



Staatscommissie rechtsstaat

Turfmarkt 147 2511 DP Den Haag

Info@staatscommissierechtsstaat.nl

Prof. mr. dr. Reijer Passchier

Hoogleraar Digitalisering en de democratische rechtsstaat

UD staats- en bestuursrecht (UL)

w. <https://www.ou.nl/en/zoek-medewerker#!user/RP1>

e: reijer.passchier@ou.nl

Heerlen, 16 juli 2023

Betreft: **Gevolgen van digitalisering voor de constitutionele borging van de democratische rechtsstaat**

Geachte prof. dr. H.R.B.M. Kummeling, mr. F. Çapkurt en overige leden van de staatscommissie rechtsstaat,

Graag ga ik in op de uitnodiging van mr. Çapkurt om u te schrijven over de gevolgen van digitalisering voor de constitutionele borging van de democratische rechtsstaat. Die gevolgen zijn groot en ernstig, zo zal ik aanstonds betogen. Cruciaal is echter om digitalisering allereerst adequaat te conceptualiseren.

Digitalisering is wat mij betreft namelijk veel meer dan alleen de instrumentele of technische aangelegenheid waar zij vaak voor wordt gehouden: digitalisering een 'sociotechnologische' ontwikkeling waarbij technieken voor het gebruik, de opslag, de verwerking en de uitwisseling van numerieke gegevens steeds geavanceerder worden en steeds meer en intensiever interacteren met fysieke technologie, sociaal-culturele instituties en het denken en doen van individuele burgers. Zelf heb ik weinig met veelgebruikte concepten als de 'digitale overheid', 'digitale diensten' of 'digitale markten'. Hooguit hebben wij een 'digitaliserende overheid', 'digitaliserende markten' enzovoort. Zelfs het internet of 'cyberspace' kunnen niet worden begrepen en verklaard buiten de bredere maatschappelijke context waarin deze fenomenen betekenis krijgen en verandering bewerkstelligen.

DWAAG UIT

visiting address: Valkenburgerweg 177 Heerlen

postal address: P.O. Box 2960 6401 DL Heerlen The Netherlands

T +31 45 576 22 22



Daarnaast is het mijns inziens belangrijk om te constateren dat digitalisering, anders dan sommige commentatoren suggereren of vanuit lijken te gaan, niet plaatsvindt in een 'neutraal' historisch-institutioneel vacuüm: zij is in plaats daarvan zowel *een reflectie als een katalysator van lange-termijn maatschappelijke verhoudingen en veranderingen*. Ontwikkelingen die vanuit democratisch-rechtsstatelijk oogpunt reeds in de goede richting gingen, gaan met de digitalisering van de maatschappij wellicht nóg beter. Tegelijkertijd zorgt digitalisering er zonder doortastende tegenmaatregelen voor dat lange-termijn maatschappelijke vraagstukken zich verdiepen. Ikzelf denk daarbij vooral aan de bestendinging en verdere *concentratie van sociale, politieke en economische macht* in de handen van overheden ('Big Government') en enkele zeer grote private ondernemingen ('Big Tech') – en de dramatische gevolgen die dat heeft voor de *constitutionele structuren* waar de democratische rechtsstaat op rust.

Met 'constitutionele structuren' bedoel ik hier ons staatsbestel in de breedste zin van dat woord: de juridische en niet-juridische institutionele verhoudingen binnen de staat en zijn supranationale verbanden alsmede de institutionele verhoudingen tussen enerzijds de staat en zijn supranationale verbanden en anderzijds burgers, bedrijven en andere private organisaties. Elke hedendaags land heeft constitutionele structuren. 'Materiële' democratische en rechtsstatelijke waarden als privacy, de vrijheid van meningsuiting en klimaat kunnen echter alleen tot bloei komen in een constitutionele orde waarin: (1) een evenwicht der machten heerst tussen de verschillende onderdelen van de staat (*trias politica*); (2) verschillende staatsmachten elkaar effectief kunnen controleren en ter verantwoording kunnen roepen (*checks & balances*); (3) staatsmachten voldoende zijn gebonden aan recht en regelmaat (*legaliteit*); en (4) de staat als geheel voldoende vermogen heeft om op autonome wijze wet- en regelgeving vast te stellen en die vervolgens ook met kracht te handhaven (*soevereiniteit*).

