

# Digitaal bewijs in het bestuursrecht

Citation for published version (APA):

Albers, C. L. G. F. H. (2021). Digitaal bewijs in het bestuursrecht: Over geautomatiseerde besluitvorming efficiency en een rechtsbeschermingsvacuüm. In P. T. J. Wolters, R. M. Hermans, A. U. Janssen, & P. Ortolani (Eds.), *Digitalisering en conflictoplossing* (pp. 11-35). Wolters Kluwer .

## Document status and date:

Published: 01/12/2021

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Document license:

Taverne

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

<https://www.ou.nl/taverne-agreement>

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 16 Feb. 2025

Open Universiteit  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



# DIGITAAL BEWIJS IN HET BESTUURSRECHT... OVER GEAUTOMATISEERDE BESLUITVORMING, EFFICIENCY EN EEN RECHTSBESCHERMINGSVACUÛM

*C.L.G.F.H. Albers*<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Met de toenemende digitalisering van de samenleving vindt ook de bestuurlijke besluitvorming in toenemende mate digitaal plaats. De veranderingen in het besluitvormingsproces die geautomatiseerde besluitvorming met zich brengt hebben ook hun weerslag op het bestuursrechtelijk bewijs(recht) en daarmee op de rechtsbescherming van de burger en/of onderneming.<sup>2</sup> Zoals in §2 nog zal worden uiteengezet vindt in het bestuursrecht de bewijsgaring en bewijswaardering grotendeels door het bestuursorgaan in de bestuursrechtelijke besluitvormingsfase plaats. Het nemen van een besluit impliceert dat het bestuursorgaan vooraf alle relevante feiten en gegevens verzamelt. Zonder feitelijke informatie (bewijs) kan een bestuursorgaan immers niet beoordelen of voldaan is aan de wettelijke vereisten om een besluit te nemen. Bij geautomatiseerde besluitvorming verwerkt het geautomatiseerde besluitvormingssysteem de relevante feiten en komt het op basis van een waardering van deze feiten tot een besluit. In deze bijdrage ga ik in op dit door een geautomatiseerd besluitvormingssysteem digitaal verwerkte en gewaardeerde bewijs dat ten grondslag wordt gelegd aan digitaal genomen besluiten en de wijze waarop de wederpartij van de overheid (burger/onderneming)

---

1 Mr. dr. C.L.G.F.H. (Karianne) Albers is universitair hoofddocent Staats- en bestuursrecht aan de Open Universiteit en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Rotterdam/Limburg. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 13 maart 2021. Met later verschenen rechtspraak en literatuur kon dan ook geen rekening worden gehouden.

2 In deze bijdrage wordt gesproken over burger en/of onderneming (ook wel: burger/onderneming). Dit houdt verband met het feit dat sommige besluiten van bestuursorganen die hier aan de orde komen om de theorievorming en rechtspraak rond digitaal bewijs in kaart te brengen alleen gericht zijn tot burgers (denk aan een besluit tot toekenning van een bijstandsuitkering of een arbeidsongeschiktheidsuitkering). Andere besluiten die aan de orde komen kunnen een burger/natuurlijke persoon en onderneming treffen (bijv. een besluit tot geslotenverklaring van een bepaalde weg). Tenslotte zijn er besluiten die in de regel gericht zijn tot ondernemingen (dit is vaak het geval in het financieel-economisch bestuursrecht).

zich daartegen te weer kan stellen. Centraal staat de vraag of de verdedigingsrechten van de burger/onderneming vanuit bewijsrechtelijk perspectief niet al te zeer onder druk komen te staan door geautomatiseerde besluitvorming.

Hier moet nog vermeld worden dat ook buiten de sfeer van geautomatiseerde besluitvorming digitaal bewijs een rol kan spelen. Zo zijn er ook situaties waarin een besluit op de 'klassieke wijze' door een ambtenaar van vlees en bloed (namens het bestuursorgaan) wordt genomen maar waarbij het bewijs dat aan een besluit ten grondslag wordt gelegd wel (in belangrijke mate) afkomstig is uit digitale bronnen – zoals 'open bronnen' op internet – al dan niet gegenereerd door geautomatiseerde zoeksystemen.<sup>3</sup> In veel gevallen gaat het dan om bewijs dat ten grondslag wordt gelegd aan besluiten van bestuursorganen in de handhavingssfeer. Te wijzen valt op intrekking en terugvordering van een (bijstands)uitkering en de oplegging van een bestuurlijke boete vanwege de schending van de inlichtingenplicht,<sup>4</sup> omdat uit de Facebookpagina van de (voormalig) uitkeringsgerechtigde blijkt dat hij/zij intussen samenwoont met een partner die een riant inkomen heeft.<sup>5</sup> Men kan zich de vraag stellen in hoeverre deze wijze van bewijsgaring – want daar gaat het dan in de regel om – rechtmatig en toegestaan is. Zo kan de vraag worden opgeworpen of er (afhankelijk van de aard en omvang van de bewijsgaring) geen sprake is van een ongerechtvaardigde inbreuk op fundamentele rechten (denk aan o.a. het recht op privacy zoals neergelegd in art. 8 EVRM).<sup>6</sup> Gelet op de beperkte omvang van deze bijdrage zal daar niet verder op in gegaan worden.<sup>7</sup> Buiten beschouwing blijven verder de gedigitaliseerde procedure bij de bestuursrechter en de bewijsrechtelijke problemen die in dat

3 Zie hierover o.a. J.J. Oerlemans & Y.E. Schuurmans, 'Internetonderzoek door bestuursorganen', *NJB* 2019/1132, p. 1458-1466; Algemene Rekenkamer, *Datagedreven selectie van aangiften door de Belastingdienst*, 2019 (raadpleegbaar via *Kamerstukken II* 2018/19, 31066, nr. 488).

4 Zie art. 17 Pw.

5 Zie CRvB 10 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3124; CRvB 4 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2284. Zie verder bijvoorbeeld ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2473; Rb. Amsterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4442.

6 Zie HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286 (*Automatic Numberplate Recognition (ANPR)*) waarin een inbreuk op art. 8 EVRM wordt vastgesteld door de Hoge Raad. Zie in bredere zin over digitalisering en grondrechten: M.J. Vetzó, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en grondrechten* (Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging UU), Den Haag: Bju 2018.

7 Zie daarover uitvoerig Oerlemans & Schuurmans 2019.

kader kunnen ontstaan bijvoorbeeld als er iets mis is gegaan bij digitale indiening van processtukken.<sup>8</sup>

In deze bijdrage komt in §2 eerst het bestuursrechtelijke bewijsstelsel aan de orde. In §3 ga ik in op geautomatiseerde besluitvorming. Daarna gaat in §4 aandacht uit naar de rechtsbescherming tegen digitaal genomen besluiten. Ik sluit af met een conclusie (§5) waarin ik een antwoord zal geven op de vraag of de verdedigingsrechten van de burger/onderneming vanuit bewijsrechtelijk perspectief niet al te zeer onder druk komen te staan door geautomatiseerde besluitvorming.

