daarom verzoekt.

In tegenstelling tot de informatie die wordt gedeeld in het kader van het verschaffen van Technische transparantie, geldt dat de Opdrachtgever vrij is om de informatie die in het kader van het verschaffen van Procedurele transparantie wordt verstrekt, openbaar te maken en te delen met derden. Achterliggende gedachte daarbij is dat de informatie die wordt verstrekt in het kader van het verschaffen van Technische transparantie in veel gevallen slechts een beperkte mate van bedrijfsvertrouwelijke informatie zal bevatten en dat de informatie voor de gemeente van wezenlijk belang is om zich te kunnen verantwoorden voor het gebruik van een Algoritmische toepassing ten opzichte van burgers.

¹² Waarborgen tegen risico's van data-analyses door de overheid, TK 2019/ 26643-641 te raadplegen via <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/amendementen/detail?id=2019Z19084&did=2019D39751>.

De gemeente is als Opdrachtgever vrij om te bepalen op welke wijze zij de informatie die wordt verstrekt in het kader van het verschaffen van Procedurele transparantie openbaar maakt. Denkbaar is dat de gemeente een register ontwikkelt en online toegankelijk maakt waarin per Algoritmische toepassing bepaalde informatie is te raadplegen voor burgers. Indien de Opdrachtgever daarom verzoekt, zal Leverancier een dergelijk register invullen.

In artikel 5.2 is bepaald dat de Leverancier op eerste verzoek van de Opdrachtgever Technische transparantie zal verschaffen. Waar Procedurele transparantie tot doel heeft om de gemeente de gelegenheid te bieden om te informeren en op die wijze verantwoording af te leggen voor het gebruik van een Algoritmische toepassing, heeft artikel 5.2 tot doel om de gemeente in staat te stellen om tijdens een audit te controleren of Leverancier zijn verplichtingen onder de Contractbepalingen naleeft. Artikel 5.2 is daarom gekoppeld aan artikel 8.

Omdat in veel gevallen de informatie die wordt verstrekt bij het verschaffen van Technische transparantie bedrijfsvertrouwelijk zal zijn, bevat artikel 5.2 de verplichting voor de Opdrachtgever om deze informatie geheim te houden en na afloop van de audit weer te vernietigen. Deze verplichting is in zoverre beperkt dat geen verplichting tot geheimhouding of vernietiging bestaat indien een op de Opdrachtgever rustende wettelijke verplichting zich tegen geheimhouding of vernietiging verzet of de Opdrachtgever de informatie nodig heeft in het kader van een geschil met Leverancier of een derde.

Om de belangen van Leverancier verder te beschermen is in artikel 5.3 bepaald dat de Leverancier ervoor kan kiezen om de broncode van de Algoritmische toepassing niet af te geven aan de Opdrachtgever maar aan een door de Opdrachtgever aan te wijzen onafhankelijke derde die namens de Opdrachtgever de audit zal uitvoeren en in dat kader de broncode van de Algoritmische toepassing zal analyseren. Als de Leverancier van dit recht gebruik wil maken, komen de eventuele meerkosten die daaruit voortvloeien voor zijn rekening.

Artikel 5.4 ziet op het Uitlegbaar maken van de Algoritmische toepassing. Artikel 5.4 is erop gericht dat de gemeente zich ten opzichte van een individu of groep aan individuen kan verantwoorden voor de Besluiten die over hen worden genomen. Artikel 5.4 bepaalt dat de Opdrachtgever te allen tijde de mogelijkheid dient te hebben om de werking van de Algoritmische toepassing uit te leggen en dat Leverancier verplicht is aan het Uitlegbaar maken van de Algoritmische toepassing zijn volledige medewerking te geven en alle daarvoor benodigde informatie aan de Opdrachtgever te verstrekken. De Opdrachtgever heeft het recht om de in dat kader door Leverancier verstrekte informatie met derden te delen en openbaar te maken.

Artikel 5.4 vormt een ondergrens: de gemeente dient altijd vrij te kunnen beschikken over ten minste de informatie die de gemeente nodig heeft om een Algoritmische toepassing Uitlegbaar te kunnen maken.

