

Nederland

Computerrecht 2017/256

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 mei 2017, nr. 201600614/1/R2, 201600617/1/R2, 201600618/1/R2, 201600620/1/R2, 201600622/1/R2 en 201600630/1/R2 (Mrs. B.J. van Ettekoven, R. Uylenburg en B.J. Schueler) m.nt. mr. B.M.A. van Eck¹

Art. 6 Habitatrictlijn

ECLI:NL:RVS:2017:1259

Lokale overheden moeten voor de vraag of iemand een vergunning krijgt voor een stikstofverhogende activiteit (zoals het uitbreiden van een veehouderij) gebruikmaken van een landelijk computerprogramma: AERIUS. Dit computerprogramma ondersteunt de Programmatische Aanpak Stikstof van de Nederlandse overheid. In een geschil over het verlenen van vergunningen stelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU over deze programmatische aanpak in relatie tot de Habitatrictlijn. In de nationale procedure formuleert de rechter een toetsingskader waaraan de overheid moet voldoen als het nemen van besluiten (gedeeltelijk) wordt overgelaten aan een computer. Vervolgens past de rechter het toetsingskader toe en oordeelt op diverse geschilpunten dat de onderbouwing voor de gemaakte keuzes en aannames onvoldoende inzichtelijk is gemaakt en dat de bestreden besluiten gebreken bevatten.

Verwijzingsuitspraak in het geding tussen:
de Stichting Werkgroep Behoud de Peel, gevestigd te Deurne (hierna: de Werkgroep),
appellante,
en
het college van gedeputeerde staten van Noord-Brabant, verweerder

Procesverloop

Bij verschillende besluiten van 14 december 2015 heeft het college vergunningen krachtens artikel 16 en 19d van de Natuurbeschermingswet 1998 (hierna: Nbw 1998) verleend voor het exploiteren en/of uitbreiden en wijzigen van zes verschillende agrarische bedrijven.

Tegen deze besluiten heeft de Werkgroep beroep ingesteld.

[...]

¹ Marlies van Eck, promovenda Geautomatiseerde overheidsbesluiten & Rechtsbescherming aan Tilburg University en juridisch adviseur Belastingdienst.

E. Beschrijving van de programmatische aanpak stikstof

Terminologie die in het PAS wordt gebruikt

6. Voorafgaand aan een inhoudelijke bespreking van het PAS worden de centrale begrippen uit dit systeem weergegeven en kort gedefinieerd. Deze weergave beoogt niet de beschrijving van de begrippen in de overwegingen hierna te vervangen, maar dient uitsluitend als hulpmiddel bij het lezen van deze uitspraak.

[...]

AERIUS:

softwaresysteem waarin de depositieontwikkeling per PAS-gebied wordt gemonitord, waarin de prognoses voor de depositieontwikkeling worden weergegeven, dat gebruikt wordt om te bepalen of vergunningen voor stikstofemitterende activiteiten nodig zijn en verleend kunnen worden, dat gebruikt wordt om te bepalen of een melding is vereist voor een stikstofemitterende activiteit en dat voortdurend registreert hoeveel depositieruimte en ontwikkelingsruimte aanwezig is per PAS-gebied.

Bestuurlijke keuzes en ambitieniveau

[...]

AERIUS

6.10. Het softwareprogramma AERIUS Calculator moet worden gebruikt als rekeninstrument om vast te stellen of een project of andere handeling door het veroorzaken van stikstofdepositie op een voor stikstof gevoelig habitat in een Natura 2000-gebied een verslechterend of significant verstorend effect kan hebben (artikel 2 van de Regeling). Ook voor de vaststelling van de omvang van de toe te delen ontwikkelingsruimte moet AERIUS Calculator worden gebruikt (artikel 5, eerste lid, van de Regeling). Uit artikel 5, derde lid, van de Regeling volgt dat een besluit waarbij ontwikkelingsruimte wordt toebedeeld in beginsel geldig is voor onbepaalde tijd.