## 2. Bewijs in het bestuursrecht

In het bestuursprocesrecht wordt uitgegaan van een ‘vrije bewijsleer’. Dat betekent dat regels van materieel bewijsrecht in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) grotendeels ontbreken en het aan de bestuursrechter is om te bepalen op wie bijvoorbeeld de bewijslast rust en wie bijvoorbeeld het bewijsrisico draagt als bepaalde zaken niet bewezen kunnen worden. De bestuursrechter heeft op dit punt veel vrijheid.<sup>9</sup> Op grond van de wetsgeschiedenis worden hem wel enkele richtsnoeren geboden. Zo staat de materiële waarheidsvinding voorop en dient de bestuursrechter ongelijkheidscompensatie te bieden.<sup>10</sup> Dit laatste betekent dat hij de (zonder gemachtigde procederende) appellants voldoende ‘helpt’ bij het leveren van bewijs. Dit kan bijvoorbeeld door de appellants te sturen voor wat betreft

8 Zie daarover (met verdere verwijzingen): C.L.G.F.H. Albers, ‘Digitaal procederen vanuit het perspectief van de burger. Over ‘toegankelijke rechtspraak’ en een ‘eenvoudige en snelle’ rechtsgang’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 321-347; C.L.G.F.H. Albers, ‘Digitaal communiceren en procederen in het bestuursrecht anno 2020: Over burgerperspectief, doenvermogen en een overheid die te veel wil...’, *JBPlus* 2020/1, p. 2-20.

9 Zie o.a. R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, *Onderwijseditie bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Rechtsbescherming tegen de overheid, deel 2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 99 e.v. Zie over bestuursrechtelijk bewijsrecht in algemene zin o.m.: Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht: zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen*, Deventer: Kluwer 2005; R.J.N. Schlössels, ‘Een vrije en kenbare bewijsleer?’, in: *Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?* (VAR-reeks 142), Den Haag: BJu 2009, p. 39 e.v.

10 Zie bijvoorbeeld *PG Awb II*, p. 173 en 177.

het aan te dragen bewijs<sup>11</sup> of door ambtshalve feitenonderzoek te doen (art. 8:69 lid 3 Awb).<sup>12</sup>

Dat er sprake is van een vrij bewijsleer betekent niet dat er helemaal geen regels zijn van bewijsrecht. In de Awb zijn diverse bepalingen van 'formeel bewijsrecht' opgenomen. Denk daarbij aan regelingen omtrent het getuigenverhoor, het benoemen van deskundigen en het onderzoek ter plaatse.<sup>13</sup> Materieel bewijsrechtelijke bepalingen zijn echter nagenoeg niet te vinden in de Awb. Hooguit kan gesproken worden van enkele richtinggevende algemene bepalingen die implicaties hebben voor het materiële bewijsrecht. Te wijzen valt op art. 3:2 Awb op grond waarvan een bestuursorgaan een besluit zorgvuldig moet voorbereiden door "de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen" te vergaren. Ook art. 4:2 lid 2 Awb heeft gevolgen voor het materiële bewijsrecht. Daaruit volgt dat de aanvrager van een beschikking (zie art. 1:2 lid 3 Awb) de "gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij *redelijkerwijs* de beschikking kan krijgen" moet verschaffen. Meer specifieke bepalingen van materieel bewijsrecht zijn soms opgenomen in de bijzondere bestuursrechtelijke wet. Verder heeft in de rechtspraak intussen de nodige inkadering plaatsgevonden.<sup>14</sup> Binnen het bestek van deze bijdrage kan daar niet zeer uitgebreid bij stil worden gestaan, maar het komt

11 Bijvoorbeeld door het stellen van vragen, het geven van voorlichting over de in het kader van de besluitvorming en rechterlijke beoordeling van de rechtmatigheid van het aangevochten besluit noodzakelijke gegevens en feiten, en door regie te voeren ten aanzien van bewijs.

12 Overigens blijkt uit onderzoek dat de rechter minder actief is en minder aan ongelijkheidscompensatie doet dan oorspronkelijk door de Awb-wetgever was voorzien. Zie (met verdere verwijzingen) Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, p. 95 e.v.; B.J. Schueler, 'De metselaar. Bewijs in het bestuursprocesrecht', in: T. Barkhuysen, J.E.M. Polak, B.J. Schueler en R.J.G.M. Widdershoven, *AB klassiek*, Deventer: Kluwer 2009, p. 565-580. Uit empirisch onderzoek blijkt bovendien dat ook initiatieven om tot een meer actieve rol van de rechter te komen (zoals de binnen de rechtspraak ontwikkelde 'Nieuwe zaaksbehandeling' en 'professionele standaarden') (thans nog) niet hun vruchten lijken af te werpen. Zie: A.T. Marseille, B.W.N. de Waard, P. Laskewitz, 'De Nieuwe zaaksbehandeling in de bestuursrechtelijke praktijk', *NJB* 2015/1482, p. 2006-2014, i.h.b. p. 2013-2014.

13 Zie art. 8:46, 8:47, 8:48, 8:50 en 8:60 Awb.

14 Zie hierover uitvoerig M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, §4.2.3.1; Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, p. 101 e.v.. Zie bijvoorbeeld m.b.t. door de bestuursrechter ontwikkelde bewijsregels bij bestraffende sancties: C.L.G.F.H. Albers, 'Primitief strafrecht? Over decriminalisering, bestuursstrafrecht en rechtsbescherming', in: Tom Barkhuysen, Bert Marseille, Willemien den Ouden, Hans Peters & Raymond Schlössels (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 309-320.

er op neer dat er per 'soort' besluit andere bewijsregels (kunnen) gelden.<sup>15</sup> Zo ligt het voor de hand dat een burger die aanspraak wil maken op een bijstandsuitkering moet aantonen dat hij voldoet aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor die uitkering (zie art. 4:2 lid 2 Awb en verder o.a. de art. 11 t/m 16 en 19 van de Participatiewet). Neemt het bestuur ambtshalve een belastend – d.w.z. voor de burger en/of onderneming nadelig – besluit, zoals een besluit tot intrekking van een vergunning of uitkering, dan zal het bestuursorgaan *aannemelijk* moeten maken dat aan de voorwaarden voor het nemen van dit besluit is voldaan.<sup>16</sup> In dat kader worden hoge eisen gesteld aan de zorgvuldige voorbereiding van het besluit (art. 3:2 Awb) en de motivering van het besluit (art. 3:46 Awb). Is zo'n belastend besluit tevens aan te merken als een bestraffende sanctie (meestal gaat het dan om de oplegging van een bestuurlijke boete)<sup>17</sup> dan ligt de lat nog hoger.<sup>18</sup> Het bestuursorgaan zal dan de overtreding waar het boetebesluit op ziet moeten stellen en bewijzen.<sup>19</sup> Bij twijfel geniet de vermoedelijke overtreder het voordeel van de twijfel. Tenslotte moet het dragend bewijs van de overtreding bij de voltooiing van de bestuurlijke besluitvorming geleverd zijn.<sup>20</sup>