De verplichting tot het Uitlegbaar maken van de werking van een Algoritmische toepassing is mede gebaseerd op verschillende uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS).¹³ Uit die uitspraken volgt dat als een bestuursorgaan een bestuursrechtelijk besluit neemt met hulp van een Algoritmische toepassing, het Bestuursorgaan uit moet kunnen leggen op welke wijze een Algoritmische toepassing tot een bepaalde uitkomst is gekomen.

¹³ Zie onder meer: ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454.

Tevens zal het Bestuursorgaan de wederpartij de gelegenheid moeten bieden om de werking van de Algoritmische toepassing te kunnen beoordelen, zodat aan de wederpartij reële rechtsbescherming kan worden geboden. Door van de Leverancier te eisen dat wordt meegewerkt aan het Uitlegbaar maken van de Algoritmische toepassing wil de gemeente aan die verplichtingen kunnen voldoen.

Verder vloeit de wens van de werking van een Algoritmische toepassing Uitlegbaar te maken ook voort uit de Principes Digitale Samenleving zoals vastgesteld door de leden van de VNG.¹⁴

Het is in veel gevallen waarschijnlijk dat er overlap is tussen de informatie die wordt verstrekt bij het verschaffen van Procedurele transparantie, het verschaffen van Technische transparantie en het Uitlegbaar maken van een Algoritmische toepassing. In artikel 5.6 is daarom bepaald dat als dat het geval is, de Opdrachtgever steeds het voor haar meest aantrekkelijke regime mag kiezen. Daarmee moet bijvoorbeeld worden voorkomen dat de Leverancier met een beroep op artikel 5.2 of artikel 5.3 kan voorkomen dat de gemeente een Algoritmische toepassing Uitlegbaar kan maken.

Is bepaalde informatie dus zowel onderdeel van het begrip Technische transparantie, als nodig om een Algoritmische toepassing Uitlegbaar te maken, dan staat het de gemeente als Opdrachtgever vrij om de betreffende informatie openbaar te maken en met derden te delen.

Artikel 6 Risicomanagementstrategie bij ontwikkeling van de Algoritmische toepassing

- 6.1 Bij de ontwikkeling van de Algoritmische toepassing zal Leverancier een gangbare en up-to-date risicomanagementstrategie hanteren die passend is voor de aard van de Algoritmische toepassing. Bij het toepassen van deze risicomanagementstrategie zal Leverancier de belangrijkste risico's identificeren die zich kunnen voordoen bij het gebruik van de Algoritmische toepassing door de Opdrachtgever en maatregelen treffen teneinde de geïdentificeerde risico's beheersbaar te maken. Bij het identificeren van de risico's zal Leverancier indien relevant in ieder geval aandacht besteden aan het risico dat niet wordt voldaan aan één of meer van de verplichtingen genoemd in artikel 2 en artikel 4 van deze Contractbepalingen, risico's die verband houden met discriminatie, de mogelijkheid voor de Opdrachtgever om controle te houden over de Algoritmische toepassing en gegevensbescherming.
- 6.2 Leverancier zal de in artikel 6.1 van deze Contractbepalingen beschreven risicomanagementstrategie op dusdanige wijze uitvoeren en documenteren dat de tijdens de in artikel 8 van deze Contractbepalingen bedoelde Audit kan controleren of Leverancier aan de in artikel 6.1 van deze Contractbepalingen beschreven verplichting heeft voldaan.
- 6.3 Indien en voor zover Leverancier de Algoritmische toepassing voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst heeft ontwikkeld, staat Leverancier ervoor in dat de in artikel 6.1 en artikel 6.2 van deze Contractbepalingen beschreven handelingen reeds hebben plaatsgevonden. Op eerste verzoek van de Opdrachtgever zal Leverancier daarvan bewijs aanleveren.

¹⁴ Zie: <https://vng.nl/nieuws/vng-leden-akkoord-met-principes-digitale-samenleving>.

Toelichting:

Voor de gemeente is van belang dat bij de ontwikkeling van de Algoritmische toepassing de eventuele risico's die zich bij gebruik van de Algoritmische toepassing kunnen voordoen worden geïdentificeerd en dat maatregelen worden getroffen teneinde de geïdentificeerde risico's beheersbaar te maken. Artikel 6 verplicht de Leverancier tot het uitvoeren van een dergelijke risicomanagementstrategie.