Het bestuursorgaan dat ontwikkelingsruimte toebedeelt of intrekt, dient de afschrijving van de toegedeelde ontwikkelingsruimte of de bijschrijving van ontwikkelingsruimte na intrekking of vervallen van een besluit waarbij ontwikkelingsruimte is toebedeeld te registreren (artikel 19ko, eerste en tweede lid, van de Nbw 1998). Het softwareprogramma AERIUS Register is een registratie-instrument voor gegevens over de afschrijving, bijschrijving en reservering van ontwikkelingsruimte en gegevens over meldingsplichtige projecten of andere handelingen (artikel 7, eerste lid, van de Regeling).

Monitoring en bijsturing

6.11. Uit artikel 19kh, eerste lid, aanhef en onder f, van de Nbw 1998 volgt dat in het PAS wordt beschreven op welke wijze de voortgang en uitvoering van de PAS-bronmaatregelen en de effecten op de stikstofdepositie worden gemonitord (zie 6.6). Drie jaar na de vaststelling van het PAS

dient inzichtelijk te worden gemaakt welke ontwikkelingsruimte in de tweede helft van het PAS beschikbaar zal zijn en welke ontwikkelingsruimte naar verwachting in het volgende PAS beschikbaar zal zijn (artikel 19kha, van de Nbw 1998). Indien uit de monitoring blijkt dat dit noodzakelijk is, kunnen op grond van artikel 19ki, eerste lid, bron- en herstelmaatregelen worden vervangen of toegevoegd aan het PAS en kan de uit te geven ontwikkelingsruimte worden bijgesteld.

Beschrijving AERIUS

6.12. Om de hierboven beschreven doelen te bereiken en om te voldoen aan de eisen die zijn opgenomen in de hierboven beschreven wettelijke regeling zijn instrumenten ontwikkeld die gebruikt worden om de huidige depositie van stikstof te bepalen, de ontwikkeling van de stikstofdepositie te monitoren, prognoses te maken voor de verwachte ontwikkeling van de depositie en om een beoordeling te maken van de vergunningplicht en vergunningverlening voor activiteiten die stikstofdepositie kunnen veroorzaken. Dit betreft het softwarepakket AERIUS dat via de website www.aerius.nl openbaar toegankelijk is. Drie modules van dit pakket zijn van belang in deze zaak.

6.13. Ten eerste is dit AERIUS Calculator. Dit rekeninstrument maakt een deels geautomatiseerde besluitvorming mogelijk. Het berekent de depositiebijdrage van emissiebronnen die een gebruiker in het systeem invoert of importeert en wordt op grond van artikel 2, eerste lid, van de Regeling gebruikt voor de vaststelling of een project of een andere handeling door het veroorzaken van stikstofdepositie op een voor stikstof gevoelig habitat in een Natura 2000-gebied een verslechterend of significant verstorend effect kan hebben. Het resultaat van de berekening geeft inzicht in de depositiebijdrage van de ingevoerde bronnen op vaste rekenpunten binnen Natura 2000-gebieden of op rekenpunten die de gebruiker zelf heeft gedefinieerd. AERIUS Calculator biedt op deze wijze inzicht of een ingevoerde ontwikkeling stikstofdepositie veroorzaakt die de drempel- of grenswaarde niet overschrijdt en daardoor is uitgezonderd van de vergunningplicht, of de grenswaarde wel overschrijdt, waardoor deze vergunningplichtig is. AERIUS Calculator kan voor een ingevoerde ontwikkeling, zoals de vestiging of uitbreiding van een veehouderij, weergeven of nog voldoende ontwikkelingsruimte aanwezig is in de Natura 2000-gebieden waarop de ingevoerde emissiebron stikstofdepositie veroorzaakt. Calculator biedt verder de mogelijkheid om de rekenresultaten te exporteren als een document dat kan worden gebruikt als bijlage bij de vergunningaanvraag.

6.14. Ten tweede is dit AERIUS Register. Dit wordt door het bevoegd gezag gebruikt bij het beheer van de depositieruimte die is berekend met AERIUS Monitor. Zie rechtsoverweging 6.3 hierboven voor de rol die de depositieruimte speelt binnen het PAS.