Het nemen van een besluit impliceert dat het bestuursorgaan vooraf alle relevante feiten en gegevens verzamelt. Zonder feitelijke informatie (bewijs) kan een bestuursorgaan immers niet beoordelen of voldaan is aan de wettelijke vereisten om een besluit te nemen. Omdat de bewijsgaring en bewijswaardering plaatsvindt voordat een besluit wordt genomen neemt de bestuursrechter dan ook een andere rol aan dan zijn civielrechtelijke en strafrechtelijke collega. Ofschoon de Awb en de wetsgeschiedenis de bestuursrechter neerzetten als een 'actieve rechter die op zoek gaat naar

15 Zie voor een uitgebreide weergave van uit de rechtspraak voortvloeiende (materiele) bewijsregels Schreuder-Vlasblom 2017, §4.2.3.1.

16 Zie bijvoorbeeld CRvB 7 november 2006, AB 2007/73, m.nt. H.E. Bröring; CRvB 9 november 2010, JB 2011/13. Zie verder: Schreuder-Vlasblom 2017, §4.2.3.1.

17 Zie daarover C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten: balanceren op een magische lijn?* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers, 2002.

18 Vgl. Albers 2019, p. 313 e.v.

19 Terwijl het bij andere soorten besluiten voor de bestuursrechter voldoende kan zijn dat de feiten (voldoende) aannemelijk zijn gemaakt door het bestuursorgaan. Zie bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels, 'Bewijswaardering in het bestuursproces: goochelen met zekerheid?', AA 2010/7-8, p. 476-486, i.h.b. p. 477 en p. 484 e.v.

20 Zie o.a. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1819, JB 2017/151 m. nt. C.L.G.F.H. Albers, zie verder o.a. ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234, JB 2013/169; HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6350, JB 2011/129 m. nt. C.L.G.F.H. Albers i.h.b. r.o. 4.11.3 en ABRvS 30 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:4034, JB 2016/30 m. nt. C.L.G.F.H. Albers.

de materiële waarheid' beoordeelt de bestuursrechter in de praktijk vaak alleen of de bestuurlijke feitenvaststelling zorgvuldig heeft plaatsgevonden en of het bestuursorgaan op basis van dit bewijs redelijkerwijs tot het genomen besluit heeft kunnen komen.<sup>21</sup> De bestuursrechter zal bijvoorbeeld niet snel zelf op zoek gaan naar (aanvullend) bewijs op basis van zijn bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen (art. 8:69 lid 3 Awb). Het oproepen van getuigen (art. 8:46 en 8:60 lid 1 Awb), het benoemen van een deskundige (art. 8:47 en 8:60 lid 1 Awb), of bijvoorbeeld het houden van een descende (art. 8:50 Awb)<sup>22</sup> vindt slechts in (zeer) uitzonderlijke gevallen plaats.

### 3. Geautomatiseerde besluitvorming

Met de toenemende digitalisering van de samenleving vindt ook de bestuurlijke besluitvorming in toenemende mate digitaal plaats. Vooral grote beschikkingenfabrieken – zoals bijvoorbeeld de Belastingdienst (toeslagen), het UWV, de DUO en de Svb – zijn gebaat bij het digitaal verwerken van aanvragen en het digitaal nemen van besluiten.<sup>23</sup> Hoewel aanvankelijk met name bij financiële beschikkingen (denk naast de hierboven genoemde voorbeelden ook aan verkeersboetes en WOZ-beschikkingen) werd overgegaan tot digitale besluitvorming treffen we digitale besluitvormingssystemen intussen ook aan op andere terreinen van het bijzondere bestuursrecht. Te wijzen valt op het (materiële) omgevings- en

21 Vgl. Schlössels, Schutgens & Zijlstra 2019, p. 95 e.v.

22 Uit een onderzoek op [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) blijkt dat tussen 2000 en oktober 2020 (een periode van 20 jaar) 85 (gepubliceerde) uitspraken zijn gedaan waarin art. 8:50 Awb een rol speelt. Dat wil niet zeggen dat in al die gevallen een descende is gehouden. In ongeveer 25% van de gevallen is door appellanten gevraagd om een descende maar besluit de bestuursrechter dat hij geen toepassing geeft aan art. 8:50 Awb. Het aantal descentes dat – uitgaande van de informatie van [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) – heeft plaatsgevonden komt daarmee op 61 uit (ofwel drie descentes per jaar in totaal). In verreweg de meeste gevallen waarin toepassing wordt gegeven aan art. 8:50 Awb vindt dat (logischerwijs) plaats tijdens het onderzoek bij de rechtbank (dus in eerste aanleg). Zie: [23 Zie ook M. van Eck, \*Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming\* \(diss. Tilburg\), Tilburg 2018. In dit proefschrift is veel informatie te vinden over problemen die kunnen ontstaan in de rechtsbeschermingsfeer als de besluitvorming verregaand gedigitaliseerd is.](https://uitspraken.rechtspraak.nl/#zoekverfijn/zit[0][zt]=8%3A50+Awb&zit[0][fi]=AlleVelden&zit[0][ft]=Alle+velden&so=Relevance&ps[1]=ps1, geraadpleegd op 8 oktober 2020).</a></p></div><div data-bbox=)

natuurbeschermingsrecht.<sup>24</sup> Verder wordt sinds 1 oktober 2019 door middel van een computergestuurde gedragstest beoordeeld of iemand in aanmerking komt voor een wapenverlof op grond van de Wet wapens en munitie.<sup>25</sup>

Het is overigens de vraag of de besluitvorming bij bestuursbevoegdheden waarbij 'subjectieve' oordelen een rol (moeten) spelen (denk aan belangenafweging, maatwerkbesluiten) überhaupt aan een geautomatiseerd besluitvormingssysteem kan worden overgelaten. Bij (meer) objectieve besluitvorming, waarbij het geautomatiseerde systeem kan volstaan met eenvoudige(re) rekenmodellen ligt geautomatiseerde besluitvorming eerder voor de hand (denk aan verkeersboetes bij snelheidsovertredingen of de toekenning van kinderbijslag).