Deze constitutionele structuren (of 'structurele' democratisch-rechtsstatelijke waarden) stonden al zeker sinds de Tweede Wereldoorlog onder toenemende druk, vooral doordat ontwikkelingen als de opkomst van de verzorgingsstaat, veiligheidsstaat, *regulatory state* en de 'hyperglobalisering'¹ van de economie hebben gezorgd voor enorme, moeilijk te beheersen machtsconcentraties in de vorm van gigantische overheidsapparaten en enkele zeer grote internationale bedrijven. De huidige digitalisering reflecteert deze ontwikkeling en vergroot de constitutionele problemen en democratisch-rechtsstatelijke risico's die daaruit voortvloeien. Zij verzwakt, in andere woorden, het reeds wankelende constitutionele fundament van de democratische rechtsstaat en maakt het voor constitutionele instituties en actoren steeds moeilijker om concrete rechtsstatelijke, democratische en mensenrechtelijke idealen effectief te beschermen en/of te verwezenlijken.

¹ D. Rodrick, *The Globalization Paradox: Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist*, Oxford: Oxford University Press 2011.



In deze brief werk ik dit 'historisch-constitutionele' perspectief² op digitalisering relatief beknopt uit. Ook zal ik enkele tegenmaatregelen suggereren die de staatscommissie zou kunnen meenemen in haar onderzoek. Voor een uitgebreide analyse, gedetailleerde bronvermeldingen en verdere onderbouwing verwijz ik u naar mijn boek *Artificiële Intelligentie en de Rechtsstaat*³, mijn artikel 'Big Tech vs de soevereiniteit van democratische wetgevers'⁴ en mijn boek *Digitalisering als feodaliserings op steroïden: een historisch-constitutioneel perspectief op Big Tech* dat naar mijn verwachting volgend jaar bij Boom juridisch zal verschijnen.⁵

Digitalisering en de disbalans in de trias politica

Overweeg allereerst dat de huidige digitalisering in hoge mate zowel een reflectie als een katalysator is van asymmetrische machtsverhoudingen binnen de staat en falende *checks* tussen de verschillende staatsmachten (*trias politica*). Het evenwicht der machten binnen de trias politica stond al langere tijd onder druk. Sinds ongeveer de Tweede Wereldoorlog zijn de omvang, bevoegdheden, financiële mogelijkheden en discretionaire macht van de uitvoerende macht (alles wat onder de regering valt) enorm toegenomen, met name in het kader van de verzorgingsstaat, de *regulatory state* (sinds de jaren '50), de veiligheidsstaat (sinds 11 september 2001) en de hygiënestaat (sinds corona).⁶ Het controlerende vermogen van de rechtelijke en wetgevende macht zijn bij die ontwikkeling achtergebleven. Vooral voor de Eerste en Tweede Kamer (die qua omvang, capaciteit en formele bevoegdheden sinds 1957 nagenoeg onveranderd bleven) werd het de afgelopen decennia steeds moeilijker om te fungeren als volwaardige samenwerkingspartners en tegenmachten van de regering. Met de digitalisering van de overheid dreigt de machtsbalans binnen de trias politica verder verstoord te raken.

Ten minste drie factoren spelen daarbij een rol.

- a. *Wederom profiteert vooral de uitvoerende macht.* Met name het overheidsbestuur is in de positie om digitale technologie grootschalig en effectief op te nemen in zijn processen. Denk daarbij aan de automatisering van besluitvormingsprocessen bij de belastingdienst en het UWV en de inzet van geavanceerde AI bij de opsporing van risico's, fraude en andere

² R. Passchier & M. Stremmer, '[Sitting at the Same Table: a cross-disciplinary 'constitutional-institutionalist' approach to the study of constitutions](#)', *International Journal of Law in Context*, 19(2), pp. 255-271.

³ R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat: over schuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

⁴ R. Passchier, '[Big Tech vs. de soevereiniteit van democratische wetgevers: Naar een neofeodalisme 2.0?](#)', In: Schlössels R.J.N., Sillen J.J.J. & Tinnevelt R.B.J. (Eds.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Staat en Recht no. 55 Deventer: Wolters Kluwer, pp. 335-351.

⁵ Zie voor een voorproefje: R. Passchier, '[De juridische code van Big Tech – Big Tech is veel minder 'tech' dan je denkt](#)', *Nederlandrechtsstaat.nl*, 5 april 2023. En R. Passchier, '[Big tech vraagt om een breder rechtsstaatsbegrip](#)', *Nederlandrechtsstaat.nl*, 2 oktober 2020.