6.15. Ten derde is dit AERIUS Monitor. Hiermee wordt de uitvoering van het PAS gevolgd. Monitor is een rekeninstrument dat op hectareniveau inzicht geeft in:

- de depositietrend: de verwachte depositieontwikkeling in de tijd. Deze kan gevarieerd worden, afhankelijk van de gekozen beleidsscenario's.
- de extra daling die bereikt wordt met het PAS: Monitor geeft het effect van het PAS-beleid weer op de emissies en depositie van stikstof.
- de depositieruimte en ontwikkelingsruimte: Monitor kan gebruikt worden om inzicht te krijgen in het deel van de totale depositie dat beschikbaar is voor nieuwe ontwikkelingen.
- een confrontatie tussen depositieruimte en ontwikkelingsbehoefte: de verwachte overschotten of tekorten aan ontwikkelingsruimte kunnen met Monitor inzichtelijk gemaakt worden.

6.16. Bij het softwarepakket AERIUS is een onderbouwing gevoegd van de wijze waarop de gepresenteerde resultaten tot stand komen en op welke gegevens deze resultaten zijn gebaseerd. Deze onderbouwing staat in 190 factsheets die bij het softwareprogramma op de website beschikbaar zijn gesteld.

[6.17 + afbeeldingen]

[...]

H. *Keuzes, gegevens en aannames in het pas* (slechts relevant voor de nationale procedure)

14. Hoewel uit het voorgaande volgt dat de Afdeling aan het Hof van Justitie een aantal prejudiciële vragen moet stellen en de beantwoording hiervan mede bepalend zal zijn voor het antwoord op de vraag of de bestreden vergunningen op grond van het PAS en de daaraan ten grondslag liggende passende beoordeling mochten worden verleend, behandelt de Afdeling hieronder een aantal beroepsgronden van de Werkgroep, die geen onlosmakelijk verband houden met de strekking van de prejudiciële vragen. Daarvoor ziet de Afdeling aanleiding omdat als het Hof van Justitie het PAS-beoordelingskader en de daarbij behorende passende beoordeling verenigbaar acht met artikel 6 van de Habitatrichtlijn, daarmee nog niet gegeven is dat hieraan geen gebreken kleven die moeten worden hersteld. Daarbij wijst de Afdeling er op dat het voorzorgsbeginsel, dat ligt besloten in artikel 6, derde lid, van de Habitatrichtlijn, met zich brengt dat een passende beoordeling, ook als deze geen betrekking heeft op afzonderlijke projecten, maar op een bij wet voorgeschreven programma waarin een bepaalde hoeveelheid stikstofdepositie is beoordeeld, geen redelijke twijfel mag laten bestaan over de vraag of de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden zullen worden aangetast of niet.

14.1. Bij de bestreden besluiten is vergunning verleend voor de exploitatie en/of uitbreiding van agrarische bedrijven, waarbij voor de beoordeling van de stikstofdepositie die wordt veroorzaakt door die bedrijven op stikstofgevoelige habitats in Natura 2000-gebieden, toepassing is gegeven aan het PAS en de daarbij behorende regelgeving. Het algemeen deel van het PAS vormt samen met de gebiedsanalyses van de desbetreffende Natura 2000-gebieden de passende beoordeling die ten grondslag is gelegd aan de vergunning-