### 3.1 De rol van automatisering bij bestuurlijke besluitvorming

De rol van automatisering bij bestuurlijke besluitvorming is echter veel omvangrijker. Bij meer dan de helft van de beschikkingen die door bestuursorganen genomen worden speelt automatisering tegenwoordig een rol.<sup>26</sup> Dat kan in de vorm van geautomatiseerde besluitvorming (zoals in de hierboven genoemde voorbeelden), maar het gaat ik veel gevallen ook om andere vormen van automatisering die gevolgen hebben voor het bestuurlijke besluitvormingsproces. In de inleiding werd al het voorbeeld gegeven van bewijsgaring in het kader van bestuurlijke handhavingsbesluiten via het doorzoeken van digitale bronnen – zoals 'open bronnen' op internet – al dan niet gegenereerd door geautomatiseerde zoeksystemen. Daarnaast speelt bijvoorbeeld bij veel besluiten van bestuursorganen 'ketenbesluitvorming' (al dan niet gecombineerd met geautomatiseerde besluitvorming) een rol. Daarbij maakt een bestuursorgaan gebruik van de (digitaal beschikbare) gegevens van een ander bestuursorgaan. Denk bijvoorbeeld aan gebruik van de NAW-gegevens uit de Basisregistratie Personen (BRP) voor het toekennen van huurtoeslag en gebruik van de

24 Gedacht kan worden aan de AERIUS Calculator, het rekeninstrument dat de hoeveelheid stikstofdepositie berekent die individuele projecten veroorzaken op Natura 2000-gebieden, waar ik verderop in deze bijdrage nog verder op in zal gaan.

25 *Stb.* 2019, 307. Dat dit de nodige kritiek oproept moge – mede gelet op de casus Alphen aan de Rijn (zie ook HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409) – duidelijk zijn. Zie bijvoorbeeld [nos.nl/artikel/2304601-schietverenigingen-waarschuw-voor-computertest-bij-afgifte-wapenvergunning.html](https://nos.nl/artikel/2304601-schietverenigingen-waarschuw-voor-computertest-bij-afgifte-wapenvergunning.html).

26 Zie Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 14.



kentekenregistratie/tenaamstelling van voertuigen bij de RDW bijvoorbeeld voor het opleggen van verkeersboetes. Een fout in de BRP of in het kentekenregistratiesysteem van de RDW kan zo gevolgen hebben voor allerlei andere besluiten waarbij van deze gegevens wordt uitgegaan.<sup>27</sup>

Automatisering speelt verder een rol bij bestuurlijke besluitvorming doordat er (o.a. in het belastingrecht en socialezekerheidsrecht) gebruik wordt gemaakt van big data op grond waarvan door een zelflerend systeem wordt gezocht naar bepaalde structuren en patronen. Deze gegevens worden vervolgens (bijvoorbeeld) gebruikt om meer gericht gebruik te kunnen maken van toezichts- en handhavingsbevoegdheden.<sup>28</sup> Dergelijke zelflerende systemen waarbij gebruik gemaakt wordt van grote hoeveelheden data – waaronder ook veel persoonsgegevens – zijn vanuit grondrechtelijk oogpunt problematisch. Zij kunnen bijvoorbeeld een inbreuk maken op het recht op privacy of leiden tot een discriminatoir (handhavings)beleid.<sup>29</sup>

### 3.2 Volledige of gedeeltelijke geautomatiseerde besluitvorming

In deze bijdrage wordt gefocust op geautomatiseerde besluitvorming. Besluitvorming kan volledig of gedeeltelijk geautomatiseerd zijn. Bij volledig geautomatiseerde besluitvorming vindt de besluitvorming volledig op basis van (zelflerende) algoritmische processen<sup>30</sup> plaats. Bij gedeeltelijke geautomatiseerde besluitvorming is sprake van algoritmische ondersteuning in het besluitvormingsproces. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval bij de AERIUS-calculator die gebruikt wordt bij de besluitvorming in het kader van de Wet Natuurbescherming.

27 Zie Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 13 e.v.

28 Zie Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 11 e.v.

29 Zo oordeelde de Haagse rechtbank het Systeem Risico Indicatie (SyRI) in strijd met art. 8 EVRM (het recht op respect voor het privéleven). Zie Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, *JB 2020/63*, m.nt. R.H.T. Jansen & M.D. Reijneveld. Zie verder: Vetzo, Gerards & Nehmelman, 2018.

30 Zie over wat 'algoritmische besluitvorming' inhoudt: J. de Poorter & J. Goossens, 'Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht', *NJB 2019/2777*, p. 3303-3312, i.h.b. p. 3305 e.v. Zie voorts: R.J.N. Schlössels, 'De digitale (r)evolutie van behoorlijk bestuur', in: A. Buijze, P. Langbroek & R. Widdershoven (red.), *Goed bestuur in perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 149-160, i.h.b. p. 150 e.v.

De digitalisering van de bestuurlijke besluitvorming leidt tot veranderingen in de materiële besluitvormingsprocedure.<sup>31</sup> Deze veranderingen brengen voor de wederpartij van het bestuur nadelen met zich. Maatwerk, het voltrekken van een belangenafweging en de toepassing van bijvoorbeeld een hardheidsclausule is nagenoeg uitgesloten bij geautomatiseerde besluitvorming. Een correctie op dat punt kan hooguit achteraf (naar aanleiding van een bestuursrechtelijke procedure) plaatsvinden. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om daar hier uitgebreid bij stil te staan.<sup>32</sup> De veranderingen in het besluitvormingsproces hebben ook hun weerslag op het bestuursrechtelijk bewijs(recht) en daarmee op de rechtsbescherming van de burger/onderneming (in §3.3 en §4 wordt daar nog uitgebreid op ingegaan).<sup>33</sup>

### 3.3 Haken en ogen aan geautomatiseerde besluitvorming in het kader van bewijs en rechtsbescherming

Bij een digitale besluitvormingsprocedure kan er eenvoudig iets misgaan bij de (digitale) feitenvaststelling of verwerking van feiten. Het kan daarbij gaan om een menselijke fout bij degene die de relevante informatie invoert of om de feilbaarheid van het algoritmische systeem. Zo is het niet uitgesloten dat een zelflerend algoritme bevooroordeeld raakt en besluiten neemt die in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel.<sup>34</sup> Als er iets mis gaat in het geautomatiseerde besluitvormingsproces zal dat niet zelden leiden tot een nadelige uitkomst van de besluitvormingsprocedure voor de burger/onderneming, terwijl die nadelige uitkomst naar alle waarschijnlijkheid achterwege was gebleven als er een ambtenaar van vlees en bloed bij de procedure betrokken was geweest.