⁶ R. Passchier & W.J.M. Voermans, '[The Administrative State en de noodzaak van constitutioneel onderhoud](#)', In: Verboeket L.W., Brink J.E. van den, Drahmman A., Jacobs M.J. & Ortlep R. (Eds.), *Bestuursrecht in het echt: vriendenbundel voor Prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer, pp. 383-400. Zie eventueel ook: <https://www.youtube.com/watch?v=4rWADompvfk&t=214s>



criminaliteit. De rechterlijke macht en de Staten-Generaal hebben, mede vanwege hun relatief geringe omvang en budget, veel minder mogelijkheden om met digitale technologie hun voordeel te doen. Ook is hun kennispositie op technologisch gebied (vooralsnog) veel zwakker. De rechterlijke macht en het parlement blijven vooralsnog dan ook ver achter bij de mate waarin – en het niveau waarop – de uitvoerende macht van digitale technologie gebruik weet te maken. Zeker de Staten-Generaal lopen, ondanks de oprichting van een speciale commissie voor 'Digitale zaken' enkele jaren gelden, relatief zeer ver achter op het vlak van digitalisering.

- b. *Toenemende ondoorzichtigheid.* De uitvoerende macht was reeds technisch en relatief gesloten. Met digitalisering neemt het 'black box-karakter' van overheidsprocessen verder toe. De werking van digitale systemen is namelijk (1) vaak niet transparant of zelfs geheim; (2) niet te begrijpen voor de meeste rechters, Kamerleden en andere controleurs; en/of (3) überhaupt niet uitlegbaar aan de meeste mensen. Naarmate digitalisering voortschrijdt wordt het daardoor voor rechters, Kamerleden en anderen nóg moeilijker om de uitvoerende macht effectief te controleren dan dat al was.
- c. *Toenemende complexiteit.* Digitale technologie maakt het gemakkelijker en aantrekkelijker voor overheidsorganen om met elkaar en met private partijen informatie uit te wisselen. Daardoor nemen overheidsorganen steeds vaker besluiten op basis van gegevens die van andere overheidsorganen of private partijen afkomstig zijn, zonder dat zij die zelf kunnen controleren (zogenaamde 'ketenbesluiten'⁷). Met elke uitwisseling van gegevens bestaat het risico dat er iets in gang wordt gezet waarvan niet alle gevolgen zichtbaar zijn, laat staan beheersbaar en voorspelbaar. Soms niet eens voor het bestuur zelf. Laat staan voor relatieve buitenstaanders als Kamerleden of rechters. Aldus maakt digitalisering en de extra complexiteit die zij met zich meebrengt het nog weer moeilijker voor rechters, Kamerleden en anderen om het overheidsbestuur en zijn enorme uitvoeringsapparaat effectief te controleren en de regering betekenisvolle verantwoording te laten afleggen over haar handelen.

Digitalisering – althans zoals deze ontwikkeling op dit moment verloopt – ondermijnt aldus het vermogen van de rechterlijke macht en de Staten-Generaal om de uitvoerende macht effectief te controleren. Valt daar nog iets aan te doen? Ik geloof van wel. Een aantal updates van ons stelsel van *checks & balances* zou de kans aanzienlijk kunnen vergroten dat de democratische rechtsstaat ook in tijden van digitalisering en AI kan worden geborgd. Zo zou de staatscommissie de Staten-Generaal en de rechterlijke macht kunnen adviseren om:

- a. *Zelf ook (meer) technologie in te zetten.* Hoe precies is een onderwerp voor nader onderzoek. Maar de Staten-Generaal en de rechterlijke macht zouden zelf ook meer en betere digitale

⁷ M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018.



systemen kunnen inzetten om hun taken uit te voeren. Nu doet vooral de uitvoerende macht haar voordeel met technologie. Wellicht kunnen de Staten-Generaal en de rechterlijke macht iets vergelijkbaars doen, bijvoorbeeld door AI in te zetten om bruikbare inzichten uit de enorme hoeveelheid informatie die zij tot hun beschikking hebben te destilleren of om sommige van hun meer eenvoudige processen te automatiseren, zodat zij meer tijd overhouden voor moeilijkere en belangrijkere taken. Overigens zet de rechterlijke macht inmiddels voorzichtige stappen in die richting. Die stappen verdienen aanmoediging.