gen. Deze passende beoordeling moet derhalve de zekerheid bieden dat de natuurlijke kenmerken van de gebieden niet worden aangetast. In de hierna volgende overwegingen 14.2 tot en met 27 staat niet de vraag centraal of het PAS en de bijbehorende regelgeving onverbindend zijn wegens strijd met hoger recht, maar of het algemeen deel van het PAS met de gebiedsanalyses als passende beoordeling aan de bestreden besluiten ten grondslag mocht worden gelegd. 14.2. Aan het PAS en de bijbehorende passende beoordeling zijn door de ministers van Economische Zaken en van Infrastructuur en Milieu en de staatssecretaris van Economische Zaken diverse bestuurlijke keuzes en een grote hoeveelheid onderzoeken met gegevens en aannames ten grondslag gelegd. Zo werkt het PAS bij de maatregelen, die de extra daling van de stikstofdepositie moeten bewerkstelligen, en bij de beschikbare depositieruimte voor activiteiten die stikstofdepositie zullen veroorzaken met verschillende marges om onzekerheden in de toekomst op te kunnen vangen. Dat bij een programma met een looptijd van zes jaar wordt gewerkt met verschillende aannames, buffers en marges en wordt uitgegaan van een bepaalde mate van onzekerheid is naar het oordeel van de Afdeling onvermijdelijk. Bij een kleine marge of buffer zal de zekerheid over het effect van de maatregel groter moeten zijn dan bij een grote marge of buffer. De onzekerheid mag echter niet zo groot zijn dat, gelet op het voorzorgsbeginsel, dat mede ten grondslag ligt aan de Habitatrichtlijn, de vraag of de natuurlijke kenmerken van de gebieden zullen worden aangetast niet meer kan worden beantwoord. Derhalve is vereist dat inzicht bestaat in de keuzes, gegevens en aannames die ten grondslag liggen aan het PAS en bijbehorende passende beoordeling. De Afdeling wijst er daarbij op dat naar haar oordeel de mogelijkheden tot monitoring van de gevolgen van het PAS en de mogelijke bijsturing niet mogen afdoen aan de verplichting om voorafgaand zekerheid te hebben over de vraag of de natuurlijke kenmerken van de gebieden kunnen worden aangetast. Monitoring en bijsturing hebben in zoverre slechts een aanvullende en controlerende functie.

14.3. Het PAS beoogt door de combinatie van bron- en herstelmaatregelen en de uitgifte van depositie- en ontwikkelingsruimte zowel economische ontwikkelingen als een aanpak van de bestaande stikstofproblematiek mogelijk te maken. Voordeel van het PAS is dat de gevolgen van de maatregelen en de totale depositie van de economische ontwikkelingen integraal en in samenhang zijn beoordeeld. Daarnaast maakt het verplichte gebruik van AERIUS, zoals beschreven in 6.12-6.17, deels geautomatiseerde en efficiënte besluitvorming mogelijk. Het PAS, de bijbehorende passende beoordeling en AERIUS brengen echter ook het risico met zich dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames. Indien belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen op het PAS gebaseerde besluiten kan daardoor een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaan. Zij kunnen in geval van besluitvorming op basis van een programma dat vanuit hun

perspectief is te beschouwen als een zogenoemde “black box” immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen en of de zekerheid bestaat dat het project of andere handeling de natuurlijke kenmerken van Natura 2000-gebieden niet zal aantasten.

14.4. Ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie rust in dit geval op genoemde ministers en de staatssecretaris de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn. Deze volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen of te laten beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten, zodat reële rechtsbescherming tegen besluiten die op deze keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd mogelijk is, waarbij de rechter aan de hand hiervan in staat is de rechtmatigheid van deze besluiten te toetsen.

14.5. In onderstaande overwegingen beoordeelt de Afdeling of de aan de bestreden onderdelen van het PAS en de bijbehorende passende beoordeling ten grondslag gelegde keuzes, gegevens en aannames tijdig toegankelijk waren en voldoende onderbouwing bieden voor de conclusie dat de verlening van de bestreden vergunningen op basis van het PAS de natuurlijke kenmerken van de gebieden niet zal aantasten. Zo worden genoemde ministers en de staatssecretaris in de gelegenheid gesteld mogelijke gebreken te herstellen.

De Afdeling behandelt eerst de beroepsgronden over de autonome daling van stikstofdepositie en het uitgangspunt van een gemiddelde economische groei van 2,5% als buffer bij deze daling. Vervolgens behandelt de Afdeling de beroepsgronden over de daling van de stikstofdepositie als gevolg van PAS-bronmaatregelen. Dan behandelt de Afdeling de beroepsgronden over het systeem van monitoring en bijsturing in het PAS. Daarna behandelt de Afdeling de beroepsgronden met betrekking tot de depositieruimte voor autonome ontwikkelingen. Dit zijn achtereenvolgens de beroepsgronden over de omvang gerelateerd aan economische groei van 2,5 %, de drempelwaarde, de emissieruimte die ontstaat door ‘stoppers’ en relatie met extern salderen, en onbenutte emissieruimte in bestaande vergunningen. Dit onderdeel wordt afgesloten met een conclusie.