De te hanteren risicomanagementstrategie dient gangbaar en up-to-date te zijn. In veel gevallen zal het COSO-raamwerk als startpunt kunnen dienen.¹⁵ Dit raamwerk beschrijft een algemene aanpak voor risicomanagement. Daarnaast zijn er verschillende modellen ontwikkeld of in ontwikkeling die voorschrijven hoe met de specifieke risico's om moet worden gegaan bij de ontwikkeling van een Algoritmische toepassing.

In Ethics Guidelines for Trustworthy AI van de door de Europese Commissie opgerichte High-Level Expert Group on Artificial Intelligence is een (concept) controlelijst voor betrouwbare AI opgenomen met vragen die de ontwikkelaar van Algoritmische toepassingen zichzelf als onderdeel van een risicomanagementstrategie kunnen stellen.¹⁶

De te hanteren risicomanagementstrategie dient passend te zijn voor de aard van de Algoritmische toepassing. Daarmee is bedoeld dat een Algoritmische toepassing die ingezet wordt in een situatie waarin de inbreuk op de rechten van burgers in potentie groter kan zijn, aan een intensievere risicomanagementstrategie zal moeten worden onderworpen dan een Algoritmische toepassing die wordt ingezet in een situatie waarin dat niet het geval is.

Kan het gebruik van de Algoritmische toepassing mogelijk leiden tot de schending van mensenrechten, dan zal ook dat onderwerp van de risicomanagementstrategie moeten zijn.

Onder de vlag van de Raad van Europa is in december 2019 een conceptaanbeveling gepubliceerd over de impact van Algoritmische toepassingen op mensenrechten.¹⁷ In het document wordt overheden en bedrijven die gebruikmaken van Algoritmische toepassingen geadviseerd tot het uitvoeren van een *Human rights impact assessment*. In de hiervoor genoemde (concept) controlelijst voor betrouwbare AI van de High-Level Expert Group on Artificial Intelligence wordt veel aandacht besteed aan het voorkomen van mensenrechtenschendingen.

Artikel 6 is gekoppeld aan de definitie van Procedurele transparantie en komt ook in artikel 8 terug. Dat heeft tot gevolg dat de uitkomsten van een uitgevoerde risicomanagementstrategie in de vorm van een verzoek tot het verschaffen van Procedurele transparantie aan de Opdrachtgever ter beschikking moeten worden gesteld. Bovendien heeft de Opdrachtgever de mogelijkheid om tijdens een audit te toetsen of een risicomanagementstrategie op de juiste wijze is uitgevoerd. Om die reden is in artikel 6.2 bepaald dat de uitvoering van een risicomanagementstrategie zal moeten worden gedocumenteerd.

¹⁵ Zie <https://www.coso.org/Pages/erm-integratedframework.aspx>.

¹⁶ Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence, EU High-Level Expert Group on AI, p. 32, te raadplegen via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

¹⁷ Addressing the impacts of Algorithms on Human Rights, Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, te raadplegen via <https://rm.coe.int/draft-recommendation-of-the-committee-of-ministers-to-states-on-the-hu/168095eefc>.

Artikel 6 neemt als uitgangspunt dat de Algoritmische toepassing wordt ontwikkeld in opdracht van de Opdrachtgever. Voor het geval sprake is van een andersoortige overeenkomst, bepaalt artikel 6.3 dat indien en voor zover Leverancier de Algoritmische toepassing voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst reeds in eigen beheer heeft ontwikkeld, Leverancier ervoor instaat dat de uitvoering van een risicomanagementstrategie reeds heeft plaatsgevonden.