- b. *Meer ondersteuning te organiseren.* De Staten-Generaal en de rechterlijke macht zouden hun eigen inhoudelijke ondersteuning op AI- en digitaliseringsgebied kunnen uitbreiden. Op dit moment hebben de Staten-Generaal en de rechterlijke macht relatief weinig eigen kennis en expertise op technologisch gebied tot hun beschikking. Kamerleden, zeker die van de kleinere fracties, staan als kleine zelfstandigen tegenover een kabinet dat wordt ondersteund door gigantische departementen, talloze uitvoeringsinstanties en talloze private consultants. Zeker bij vraagstukken waarbij digitalisering een rol speelt (en dat is tegenwoordig bijna altijd het geval) wreekt zich dat. Naarmate de digitalisering van de overheid voortschrijdt, wordt het voor de Staten-Generaal steeds moeilijker om de uitvoerende macht effectief te controleren, laat staan om als volwaardig partner deel te nemen aan wetgevingstrajecten en beleidsvorming.
- c. *Eisen stellen aan technologie.* Ook zouden de Staten-Generaal en de rechterlijke macht nadrukkelijker van de uitvoerende macht kunnen eisen dat haar technologie te allen tijde transparant, begrijpelijk en uitlegbaar is. Zo'n eis zou wellicht kunnen betekenen dat de uitvoerende macht sommige vormen van AI, zoals *machine learning* en vooral *deep learning* niet of alleen onder strikte voorwaarden en onder speciaal toezicht kan gebruiken. Transparantie, begrijpelijkheid en uitlegbaarheid zijn absolute voorwaarden voor effectieve parlementaire en rechterlijke controle en dus voor een effectieve bescherming van materiële democratische en rechtsstatelijke waarden.

Digitalisering en legaliteit

Overweeg ook de gevolgen van digitalisering voor de binding van staatsmacht aan wetten die door een democratisch gelegitimeerde wetgever zijn gemaakt (het legaliteitsbeginsel). Die binding staat, net als de trias politica, al decennialang onder druk. Sinds de Tweede Wereldoorlog heeft de uitvoerende macht er steeds meer bevoegdheden bijgekregen. De wetgever heeft die lang niet altijd even precies omschreven en genormeerd. Bestuursorganen en ambtenaren 'op de grond' hebben daardoor enorme 'discretionaire macht' gekregen, dat wil zeggen, ruimte om vage regels, open normen en 'kaders' min of meer naar eigen inzicht invulling en betekenis te geven. Het bestuursrecht is er maar gedeeltelijk in geslaagd om dit 'legaliteitsdeficit' te repareren en burgers te beschermen tegen willekeurige en onderdrukkende



machtsuitoefening door de enorme overheid die wij sinds een jaar of 70 hebben. De toeslagenaffaire en andere dubieuze praktijken van de overheid hebben dat patroon recent nog bevestigd.

Eenzijds kan de staat digitalisering aanwenden om de borging van het legaliteitsbeginsel te versterken en het legaliteitsdeficit dat de afgelopen decennia is ontstaan in te perken. Digitale technologie heeft immers in beginsel een rationeel karakter. Een computer doet in principe niets zonder gedetailleerde instructies ('code' of 'algoritmes'). Aldus heeft digitalisering de potentie om de overheid te 'bevrijden' van de mogelijke inefficiëntie, wispelturigheid of zelfs corruptie van menselijk ambtenaren. Machines kunnen, anders dan mensen, daadwerkelijk 'spreekbuis van de wet' worden gemaakt. Dat wil zeggen, zij kunnen zo geprogrammeerd worden dat zij altijd precies doen wat de wetgever ze opdraagt. Daarvoor moet de wetgever dan natuurlijk wel duidelijke en voor computers geschikte instructies geven. Dat lijkt in de praktijk overigens makkelijker gezegd dan gedaan, al was het maar omdat het maken van wetgeving onvermijdelijkerwijs (althans in een democratie) deels ook een *politiek* proces is. Dat wil zeggen, de weerslag van idealen en/of de weerslag van ingewikkelde compromissen. Overweeg de stikstofproblematiek als voorbeeld.