[...]

Conclusie onderdeel H

27. Hetgeen de Afdeling heeft overwogen onder H betekent dat er gebreken aan het PAS kleven. De bestreden besluiten zijn op het PAS gebaseerd, zodat deze gebreken moeten worden hersteld door genoemde ministers en de staatssecretaris.

Gelet op 15.6 en 16.1 moeten zij onderbouwen waarom, gelet op de geconstateerde contra-indicaties, van de bestaande dalende trend in de stikstofdepositie in het PAS mag worden uitgegaan en in hoeverre het uitgangspunt van 2,5% gemid-

delde economische groei tot een buffer leidt die mogelijke tegenvallers in de autonome daling van de stikstofdepositie kan opvangen.

Gelet op 18.8, 19.4, 20.4 en 21.1 moeten zij onderbouwen in hoeverre aangehouden marges bij de PAS-bronmaatregelen voldoende zijn om tegenvallende resultaten op te vangen en moet worden onderbouwd of de effecten van deze maatregelen zich gelijkmatig over de verschillende Natura 2000-gebieden verdelen.

Gelet op 22.3 moeten zij in verband met het systeem van monitoring en bijsturing onderbouwen hoe op basis hiervan bijsturing kan plaatsvinden, waarbij ook aangegeven moet worden op welke wijze rekening wordt gehouden met de vertraging in het beschikbaar komen van de monitoringsgegevens.

Gelet op 23.5 moeten zij onderbouwen dat een buffer van 2,5% van gemiddelde economische groei voldoende depositieruimte met zich brengt om mogelijke tegenvallers in het kader van de autonome ontwikkelingen op te kunnen vangen.

Gelet op 24.3 moeten zij de berekeningen die ten grondslag zijn gelegd aan de drempelwaarde beschikbaar en toegankelijk maken.

Gelet op 25.5 en 25.6 moeten zij onderbouwen of en zo ja, op welk wijze rekening is gehouden met gevolgen van de overgangsregeling voor extern salderen.

Gelet op 26.2 moeten zij onderbouwen of in het PAS voldoende rekening is gehouden met onbenutte emissieruimte binnen bestaande Nbw-vergunningen binnen de depositieruimte voor autonome ontwikkelingen.

I. Slot

28. De behandeling van de beroepen zal worden geschorst tot het Hof van Justitie uitspraak heeft gedaan.

29. De Werkgroep heeft de Afdeling verzocht ambtshalve een voorlopige voorziening te treffen in het geval prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie worden gesteld.

[...]

29.4. Uit onderdeel H van deze uitspraak vloeit voort dat de Afdeling een nadere onderbouwing nodig acht van enkele keuzes, gegevens en aannames die ten grondslag liggen aan het PAS en de daarbij behorende passende beoordeling. Met name dient een nadere onderbouwing te worden gegeven van de keuze en omvang van enkele buffers en marges waarmee in het PAS rekening is gehouden bij de voorspelde daling van de stikstofdepositie. Deze vragen raken in de kern de berekende omvang van de depositieruimte. Daarnaast zijn er vragen over de aannames en berekeningen van de depositiebijdrage van de autonome ontwikkelingen. Deze vragen hebben betrekking op de verdeling van de depositieruimte over de verschillende segmenten, in het

bijzonder of binnen de depositieruimte voldoende ruimte is gereserveerd voor autonome ontwikkelingen. De Afdeling acht waarschijnlijk dat deze gebreken zodanig hersteld kunnen worden dat het PAS ongewijzigd of in bijgestelde vorm, dat wil zeggen met minder depositieruimte of met bijstelling van de reservering van de depositieruimte voor autonome ontwikkelingen, doorgang kan vinden.

29.5. De Afdeling ziet in deze gebreken thans geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening. [...]

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen op de volgende vragen:

[...]