Een eenvoudig voorbeeld. Als een aanvrager van een werkloosheidsuitkering gegevens heeft verwisseld (bijvoorbeeld de ontslagdatum in vak

31 Zie hierover ook: J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht*, (oratie Tilburg), Tilburg 2020; Schlössels 2019.

32 Zie daarover o.a. C.L.G.F.H. Albers, 'Hardheidsclausules in het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel*, Deventer: Kluwer 2012, p. 89-111, i.h.b. §5 t/m 5.2; R.M. van Male, 'Digitalisering van discretionaire bevoegdheden. Verkenning van rechtsstatelijke grenzen bij het voorbereiden, nemen en bekendmaken van besluiten', in: R.J.N. Schlössels, B.A. Beijen, A.M.M.M. Bots & J.A.F. Peters (red.), *In het nu... Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 263-285; Van Eck 2018, p. 210 en 428; De Poorter & Goossens 2019, p. 3310; Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557.

33 Zie ook De Poorter & Goossens 2019.

34 Zie De Poorter & Goossens 2019, p. 3308-3309.

1a in plaats van 1b op het digitale formulier en de datum van indiensttreding in vak 1b in plaats van 1a) zal dit bij een digitale besluitvormingsprocedure leiden tot een afwijzing van de aangevraagde uitkering, ook al heeft de aanvrager recht op die uitkering. Iets vergelijkbaars maakte ik zelf mee toen ik bij de Belastingdienst/Toeslagen voor een van onze kinderen moest doorgeven dat zij van het kinderdagverblijf (KDV) doorstroomde naar de buitenschoolse opvang (BSO). Het betrof dezelfde organisatie (in hetzelfde gebouw) dus ik had netjes doorgegeven dat ze van KDV naar BSO ging en hoeveel uren per maand tegen welk bedrag zij zou worden opgevangen. Vervolgens kreeg ik een bericht dat de toeslag geweigerd werd omdat er geen BSO bestond met de door mij opgegeven naam behorende bij het registratienummer dat ik had opgegeven. Wat bleek nu. De BSO had een ander registratienummer dan het KDV. Ik was er vanuit gegaan dat beiden onder hetzelfde registratienummer vielen en had dat bij het doorgeven van de wijziging dus ongewijzigd laten staan. Dat KDV en BSO een afzonderlijk registratienummer hadden was voor mij niet duidelijk en bleek ook niet duidelijk uit de afwijzende (want ook geautomatiseerde en niet op maat gemotiveerde) beschikking. Pas nadat ik via de standaard callcentermedewerkers werd doorgeleid naar een medewerker bij de belastingdienst met meer verstand van zaken werd haar (en daarna ook mij) duidelijk wat er mis was gegaan. Vervolgens moest ik nogmaals online de wijziging doorgeven en kreeg ik alsnog (een maand te laat) mijn toeslag.<sup>35</sup>

Een beoordelend ambtenaar had waarschijnlijk in beide hiervoor geschetste casus, deze verschrijving/vergissing bij een ‘papieren’ aanvraag/wijziging opgemerkt en de aanvraag zelf bijgesteld of contact gezocht met de aanvrager.<sup>36</sup> Dit betekent dat bij digitale besluitvorming meer (teveel?) van de burger/aanvrager wordt verwacht terwijl de dienende functie van de overheid<sup>37</sup> meer naar de achtergrond verdwijnt. De burger/aanvrager

---

35 In dit geval was de ‘schade’ nog te overzien. Zie voor enkele schrijvende voorbeelden: Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 15 e.v.

36 Zie ook de noot van Overkleeft-Verburg (m.n. vanaf punt 6) onder CBb 17 juni 2011, *JB 2011/205* (subsidieplafond zonnepanelen) waarin een aantal knelpunten op dit terrein wordt aangestipt.

37 M.H. Ippel, ‘Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter’, *NTB 2020/73*, p. 189-195; en R.J.N. Schlössels, ‘Bestaat er nog een dienende overheid? Kritische opmerkingen vanuit het perspectief van de decentrale overheid’, *Gst. 2010/102*.

moet zelf in actie komen.<sup>38</sup> Hij moet nagaan wat er mis is gegaan en indien nodig zal hij procedurele stappen moeten zetten, bijvoorbeeld door het indienen van een bezwaarschrift<sup>39</sup> of een nieuwe aanvraag (zoals in het geval van de kinderopvangtoeslag). Daarbij wordt van de burger dan verlangd dat hij over het 'doenvermogen'<sup>40</sup> beschikt om deze procedure te starten (een verplichte procesvertegenwoordiging geldt niet in het bestuursproces waardoor de onervaren zelf procederende burger of ondernemer ook nog de nodige procedurele risico's loopt gelet op de complexiteit van het huidige bestuursprocesrecht). Niet iedereen beschikt over dit doenvermogen en laat het er bij zitten (bijvoorbeeld als de kinderopvangtoeslag om een onduidelijke reden wordt afgewezen).<sup>41</sup> Daarbij moet bedacht worden dat het in de hier beschreven voorbeelden nog om relatief eenvoudige zaken gaat waarin voor de burger vaak wel duidelijk is dat hij in zijn recht staat en hij dan ook 'door zal vechten' tot hij zijn recht krijgt. In casus waarin alles veel genuanceerder ligt, of complexer is door ketenbesluitvorming en bestandskoppelingen tussen verschillende overheden, is de drempel om op te komen tegen een geautomatiseerd besluit dat negatief is voor de aanvrager vaak hoger en wordt wellicht ten onrechte afgezien van het aanwenden van rechtsmiddelen, zeker als de burger niet bijgestaan wordt door een gemachtigde. In die gevallen is het ook nog vaak zo dat de burger moet 'bewijzen' dat in het geautomatiseerde besluitvormingssysteem ergens een fout is gemaakt.<sup>42</sup>

38 Zie Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 14.

39 Zelfs als de overheid constateert dat ten onrechte verkeersboetes zijn opgelegd op basis van geautomatiseerde besluitvorming blijkt ambtshalve intrekking van zo'n bestraffend besluit niet (altijd) mogelijk te zijn en kan de boetebeschikking alleen herzien worden als de 'overtreder' een rechtsmiddel aanwendt. Zie Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 7.

40 Zie WRR-rapport nr. 97, "*Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*", 2017 [wrr.nl/publicaties/rapporten/2017/04/24/weten-is-nog-geendoen](http://wrr.nl/publicaties/rapporten/2017/04/24/weten-is-nog-geendoen). Het 'doenvermogen' hangt niet alleen af van intelligentie en bijvoorbeeld het al dan niet kunnen lezen en schrijven. Er wordt een beroep gedaan op allerlei andere mentale vermogens, zoals het vermogen om in actie te komen en om het hoofd voldoende koel te houden. De WRR stelt vast dat burgers in onverwachte omstandigheden of onoverzichtelijke situaties regelmatig blokkeren en dus niet in actie komen. Er bestaat dan ook een behoorlijk verschil tussen wat door de overheid (en de wetgever) van burgers wordt verwacht en wat zij daadwerkelijk aankunnen, zo constateert de WRR (zie o.a. p. 9 en 19).