Artikel 7 Beheer van de Algoritmische toepassing

- 7.1 Indien de ICT-prestatie als een dienst wordt geleverd en het beheer en onderhoud van de Algoritmische toepassing onderdeel uitmaakt van die ICT-prestatie, staat Leverancier ervoor in dat de Algoritmische toepassing en de daarbij behorende documentatie gedurende de looptijd van de Overeenkomst aan de in artikel 4 van deze Contractbepalingen genoemde Contractbepalingen blijft voldoen.
- 7.2 Indien de ICT-prestatie als een dienst wordt geleverd en het beheer en onderhoud van de Algoritmische toepassing onderdeel uitmaakt van die ICT-prestatie, maakt onderdeel van de door Leverancier te leveren ICT-prestatie uit dat Leverancier gedurende de looptijd van de Overeenkomst continue zal monitoren of de in artikel 6.1 van deze Contractbepalingen bedoelde risico's nog actueel zijn en of de in artikel 6.1 van deze Contractbepalingen bedoelde maatregelen effectief zijn. Indien dat niet het geval blijkt te zijn, zal Leverancier aanvullende maatregelen treffen.
- 7.3 Onderdeel van de in artikel 7.2 van deze Contractbepalingen bedoelde verplichting is dat Leverancier zal informeren indien nieuwe risico's bekend worden of de in artikel 6.1 van deze Contractbepalingen bedoelde maatregelen niet effectief blijken te zijn.

Toelichting:

Artikel 7 ziet op de situatie dat de ICT-prestatie als een dienst door Leverancier wordt geleverd en het beheer en onderhoud van de Algoritmische toepassing onderdeel uitmaakt van die ICT-prestatie.

In artikel 7 is bepaald dat zolang de contractuele relatie tussen de Leverancier en de Opdrachtgever voortduurt, Leverancier ervoor zal moeten blijven zorgdragen dat de Algoritmische toepassing aan de kwaliteitseisen uit artikel 4 blijft voldoen. Ook zal de Opdrachtnemer, als onderdeel van zijn dienstverlening, moeten blijven monitoren of de in artikel 6.1 bedoelde risico's nog actueel zijn en of de in artikel 6.1 bedoelde maatregelen effectief zijn. Indien dat niet het geval blijkt te zijn, zal de Leverancier aanvullende maatregelen moeten treffen.

Op deze wijze is gewaarborgd dat zolang de contractuele relatie tussen de Leverancier en de Opdrachtgever voortduurt, het uitvoeren van de risicomanagementstrategie een taak van de Leverancier blijft.

Zoals hiervoor al is aangegeven is onder de vlag van de Raad van Europa een conceptaanbeveling gepubliceerd over de impact van Algoritmische toepassingen op mensenrechten.¹⁸ In het document wordt beschreven dat bij gebruik van Algoritmische toepassingen die (mogelijk) mensenrechtenschendingen tot gevolg kunnen hebben continue sprake moet van "ongoing review".

Van belang is dat artikel 7 niet van toepassing is indien Leverancier uitsluitend een Algoritmische toepassing in opdracht van de Opdrachtgever ontwikkelt en daarna de contractuele relatie tussen de Opdrachtgever en de Leverancier eindigt. In een dergelijk geval zal de Opdrachtgever zelf moeten voorzien in de voortdurende evaluatie van de Algoritmische toepassing. Met de mogelijkheid tot het verkrijgen van Procedurele transparantie en Technische transparantie en het Uitlegbaar maken van een Algoritmische toepassing kunnen deze Contractbepalingen tot op een bepaalde hoogte in de daarvoor benodigde informatie voorzien. Niet alle gevallen zal deze informatie evenwel afdoende zijn. Het is aan de Opdrachtgever daarover zo nodig aanvullende afspraken te maken.