II. schorst de behandeling en houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. In deze uitspraak laat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) – een van vier hoogste bestuursrechters – er geen misverstand over bestaan. Als de overheid zijn beslissingen baseert op een computerprogramma, dan kan dit alleen als dit geen ‘black box’ is voor de burger en de rechter. Het bestuursorgaan dat het besluit neemt moet informatie over gemaakte keuzes, gebruikte keuzes en aannames volledig, tijdig en adequaat ter beschikking stellen. Dit moet het mogelijk maken de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te (laten) beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten.

2. Deze uitspraak staat in de belangstelling in het bestuursrecht niet zozeer vanwege het gebruik van het computerprogramma AERIUS, maar vanwege de prejudiciële vragen die de ABRvS aan het Hof van Justitie EU heeft gesteld.² In deze annotatie gaat het niet om de prejudiciële vragen maar om het oordeel van de ABRvS voor de nationale procedure. Ter discussie staan besluiten die met behulp van de software van AERIUS worden genomen.³

3. De ABRvS stelt centraal dat als de overheid met een computerprogramma besluiten neemt moet worden voorkomen dat dit leidt tot een ongelijkwaardige procespositie van partijen. Dit betekent volgens de rechter dat de overheid de plicht heeft om actief informatie te verstrekken over gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames die verwerkt zijn in de software op een manier waarop deze voor derden toegankelijk zijn. Door transparantie van het computerprogramma te eisen vanuit het belang van ‘equality of arms’ lijkt de ABRvS een bestuursrechtelijke traditie voort te zetten. Die traditie begon in 1997 toen de bestuursrechter een besluit beoordeelde dat gemaakt was met be-

² Zie hiervoor Zijlmans in *JM* 2017/958, ‘Verwijzingsuitspraak ECLI:NL:RVS:2017:1259 (en ECLI:NL:RVS:2017:1260) kan het PAS de toets aan artikel 6, leden 2-3 Habitatrichtlijn doorstaan?’.

³ www.aerius.nl/nl.

hulp van het computersysteem FIS⁴. Met dit systeem werd de mate van arbeidsongeschiktheid berekend zodat bepaald kon worden wat de hoogte van de arbeidsongeschiktheidsuitkering zou moeten zijn. In de zaak over de uitkering waarbij de belanghebbende bepaalde gegevens betwistte, weigerde het bestuursorgaan informatie over het computersysteem aan de rechter ter beschikking te stellen terwijl de rechtbank vond dat deze moest worden overgelegd op grond van artikel 8:45 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). In dit artikel staat dat de rechter gedurende het vooronderzoek partijen kan verzoeken schriftelijk inlichtingen te geven en onder hen berustende stukken in te zenden. De rechtbank oordeelde dat het tot de fundamentele beginselen van het (bestuursrechtelijk) procesrecht hoort dat de rechter zich bij de vaststelling van rechten en verplichtingen van partijen alleen mag baseren op gegevens van feitelijke aard waarvan partijen de juistheid en volledigheid hebben kunnen nagaan en bij de rechter ter discussie hebben kunnen stellen.⁵ Ingeval een besluit dus wordt genomen of gefaciliteerd door een computersysteem, hoort de overheid in een geschil daarover, informatie over het computersysteem ter beschikking te stellen aan de rechter en de andere partij. Dit oordeel werd in hoger beroep bevestigd door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) die eraan toevoegde dat fundamentele procesrechtelijke beginselen – waaronder het verdedigingsbeginsel – zwaarder wegen dan de praktische belangen van het bestuursorgaan.⁶

4. Enkele jaren later boog de CRvB zich over de opvolger van FIS, het CBBS.⁷ In een procedure over een besluit over de beoordeling van de arbeidsongeschiktheid dat met behulp van het computerprogramma was genomen, oordeelde de CRvB dat de besluiten van dit computerprogramma geen toereikend niveau van transparantie, verifieerbaarheid en toetsbaarheid hadden.⁸ De CRvB gaf in de uitspraak aan het bestuursorgaan een termijn om de aanpassingen te realiseren. Besluiten die na deze termijn werden genomen zonder dat het programma was aangepast, zouden door de rechter worden vernietigd omdat deze genomen werden zonder zorgvuldige voorbereiding en/of omdat er een motiveringsgebrek aankleeft. Deze uitspraak leidde tot systeemaanpassingen en een nieuw oordeel van de CRvB: de onvolkomenheden die eerder waren geconstateerd waren genoegzaam verholpen.⁹