41 Zie Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 17.

42 Zie Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 17.

Ook als er niet zonder meer sprake is van besluitvorming op basis van onjuiste (feitelijke) gegevens kunnen zich ‘rechtsbeschermingsproblemen’ voordoen als een burger/ondernemer op wil komen tegen een geautomatiseerd genomen besluit dat voor hem negatief uitpakt. Hoe het digitale systeem tot een bepaald besluit komt kan een bestuursorgaan in veel gevallen niet (voldoende specifiek) onderbouwen en motiveren. Dat leidt ertoe dat degene die het besluit wil aanvechten verstoken blijft van informatie die hij nodig heeft om het besluit gemotiveerd te betwisten.<sup>43</sup> De bestuursrechter, die op dit punt aan ongelijkheidscompensatie zou kunnen (en moeten) doen blijft echter eveneens verstoken van informatie over de manier waarop door het geautomatiseerde systeem de feiten zijn verwerkt en gewaardeerd. Daardoor kan ook hij zich geen oordeel vormen over de rechtmatigheid van het besluit en ontstaat er een rechterlijk vacuüm.<sup>44</sup> Op deze procedurele aspecten van het bewijsrecht in relatie tot het recht op verdediging wordt in §4 verder ingegaan.

#### **4. Digitale feitenvaststelling en feitenwaardering en de rechtsbescherming tegen digitaal genomen besluiten**

In het bestuursrecht vindt de feitenvaststelling en feitenwaardering hoofdzakelijk door het bestuursorgaan in de bestuurlijke besluitvormingsfase plaats (zie §2). Bij geautomatiseerde besluitvorming is het proces van feitenvaststelling, feitenverwerking en feitenwaardering (grotendeels) aan het oog van het bestuursorgaan en de belanghebbende onttrokken. Hoe het digitale systeem tot een bepaald besluit komt kan het bestuursorgaan in veel gevallen niet (precies) uitleggen (welke feiten zijn meegenomen in de besluitvorming en welke niet, hoeveel gewicht is aan de afzonderlijke feiten toegekend?, enz.).<sup>45</sup>

Als niet duidelijk is hoe het digitale systeem tot een bepaald besluit komt dan leidt dat ertoe dat degene die het besluit wil aanvechten verstoken blijft van informatie die hij nodig heeft om het besluit gemotiveerd te betwisten. Daarmee verkeert hij in een ongelijkwaardige procespositie ten

---

43 Zie ook Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, o.a. p. 3 en p. 9 e.v.

44 Zie bijvoorbeeld Van Eck 2018, o.a. p. 428-429. Vgl. ook De Poorter & Goossens 2019, p. 3304 en p. 3306 e.v. Zij waarschuwen voor het ontstaan van een ‘rechterlijk vacuüm’.

45 In principe impliceert dit dat het bestuursorgaan zijn besluit niet kan voorzien van een kenbare motivering (automatisch kan dan niet vastgesteld worden of er sprake is van een deugdelijke motivering).

opzichte van het bestuursorgaan en komt het recht op verdediging in het gedrang.<sup>46</sup>

In de rechtspraak van onder andere het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is eerder al in algemene zin geconstateerd dat het recht op verdediging en de waarborgen van een eerlijk proces (fair trial) onder omstandigheden onder druk kunnen komen te staan in bestuursrechtelijke procedures als de burger een kennisachterstand heeft als het gaat om de feiten waarop een besluit steunt. Uit deze rechtspraak van het EHRM kunnen algemene criteria worden afgeleid met betrekking tot de mogelijkheid voor een procespartij om kennis te kunnen nemen van bewijs dat aan een besluit ten grondslag ligt en de mogelijkheid om dit bewijs gemotiveerd te kunnen betwisten. Deze criteria en eisen kunnen naar analogie worden toegepast in procedures over digitaal genomen besluiten.

Deze rechtspraak van het EHRM zal in §4.1 kort worden besproken. In §4.2 zal ingegaan worden op een aantal bestuursrechtelijke uitspraken waarin het gaat om digitaal genomen besluiten of besluiten die (mede) gebaseerd zijn op digitaal bewijs.

#### 4.1 *Algemene eisen die op grond van de rechtspraak over een 'eerlijk proces' aan bewijs worden gesteld*

Voordat ik inga op de rechtspraak van het EHRM merk ik nog het volgende op. In de bestuursrechtspraak speelt techniek en specialistische kennis altijd al een rol. Denk bijvoorbeeld aan een procedure over een complexe omgevingsvergunning voor een milieuhygiënische inrichting waarbij onder andere geluids- en geurnormen een rol spelen of aan de beoordeling van de mate van arbeidsongeschiktheid in het kader van de toekenning van een WIA-uitkering waarbij de medische beoordeling doorslaggevend is. De bestuursrechter beschikt niet zelf over al deze specialistische en technische kennis en is dus altijd al afhankelijk van de feitenvaststelling en

---

46 Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Gst. 2017/170*, m.nt. B. Assink (*Aerius PAS*); ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*); HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *AB 2018/388*, m.nt. P.A. Flutsch (*Woz-beschikking*). Anders: CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:1737, *JB 2019/147*, m.nt. Timmermans. Overigens heeft de Afdeling bestuursrechtspraak op 29 mei 2019 (o.a. in ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603) geoordeeld dat het PAS – gelet op het Unierecht – als afwegingskader op materiële gronden in de huidige vorm niet ten grondslag kan worden gelegd aan vergunningen op grond van de Wet Natuurbescherming of aan het accepteren van meldingen.

-waardering door deskundigen, die meestal namens of in dienst van het bestuursorgaan optreden. De bestuursrechter zal in eerste instantie op deze informatie moeten afgaan hoewel hij dergelijke 'deskundigen-rapporten' wel aan een kritische toets zal moeten onderwerpen. Bij twijfel moet hij zelf een deskundige benoemen (art. 8:47 en 8:60 lid 1 Awb) om een (tegen)advies uit te (laten) brengen.<sup>47</sup> In dat opzicht heeft de bestuursrechter wel al (enige) ervaring met de beoordeling van besluiten die steunen op (technisch) bewijs dat hij zelf niet inhoudelijk kan beoordelen of waarderen. In lijn met het voorgaande zou hij ook bij besluiten die geautomatiseerd tot stand gekomen zijn gebruik kunnen maken van deskundigenadvies met betrekking tot dit besluitvormingssysteem.<sup>48</sup> Het is zeker niet uitgesloten dat hij hiertoe – op grond van verdragsrecht – onder bepaalde omstandigheden zelfs verplicht is (zie hierna).