Tegelijkertijd kan de inzet van ICT bij het uitvoeren van wetten het reeds bestaande legaliteitsdeficit verder vergroten. Computers verstaan immers (nog) geen mentaal, althans niet voldoende om wetten één op één te kunnen toepassen in overeenstemming met de betreffende wetten zelf, het algemene bestuursrecht en de beginselen van behoorlijk bestuur. Om digitale uitvoering van wetgeving mogelijk te maken moet deze handmatig worden 'vertaald'⁸ naar computercode. Die omzetting komt meestal voor rekening van systeembeheerders en computerprogrammeurs: die bepalen steeds vaker volgens welke 'beslisregels' (algoritmes) de rechten en plichten van burgers uiteindelijk worden vastgesteld. Heel soms kunnen wetten bijna één op één worden omgezet. Meestal moeten bij het omzetten van wetten naar code echter relatief ingrijpende keuzes worden gemaakt en moeten regels worden ingevuld of uitgelegd. Wie of wat kan garanderen dat die keuzes en interpretaties op legitieme wijze worden gemaakt? Wie of wat kan ervoor zorgen dat de wetten die de democratisch gelegitimeerde wetgever heeft gemaakt goed terecht komen in de systemen van de uitvoerende macht? En hoe wordt dat dan gedaan?

Op die belangrijke vragen zijn inmiddels heel wat behulpzame antwoorden beschikbaar. Zo vraagt de uitvoering van wetten met behulp van ICT mogelijk om aanpassingen in het bestuursrecht, denk daarbij aan extra transparantievereisten of het verscherpt toepassen van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁹ Ook vraagt de uitvoering van wetten met behulp van digitale technologie om: zorgvuldige en

⁸ Zie bv. <https://www.hva.nl/kmr/gedeelde-content/nieuws/nieuwsberichten/2023/02/leergemeenschap-digitale-vertalingen-van-start.html>

⁹ J. Wolswinkel, 'Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoge en digitaal bestuursrecht', Oratie Tilburg University, 2020, p. 23.



systematische 'wetsanalyses' die borgen dat wetten goed terechtkomen in digitaliserende systemen¹⁰; een 'wendbaar' wetgevingsproces waarin systeembouwers, wetgevingsjuristen en politici in multidisciplinaire teams op iteratieve wijze samenwerken¹¹; en om een wetgever die bij het schrijven van wetten zoveel mogelijk anticipeert op de keuzes die bij een eventuele gedigitaliseerde uitvoering van die wetten moeten worden gemaakt. Misschien moet de wetgever in sommige gevallen en waar politiek haalbaar overwegen om de computercode waarmee wetten moeten worden uitgevoerd expliciet in de tekst van deze wetten op te nemen. 'Algoritmisch wetgeven' heb ik dat in mijn boek *AI en de rechtsstaat* genoemd.

Deze remedies vinden echter slechts langzamerhand hun weg naar de praktijk. De staatscommissie zou daarom kunnen overwegen om aanpassingen aan het wetgevingsproces in verband met de digitaliserende uitvoering van wetten aan te bevelen. Ook zou de staatscommissie kunnen overwegen om aan te bevelen om opleidingen voor ambtenaren op het gebied van multidisciplinair samenwerken en wetsanalyse te verplichten.¹² Veel ambtenaren zijn nog 'analoog' en monodisciplinair¹³ geschoold. Zelfs jonge, net afgestuurde ambtenaren hebben mogelijk geen goed beeld van de machtsverschuivingen en democratische en rechtsstatelijke risico's die de uitvoering van wetten met behulp van ICT met zich mee kan brengen. Zo kun je – ruim 250 jaar na aanvang van de industriële revolutie en bijna 80 jaar na de uitvinding van de microchip (!) – nog altijd prima een universitaire rechtenopleiding afronden zonder ooit iets over technologie te hebben gehoord en zonder te hebben gereflecteerd op de interactie tussen techniek, ideeën/beginselen en het (positieve) recht. Net zo goed kun je bij mijn weten nog altijd informatica of computerwetenschappen studeren zonder al te veel of ook maar iets over de democratische rechtsstaat te horen. Opleiding en bijscholing van alle bij het wetgevingsproces betrokken actoren in publieke en private dienst is dus cruciaal in verband met de borging van democratische en rechtsstatelijke waarden en het constitutionele legaliteitsbeginsel waar die waarden voor een belangrijk gedeelte van afhankelijk zijn.