5. Gingen deze oudere uitspraken vooral over de vraag wat bekend moet zijn over het computerprogramma in een procedure voor de bestuursrechter, in de uitspraak over AERIUS wordt de volgende stap gezet. Het bestuursorgaan moet alles tijdig openbaar maken zodat de belanghebbende het computerprogramma kan (laten) beoordelen en zo nodig gemotiveerd kan betwisten. Dit ziet dus op de

fase die voorafgaat aan een rechtszaak, de fase waarin belanghebbende overweegt rechtsmiddelen in te zetten.¹⁰ Ook brengt de rechter hier de nuance aan dat het moet gaan om het op een 'passende wijze' openbaar maken zodat de keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn. Hoewel het hier gaat om opensource software die door derden is te gebruiken of te controleren,¹¹ valt aan te nemen dat de ABRvS dat niet bedoelt met 'passende wijze'. Ook de 190 factsheets die bij het softwareprogramma op de website beschikbaar zijn gesteld bieden geen uitkomst. Na een intensieve inhoudelijke beoordeling van enkele twistpunten aan het eerder geformuleerde toetsingskader, komt de ABRvS tot het oordeel dat de onderbouwing op die onderdelen onvoldoende inzichtelijk is gemaakt zodat de bestreden besluiten gebreken vertonen.

6. De rode draad in de hier genoemde uitspraken is dat de bestuursrechters die met nieuwe vormen van besluitvorming worden geconfronteerd, deze toetsen aan de oudere algemene rechtsbeginselen van het bestuurs(proces)recht. De bestuursrechtspraak heeft zich op deze manier aangepast aan een nieuwe realiteit in de uitvoering en draagt zo bij aan de rechtsbescherming voor de burger die te maken krijgt met een computerbesluit.

7. Als bij het geautomatiseerd besluiten persoonsgegevens verwerkt worden, zijn ook de bepalingen uit het gegevensbeschermingsrecht van toepassing. Belangrijk daarbij is wel dat geautomatiseerde besluitvorming niet hetzelfde is als geautomatiseerde besluitvorming op basis van profilering. In Nederland worden door de overheid zeer veel geautomatiseerde besluiten genomen zonder enige vorm van profilering. Denk bijvoorbeeld aan de besluiten over motorrijtuigenbelasting, uitkeringen, kinderbijslag, kwijtschelding gemeentelijke belastingen etc. Dit zijn besluiten waarin de individuele gegevens worden gecombineerd met het computersysteem waarin de wettelijke bepalingen zijn verwerkt en waarbij de ambtenaar vervangen wordt door de computer. Het voert te ver om nu in te gaan op de fineses van dit onderscheid, maar als geheugensteuntje is het handig om het begrip kansberekening voor ogen te houden. Is het besluit gebaseerd op een kansberekening dan is het besluit het resultaat van profilering. Gaat het daarentegen om een berekening dan is er sprake van een 'gewoon' geautomatiseerd besluit.¹²

In artikel 22, eerste lid, van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) staat dat een betrokkene het recht heeft om niet te worden onderworpen aan een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking, waaronder profilering, gebaseerd besluit waaraan voor hem rechtsgevolgen zijn

4 Functie Informatie Systeem.

5 Rb. Amsterdam, 8 juli 1997, 95/9470 AAWAO 20, JB 1997/207, m.nt. H.J. Simon.

6 CRvB, 27 november 1998, ECLI:NL:CRVB:1998:AA3736, AB 1999/66, m.nt. F.J.L. Pennings en USZ 1998/311, m.nt. H.H. de Vries.

7 Claimbeoordelings- en borgingssysteem.

8 CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4716, RSV 2004/351.

9 CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9973, SR 2006/81, m.nt. A.C. Damsteegt.

10 Opvallend is de tegengestelde beweging die de civiele rechter maakt in een kort geding over een lotingssysteem dat bepaalt welk kind op welke middelbare school wordt geplaatst in Amsterdam en waarbij kinderen door het computergestuurde lotings algoritme op geen enkele school in Amsterdam geplaatst werden. Volgens de rechter is er geen recht op de gevraagde informatie. Rb. Amsterdam, 31 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3772.