Artikel 8 Audit of andersoortige controle

- 8.1 Leverancier is te allen tijde verplicht om mee te werken aan een door of namens de Opdrachtgever uit de voeren Audit of andersoortige controle waarin wordt beoordeeld of Leverancier de in deze Contractbepalingen afgesproken Contractbepalingen naleeft. Deze medewerking ziet onder meer op het geven van Technische transparantie, het geven van Procedurele transparantie, het inzicht geven in de uitgevoerde risicomanagementstrategie, het beschikbaar stellen van personeel van Leverancier voor het houden van interviews en het geven van toegang tot de locaties van Leverancier.
- 8.2 De Opdrachtgever zal een Rapport op (laten) stellen waarin de conclusies van de Audit worden vastgelegd. In het Rapport zal de Opdrachtgever vastleggen in hoeverre Leverancier de verplichtingen uit deze Contractbepalingen naleeft. Indien de Opdrachtgever vaststelt dat Leverancier de verplichtingen van deze Contractbepalingen niet juist naleeft, is Leverancier verplicht om binnen de door de Opdrachtgever Rapport vastgestelde redelijke termijn de in het Rapport constateerde gebreken te verhelpen. Herstelt Leverancier de in het Rapport geconstateerde gebreken niet binnen de door de Opdrachtgever gestelde hersteltermijn, dan verkeert Leverancier van rechtswege in verzuim.
- 8.3 De Opdrachtgever heeft het recht de conclusies van het in artikel 8.2 bedoelde Rapport openbaar te maken. Bij strijdigheid tussen artikel 5.2 en artikel 8.3 heeft artikel 8.3 voorrang.
- 8.4 De Opdrachtgever heeft het recht om maximaal één keer per kalenderjaar een Audit uit te (laten) voeren.
- 8.5 De Opdrachtgever kan besluiten de Audit (gedeeltelijk) te laten uitvoeren door een onafhankelijke auditor.

¹⁸ Addressing the impacts of Algorithms on Human Rights, Draft Recommendation of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, te raadplegen via <https://rm.coe.int/draft-recommendation-of-the-committee-of-ministers-to-states-on-the-hu/168095eefc>.

- 8.6 De kosten van de eventueel door de Opdrachtgever in te schakelen auditor komen voor rekening van de Opdrachtgever. Voor eventuele kosten die Leverancier in het kader van de Audit zal maken voor andere werkzaamheden dan het verstrekken van Technische transparantie of Procedurele transparantie, zal de Opdrachtgever Leverancier een redelijke vergoeding betalen. Een geschil over de hoogte van een dergelijke vergoeding kan voor Leverancier nooit reden zijn om zijn verplichtingen uit deze Contractbepalingen op te schorten. Een dergelijke vergoeding hoeft de Opdrachtgever niet te betalen indien uit de het Rapport blijkt dat Leverancier deze Contractbepalingen op wezenlijke punten niet naleeft of heeft nageleefd.

Toelichting:

Artikel 8 bevat een auditregeling die de Opdrachtgever de mogelijkheid moet bieden om te controleren of Leverancier de Contractbepalingen naleeft. Artikel 8.1 verplicht Leverancier daar zijn medewerking aan te verlenen.

De conclusies van een audit zullen steeds vast worden gelegd in een rapport. Indien de Opdrachtgever vaststelt dat Leverancier de verplichtingen uit dit artikel niet naleeft, is Leverancier verplicht om binnen de door de Opdrachtgever in het rapport vastgestelde redelijke termijn de door de Opdrachtgever constateerde gebreken te verhelpen. Herstelt Leverancier de door de Opdrachtgever geconstateerde gebreken niet binnen de in het rapport vastgelegde hersteltermijn, verkeert Leverancier van rechtswege in verzuim.

De Opdrachtgever heeft het recht om de conclusies van het rapport openbaar te maken, bijvoorbeeld om die informatie toe te voegen aan de informatie die is opgenomen in een register. Dat kan betekenen dat de Opdrachtgever ook informatie openbaar maakt die is verstrekt in het kader van het verschaffen van Technische transparantie. Om te voorkomen dat Leverancier dat openbaarmaking onmogelijk probeert te maken door in een dergelijk geval een beroep te doen op artikel 5.2, bepaalt artikel 8.3 dat artikel 8.3 in een dergelijk geval voorrang heeft en dat Leverancier dus nooit kan verhinderen dat de conclusies van het rapport openbaar worden gemaakt.

Artikel 9 Kosten

- 9.1 Tenzij Partijen anders overeenkomen of in Contractbepalingen uitdrukkelijk anders is bepaald, is de Opdrachtgever voor de werkzaamheden die voortvloeiden geen aanvullende vergoeding verschuldigd aan Leverancier.

Toelichting:

Tenzij Partijen anders overeenkomen of in Contractbepalingen uitdrukkelijk anders is bepaald, is de Opdrachtgever voor de werkzaamheden die voortvloeiden Contractbepalingen geen aanvullende vergoeding verschuldigd aan Leverancier. Als Partijen daarvan af wensen te wijken, zullen zij dat in de Overeenkomst moeten vastleggen.