Digitalisering en soevereiniteit

Tot slot is digitalisering in veel opzichten een product en katalysator van langlopende ontwikkelingen die de soevereiniteit van de staat en zijn internationale samenwerkingsverbanden ondermijnen en daarmee hun vermogen om democratische en rechtsstatelijke waarden voor *iedereen* te realiseren. Met 'soevereiniteit' bedoel ik hier zowel autonomie (vermogen om, zonder manipulatie van buitenaf besluiten te nemen) als handhavingskracht (vermogen om de naleving van besluiten ook daadwerkelijk af te dwingen).

¹⁰ A. Ausems, J. Bulles en M. Lokin, *Wetsanalyse: voor een werkbare uitvoering van wetgeving met ICT*, Den Haag: Boom juridisch, 2021. Zie ook: <https://www.hva.nl/kmr/gedeelde-content/nieuws/nieuwsberichten/2023/02/leergemeenschap-digitale-vertalingen-van-start.html>

¹¹ M. Lokin, *Wendbaar Wetgeven: De wetgever als systeembeheerder*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

¹² Ik ben hier niet helemaal belangeloos, zo moet ik vermelden. Zie: www.ou.nl/studieaanbod/jltpev

¹³ Op zich is dat geen probleem. Sterker nog, ik ben een groot voorstander van sterke, klassieke opleidingen waarin een student in elk geval één discipline goed leert te beoefenen. Die discipline en de perspectieven die daarin centraal staan moet een student echter wel *in de context* van andere vakgebieden, perspectieven en ontwikkelingen leren plaatsen om, vanuit zijn of haar vakgebied, te kunnen bijdragen aan de grote uitdagingen van zijn of haar tijd.



De soevereiniteit van de staten en hun internationale samenwerkingsverbanden stond reeds onder druk, met name vanwege de hyperglobalisering van de economie. In die grotendeels door wetgevers gedreven ontwikkeling¹⁴ hebben zich een aantal gigantische private concentraties van economische, politieke en sociaal-culturele macht geformeerd – ‘multinationals’ – die niet alleen eenzijdig regels aan burgers opleggen en sturen of zelfs bepalen ‘wie wat krijgt hoe en wanneer’, maar ook de besluitvormingsprocessen van de staat en zijn samenwerkingsverbanden disproportioneel weten te beïnvloeden of zelfs naar hun hand weten te zetten (bijvoorbeeld met omvangrijke lobby’s), eventuele voor hen ongunstige regelgeving weten te ontwijken, staten tegen elkaar uit weten te spelen (ook binnen de EU) of zelfs staten voor hun karretje weten te spannen, onder andere door continue te dreigen met ‘vertrek’ en/of daadwerkelijk onderdelen naar andere landen te verplaatsen. Onze eigen ‘Zuidas’ speelt hierbij overigens een prominente en, vanuit democratisch-rechtsstatelijk perspectief, dubieuze rol.

Met de digitalisering van de maatschappij vormen zich een aantal machtsconcentraties (‘Big Tech-bedrijven’) die zowel qua omvang als qua reikwijdte nog weer veel verder gaan dan de private machtsconcentraties die wij reeds kennen. Allereerst brengt digitalisering, mede vanwege haar sterke netwerkeffecten, doorgaans een zogenaamde ‘winner-takes-all-dynamiek’ met zich mee. Daardoor ontstaan nóg sneller (bijna-)monopolies dan in pre-digitale tijden. Daarnaast kunnen digitale diensten en producten enorme schaalvoordelen met zich meebrengen, waardoor zij extreem lucratief kunnen zijn (winstmarges van 30% zijn heel normaal) en de financiële mogelijkheden van enkele bedrijven dus nóg groter worden. Voorts zijn digitale technologieën als AI, *cloudcomputing*, besturingssystemen en zoekmachines als ‘infrastructuren’ en ‘systeemtechnologieën’¹⁵ inmiddels verweven met ongeveer alles. Daardoor dringen hun productstandaarden, code en algemene voorwaarden door tot in de haarvaten van de samenleving en worden veel burgers, bedrijven en overheden van Big Tech afhankelijk. Tot slot maakt digitale technologie enkele zeer grote bedrijven nog weer wendbaarder dan de multinationals van weleer (zelfs tot in de ruimte), waardoor de verhoudingen tussen enerzijds staten en hun supranationale verbanden en techbedrijven anderzijds nog schever worden en de soevereiniteit van staten en hun verbanden nog verder onder druk komt te staan.