11 <https://gitlab.com/AERIUS/AERIUS>.

12 Het verschil is nader uitgewerkt in blogpost 'Algorithms in public administration', Marlies van Eck, 31 januari 2017. <https://marliesvaneck.wordpress.com/2017/01/31/algorithms-in-public-administration/>.

verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft.¹³ Op dit recht kan een uitzondering worden gemaakt als het besluit is toegestaan bij een Unierechtelijke of lidstaatrechtelijke bepaling die op de verwerkingsverantwoordelijke van toepassing is en die ook voorziet in passende maatregelen ter bescherming van de rechten en vrijheden en gerechtvaardigde belangen van de betrokkene (artikel 22, eerste lid, onder b, van de AVG). Ook moeten bestuursorganen in geval van geautomatiseerde individuele besluitvorming vermelden dat het besluit geautomatiseerd wordt genomen en nuttige informatie geven over de onderliggende logica, het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene (artikelen 13, tweede lid, onder f en 14, tweede lid, onder g, van de AVG).

8. Uit het concept wetsvoorstel Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: Uitvoeringswet AVG) dat ter openbare consultatie is aangeboden, blijkt dat de Nederlandse wetgever van plan is om een onderscheid te maken tussen geautomatiseerde besluiten en geautomatiseerde besluiten op basis van profilering.¹⁴ Blijkens de concept toelichting bij dit voorstel is bij geautomatiseerde besluitvorming niet per se sprake van het tegenwerpen van generieke kenmerken aan een persoon, of van verwerkingen van persoonsgegevens die risicovol zijn in het licht van potentiële discriminatie. Er kan ook sprake zijn van 'geautomatiseerde individuele besluitvorming op basis van strikt individuele kenmerken, bijvoorbeeld bij gebonden besluitvorming in het kader van het toekennen van bepaalde toeslagen'.¹⁵

Voor deze categorie geautomatiseerde besluiten wordt in artikel 38, eerste lid, van het concept wetsvoorstel Uitvoeringswet AVG voorgesteld dat het recht uit 22 van de AVG niet geldt als de geautomatiseerde besluitvorming noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust of noodzakelijk is ter uitvoering van een taak van algemeen belang. Op deze wijze maakt de wetgever gebruik van de ruimte uit artikel 22, eerste lid, onder b, van de AVG. Ter aanvulling wordt voorgesteld dat de verwerkingsverantwoordelijke dan passende maatregelen treft die strekken tot bescherming van het gerechtvaardigd belang van de betrokken. De passende waarborgen die het bestuursorganen in dat geval moet bieden zijn volgens de toelichting bij het concept wetsvoorstel Uitvoeringswet AVG de gebruikelijke bestuursrechtelijke waarborgen, waaronder het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel, en het bieden van bescherming via bezwaar en beroep op grond van de Awb. Deze uitzondering wordt niet voorgesteld voor geautomatiseerde besluiten gebaseerd op profilering.

9. En zo zijn wij weer terug bij de bestuursrechtelijke rechtsbescherming die centraal stond in deze uitspraak.

Of we nu naar geautomatiseerde overheidsbesluiten kijken vanuit het bestuursrecht of vanuit het gegevensbeschermingsrecht, onontkoombaar lijkt dat bij besluiten over de motorrijtuigenbelasting, uitkeringen, kinderbijslag, kwijtschelding gemeentelijke belastingen etc., de faciliterende software meer dan nu onderwerp van discussie zal worden in de rechtszaal.

Mr. B.M.A. van Eck

13 Zie ook B.C. van Breda, 'Profilering in de AVG: nieuwe regels, voldoende bescherming?', *Computerrecht* 2017/154, afl. 4 (p. 223-229).

14 www.internetconsultatie.nl/uitvoeringswetavg/details. De consultatie is gesloten op 20 januari 2017.

15 Concept wetsvoorstel Uitvoeringswet AVG, toelichting behorend bij artikel 38, p. 84.