Op grond van het EVRM gelden de algemene waarborgen van een effectief rechtsmiddel en een eerlijk proces (fair trial) (zie art. 6 en 13 EVRM) voor het overgrote deel van de besluiten van bestuursorganen.<sup>49</sup> Voor zover besluitvorming verband houdt met de tenuitvoerlegging van Unierecht biedt het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HGEU) in art. 47 vergelijkbare waarborgen.<sup>50</sup> De nadruk in deze bijdrage ligt, vanwege het ruimere toepassingsbereik en het feit dat het Hof van Justitie van de Europese Unie bij de uitleg van art. 47 HGEU leunt op de rechtspraak van het EHRM, op het EVRM en de uitleg dit het EHRM geeft aan de genoemde waarborgen.

Op grond van de in het EVRM neergelegde waarborgen worden in de rechtspraak van het EHRM (indirect) eisen gesteld aan bewijs. Daarbij verdient

47 Vgl. Schlössels, *AA* 2010/7-8, p. 484.

48 Zie ook: B.J. van Ettekoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: L.M. Coenraad, P. Ingelse, B.J. van Ettekoven, A.T. Marseille, J.H. Crijns & R.S.B. Kool, *Afscheid van de klassieke procedure?* (NJV-pleadadviezen 2017), Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2017, p. 139-265, i.h.b. p. 259-260.

49 Een aanzienlijk deel van de beschikkingen die bestuursorganen nemen valt onder het begrip 'civil rights and obligations' of (voor zover het bijvoorbeeld gaat om bestuurlijke boetes) het begrip 'criminal charge' uit art. 6 EVRM waarin het recht op een eerlijk proces is neergelegd.

50 Art. 47 HGEU kent een beperkter toepassingsbereik dan art. 6 EVRM. Het is immers alleen van toepassing voor zover een besluit van bestuursorgaan de tenuitvoerlegging van Unierecht betreft. Zie art. 51 HGEU en HvJ EU 26 februari 2013, *JB* 2013/58, m.nt. Veenbrink en De Waele (*Åkerberg Fransson*) waarin het HvJ EU aangeeft hoever het toepassingsbereik van het HGEU strekt. Bij de uitleg van de in het handvest neergelegde grondrechten wordt aangesloten bij de rechtspraak van het EHRM. Zie ook art. 52 lid 3 HGEU.

opmerking dat – zoals het EHRM ook aangeeft in zijn rechtspraak – het EVRM zelf geen bewijsregels bevat. Deze regelgeving laat het EHRM expliciet over aan de partijstaten. Het Europese Hof beoordeelt slechts of de procedure in zijn geheel ‘fair’/eerlijk is.<sup>51</sup> In dat kader geeft het EHRM wel regelmatig oordelen over bewijs of oordelen die van invloed zijn op bewijs. Deze (algemene) oordelen zijn ook van belang voor (juridische) procedures over digitale besluiten.

Zo kan uit de rechtspraak van het EHRM worden afgeleid dat er geen sprake is van een eerlijk proces als een partij geen toegang heeft tot essentiële (proces)stukken en bewijsmiddelen. In dat geval is het beginsel van equality of arms (wapengelijkheid) geschonden. Bekend zijn de arresten Mantovanelli<sup>52</sup> en Korošec<sup>53</sup> die beiden gaan over het recht op een eerlijk proces en de daarvan deel uitmakende eis van ‘equality of arms’. In Korošec heeft het EHRM nog eens benadrukt dat het recht op een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM onder andere inhoudt dat elke partij een redelijke kans of gelegenheid wordt geboden om haar zaak te bepleiten (verdedigingsbeginsel) zonder dat er sprake is van een substantieel ongelijke positie ten opzichte van de wederpartij (equality of arms/wapengelijkheid).<sup>54</sup> Voor zover wel ongelijkheid dreigt te ontstaan zal de bestuursrechter ongelijkheidscompensatie moeten bieden. Deze algemeen geformuleerde norm brengt met zich dat diverse bewijsgerelateerde procedurele aspecten kunnen leiden tot de conclusie dat er geen sprake (meer) is van een eerlijk proces. Het gaat dan bijvoorbeeld om de mogelijkheid van partijen om te reageren op deskundigenbewijs (Mantovanelli) of de vraag naar de onpartijdigheid van een deskundigenadvies (Korošec<sup>55</sup>). Op basis van deze ruim geformuleerde norm kunnen veel aspecten van de rechtsbeschermingsprocedure beoordeeld worden op ‘fairness’ en

51 Zie EHRM 12 juli 1988, ECLI:CE:ECHR:1988:AC2589, *NJ* 1988/851, m.nt. E.A. Alkema (*Schenk/Zwitserland*), i.h.b. §44-45.

52 EHRM 18 maart 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:AD4449, *JB* 1997/112, m.nt. A.W. Heringa (*Mantovanelli/Frankrijk*).

53 EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, *AB* 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Korošec/Slovenië*).

54 EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212, *AB* 2016/167, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Korošec/Slovenië*), §46.

55 Zie bijvoorbeeld ook EHRM 21 januari 2014, *EHRC* 2014/143 m.nt. A.M.L. Jansen (*Placi/Italië*), i.h.b. §74 e.v.



wapengelijkheid.<sup>56</sup> Zo kan uit deze norm ook worden afgeleid dat een redelijke kans om de zaak te bepleiten (verdedigingsbeginsel) alleen aanwezig is als de partij beschikt over inzicht in, en kennis van de feiten en het bewijs dat aan een besluit (of rechterlijke uitspraak) ten grondslag is gelegd.<sup>57</sup> Dit laatste aspect speelt ook vaak bij digitaal genomen besluiten.

#### 4.2 *Uitspraken van de Nederlandse bestuursrechter over digitaal genomen besluiten, bewijs en de procespositie van de burger*

Geautomatiseerde (ofwel algoritmische) besluitvorming brengt niet zelden een 'black-box'-effect met zich. Hoe het besluitvormingssysteem tot een bepaald besluit is gekomen (m.a.w. welke feiten het bestuursorgaan aan zijn besluit ten grondslag heeft gelegd, hoe het deze feiten heeft verwerkt en welk gewicht het aan de afzonderlijke feiten in onderling verband toekent) wordt dan niet duidelijk. Uit de hierboven beschreven rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat daardoor het recht op een eerlijk proces onder druk staat. Daarom hebben enkele Nederlandse bestuursrechtelijke hogerberoepsrechters intussen rechtspraak ontwikkeld waarmee bij geautomatiseerde besluiten beter invulling kan worden gegeven aan de procedurele waarborgen die horen bij het recht op een eerlijk proces (in het bijzonder het verdedigingsbeginsel en het beginsel van wapengelijkheid). Hierna zullen de belangrijkste uitspraken op dat punt worden besproken. Het gaat om enkele uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake vergunningen en meldingen op grond van de Wet natuurbescherming en een arrest van de Hoge Raad inzake WOZ-beschikkingen.<sup>58</sup> Kernvraag daarbij is of die rechtspraak een oplossing biedt voor de hiervoor gesignaleerde knelpunten.