Welke informatie krijgen mensen te zien? Waar gaat de aandacht van mensen naar uit? Welke productstandaarden heersen? Welke soorten diensten en producten zijn beschikbaar zijn en hoeveel kosten die? Welke technologieën ontwikkelen zich wel en niet en met het oog op welk doel? Ontwikkelt AI zich vooral om klimaatverandering tegen te gaan of om advertentiemachines nog effectiever te maken? Wat zijn aanvaardbare risico’s bij het lanceren van de laatste AI? Hoe functioneren overheidsorganisaties en bedrijven? Wat voor soort onderwijs en zorg krijgen burgers? Wat is de uitslag van de komende verkiezingen? Wat gaat door voor waar in het maatschappelijke debat? Wie heeft de beste verbindingen

¹⁴ Zie daarover oa K. Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton: Princeton University Press 2019.

¹⁵ Zie daarover WRR, *Opgave AI: De nieuwe systeemtechnologie*, Den Haag 2021.



op het slagveld in Oekraïne? Dat zijn allemaal voorbeelden van belangrijke vragen die, naarmate de huidige digitalisering voortschrijdt, in toenemende mate niet alleen – of überhaupt niet – worden beantwoord door burgers zelf of in de min of meer op democratische rechtsstatelijke wijze geconstitutionaliseerde regeringscentra van Den Haag, Brussel of Washington, maar in private, op winst, groei en aandeelhouderswaarde gerichte board rooms in *Seattle* of *Silicon Valley* of zelfs het (war)hoofd van een enkele Big Tech-CEO-grotaandeelhouder. Wat is minder democratisch en minder rechtsstatelijk dan dat?

In reactie proberen staten en hun samenwerkingsverbanden Big Tech op dit moment vooral te reguleren met nieuwe, publiekrechtelijke regels. Mede in dat kader nam de Europese Unie (EU) de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), de Digital Markets Act (DMA) en de Digital Services Act (DSA) aan. Binnenkort komt de EU waarschijnlijk met een speciale AI-act. Op zich zijn dit nuttige initiatieven. Tegelijkertijd reageren zij grotendeels op *specifieke* issues en de opkomst van *specifieke* technologieën. Bovendien doen deze initiatieven weinig aan de asymmetrische machtsverhoudingen tussen staten en de EU enerzijds en Big Tech anderzijds. Dat betekent dat de genoemde initiatieven – hoe snel en daadkrachtig die ook tot stand zijn gebracht – mogelijk veel minder voor de democratische rechtsstaat zullen betekenen dan veel mensen verwachten (en/of hopen). Mogelijk hebben de tot nu toe getroffen regelingen zelfs een averechts effect, omdat Big Tech de betekenis van nieuwe regelingen die haar machtspositie niet werkelijk aantasten naar haar hand kan zetten, bijvoorbeeld door middel van lobby, het voeren van eindeloze gerechtelijke procedures of het verplaatsen van bedrijfsonderdelen naar andere landen. Ook is het niet ondenkbaar dat nieuwe regels de (potentiële) concurrentie van Big Tech harder raken dan Big Tech zelf, waardoor Big Tech niet ondanks, maar dankzij meer regels alleen nog maar machtiger wordt. Tot slot maken de nieuwe regels in reactie op Big Tech overheden nog weer groter en machtiger dan zij nu al zijn, bijvoorbeeld door de oprichting van nieuwe toezichthouders. Ook dat brengt, zoals ik reeds heb toegelicht, democratische en rechtsstatelijke risico's met zich mee. Wie bewaakt immers de bewaker?

In aanvulling op bovengenoemde reguleringsinitiatieven zouden Europese staten en de EU kunnen overwegen om veel meer te doen om tegenmacht in de samenleving te laten ontstaan en te ondersteunen. Dat kan bijvoorbeeld door het makkelijker voor consumenten en burgers te maken om massaclaims tegen grote bedrijven in te dienen en door de schadevergoedingen die langs deze weg te eisen zijn te vergroten.¹⁶ Ook zouden staten en de EU, bijvoorbeeld door wijzingen van het ondernemingsrecht en het internationale privaatrecht, veel strengere eisen kunnen stellen aan de interne organisatie van grote techondernemingen. Big Tech-bedrijven zijn in veel opzichten *state-like-powers* die dwingende macht over burgers uitoefenen en eenzijdig toekomstige mogelijkheden en onmogelijkheden van de samenleving bepalen. Eis dat zij ook als *state-like-powers* gestructureerd en gelimiteerd zijn en, voor zover zij

¹⁶ Zie daarover bv <https://nos.nl/artikel/2476129-consumentenbond-komt-met-massaclaim-tegen-google>



staatsmacht uitoefenen, daarover publieke verantwoording afleggen en democratisch te controleren zijn. Noem een dergelijk programma de 'constitutionalisering' van Big Tech. Ook kan de overheid veel meer doen om alternatieven voor Big Tech-diensten en -producten in de samenleving te stimuleren, bijvoorbeeld door zelf niet-Big Tech besturingssystemen, cloudvoorzieningen en smartphones te gebruiken. Ook zou de overheid veel beter moeten nadenken over het gebruik van Big Tech-producten in bijvoorbeeld de zorg en het onderwijs. De staatscommissie rechtsstaat zou kunnen overwegen om ook aanbevelingen over dit soort 'strategische' of 'constitutionele' maatregelen tegen Big Tech op te nemen in haar rapport.

Tot slot: strategisch en constitutioneel digitaliseren

De huidige digitalisering is in veel opzichten het product van lange-termijn constitutioneel verval. Zonder goed doordacht beleid werkt digitalisering daarmee vooral als aanjager van constitutionele vraagstukken waar wij al decennialang mee worstelen en tast deze ontwikkelingen het fundament waar de democratische rechtsstaat op rust verder aan. Een andere – meer rooskleurige – voortgang van de geschiedenis is denkbaar. Daarvoor is ingrijpend constitutioneel onderhoud noodzakelijk. Denk daarbij aan de versterking van parlementen (Europees en nationaal), de rechterlijke macht en tegenmachten in de samenleving. Ook kunnen actoren digitalisering voortaan expliciet en welbewust aanwenden om constitutionele structuren waar de democratische rechtsstaat op rust te versterken. Noem dat 'strategisch' of 'constitutioneel' digitaliseren. Zo is het binnen de staat voorstelbaar dat digitale systemen, beter nog dan menselijke bewindspersonen of ambtenaren, bij het uitvoeren van beleid actief en op begrijpelijke wijze laten zien wat zij doen en motiveren waarom. Zonder veel moeite zouden zij zelfs de Staten-Generaal, de rechterlijke macht en andere mogelijke tegenmachten automatisch op de hoogte kunnen houden van hun verrichtingen en de implicaties daarvan. Dat zou de Staten-Generaal, de rechterlijke macht en anderen beter in staat stellen om een vinger aan de uitvoerende pols te houden – en te interveniëren als zij dat nodig achten. Met een dergelijk gebruik van technologie zouden wellicht zelfs problemen met *checks & balances* kunnen worden opgelost die hun oorsprong vinden in pre-digitale tijden. *Trias politica by design*, dat wil zeggen, het evenwicht der machten ingebakken in de architectuur van de digitaliserende systemen van de overheid. Dat zou pas technologische vooruitgang zijn!

In diezelfde lijn kan technologie worden gebruikt om het legaliteitsbeginsel beter te borgen. Zo zijn er inmiddels diverse softwarepakket beschikbaar om het wetgevingsproces wendbaar in te richten en om veel systematischer aan wetsanalyse te doen en duidelijker te documenteren hoe wetten zijn omgezet van natuurlijke taal (de taal van de wetgever) naar code (de taal van computers). Voorts zouden zowel Nederlandse als Europese overheden veel meer kunnen doen om een verder verval van hun soevereiniteit tegen te gaan, bijvoorbeeld door hun technologie strategischer in te kopen, de ontwikkeling van bepaalde technologie te stimuleren of bij het formuleren van een vestigingsbeleid meer constitutioneel (en niet alleen korte-termijn economisch) na te denken.¹⁷ Technologie is niet alleen techniek en ook niet alleen

¹⁷ En technologie dus een thema van alle ministeries te maken en niet alleen van EZK.

economie. De ontwikkeling van technologie en haar implementatie in de samenleving heeft grote constitutionele consequenties en dus gevolgen voor het vermogen van instituties en actoren om de democratische rechtsstaat te borgen. Ik hoop van harte dat u, de staatscommissie rechtsstaat, daar in uw onderzoek en uw rapport de aandacht op zult vestigen.

Graag ben ik bereid om mijn brief mondeling aan u toe lichten en over mijn ideeën met u in gesprek te gaan.

Rest mij u veel succes te wensen met uw belangrijke en mooie opdracht.

Hoogachtend,

Reijer Passchier