In de Afdelingsuitspraken stond de AERIUS Calculator centraal. De AERIUS Calculator wordt (onder andere) gebruikt bij vergunningaanvragen en

---

56 Waaronder bijvoorbeeld de weigering van de rechter om getuigen te horen die een voor de uitkomst van de procedure cruciale verklaring kunnen afleggen (zie EHRM 15 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0315JUD003996609, *EHRC* 2016/123, m.nt. M.J.A.C. Driessen (*Gillissen/Nederland*)). Gelet op de beperkte omvang van deze bijdrage kunnen deze arresten hier niet uitgebreid in kaart worden gebracht.

57 EHRM 28 juni 2001, *EHRC* 2001/61 m.nt. A.W. Heringa (*F.R./Frankrijk*), i.h.b. §36.

58 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Gst.* 2017/170, m.nt. B. Assink (*Aerius PAS*); ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*); HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *AB* 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch (*WOZ-beschikking*).

meldingen op grond van de Wet natuurbescherming<sup>59</sup> en leidt tot een deels geautomatiseerde besluitvorming. Het systeem berekent, zo volgt uit de uitleg in de aangehaalde uitspraak, de depositiebijdrage van emissiebronnen die een gebruiker in het systeem invoert of importeert. Op grond daarvan kan worden vastgesteld of een project of een andere handeling (denk bijvoorbeeld aan de exploitatie van een megastal) door het veroorzaken van stikstofdepositie op een voor stikstof gevoelig habitat in een Natura 2000-gebied een verslechterend of significant verstorend effect kan hebben. Op basis van deze informatie (afkomstig van de AERIUS Calculator) wordt vervolgens vastgesteld of een ingevoerde ontwikkeling stikstofdepositie veroorzaakt die de drempel- of grenswaarde al dan niet overschrijdt. Wordt de drempel- of grenswaarde overschreden dan is de ontwikkeling vergunningplicht.<sup>60</sup>

De Afdeling benoemt in haar uitspraak van 17 mei 2017<sup>61</sup> in r.o. 14.3 eerst het voordeel van (deels) geautomatiseerde besluitvorming, namelijk efficiëntie. Daarna stelt zij:

“14.3 (...) 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.

59 In de betreffende uitspraken ging het nog om de toepassing van het Programma Aanpak Stikstof (PAS), dat beoogde 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. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft op 29 mei 2019 (o.a. in ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603) echter geoordeeld dat het PAS – gelet op het Unierecht – als afwegingskader op materiële gronden in de huidige vorm niet ten grondslag kan worden gelegd aan vergunningen op grond van de Wet Natuurbescherming of het accepteren van meldingen. De AERIUS Calculator wordt echter nog altijd gebruikt in het kader van de verlening vergunningen op grond van de Wet natuurbescherming en het accepteren van meldingen op grond van genoemde wet.

60 Zie ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, r.o. 6.13, *Gst.* 2017/170, m.nt. B. Assink (*Aerius PAS*); ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*).

61 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Gst.* 2017/170, m.nt. B. Assink (*Aerius PAS*).

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.<sup>62</sup>

De Afdeling geeft dus, onder verwijzing naar het beginsel van wapengeleijkheid en het vereiste dat er sprake moet (kunnen) zijn van reële rechtsbescherming, aan dat het bestuursorgaan tijdig en uit eigen beweging volledig inzicht moet verschaffen in het besluitvormingssysteem. Welke keuzes zijn gemaakt? Welke gegevens zijn gebruikt? Van welke aannames is door het besluitvormingssysteem uitgegaan? De opdracht aan het bestuursorgaan is in de hierboven aangehaalde r.o. 14.4 algemeen en ruim gesteld. In een uitspraak van 18 juli 2018 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak op dit punt een verfijning aangebracht.<sup>63</sup> Nadat de Afdeling bestuursrechtspraak in die uitspraak in r.o. 23.1 overweging 14.4 (zie hierboven) uit de uitspraak van 17 mei 2017 nogmaals herhaalt geeft zij in r.o. 23.2 aan dat moet worden onderscheiden tussen standaardinvoergegevens (gegevens die standaard aanwezig zijn in het besluitvormingssysteem) en 'maatwerk' invoergegevens (gegevens die door de gebruiker zelf moeten worden ingevoerd). Uit de uitspraak volgt dat het bestuursorgaan bij het nemen van een (ontwerp-) besluit niet alleen inzichtelijk moet maken wat de uitkomsten zijn van de geautomatiseerde besluitvorming, maar ook op welke keuzen, dat wil zeggen welke maatwerk invoergegevens, zijn besluit is gebaseerd. Deze maatwerk invoergegevens moeten door het bestuursorgaan uit eigen beweging worden overgelegd. Alleen dan kunnen belanghebbenden bepalen of zij gebruik willen maken van de hen ter beschikking staande rechtsbeschermingsmogelijkheden en alleen dan kunnen zij de juistheid van de gebruikte gegevens, de gemaakte berekeningen en de daarop gebaseerde aannames, keuzes en beslissingen controleren en inhoudelijk betwisten.<sup>64</sup> De plicht om gegevens uit eigen beweging over te leggen geldt niet zonder meer voor de gebruikte standaard(invoer)gegevens. De plicht om gegevens uit eigen

62 Zie r.o. 14.3 en 14.4 van ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *Gst. 2017/170*, m.nt. B. Assink (*Aerius PAS*) en ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*).

63 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburgverbinding*).

64 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.3 en 23.4 (*Blankenburgverbinding*).

beweging over te leggen ten aanzien van maatwerkgegevens kent bovendien ook grenzen, zo volgt uit r.o. 23.5 van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 18 juli 2018. Voldoende is dat in of met het besluit duidelijk is gemaakt welke keuzen bij de invoer zijn gemaakt ten aanzien van de maatwerk invoergegevens. Als belanghebbenden bijvoorbeeld voor de onderbouwing van hun beroep behoefte hebben aan nog niet beschikbaar gestelde maatwerkgegevens, dan wel aan informatie over standaardgegevens, dan moet het bestuursorgaan deze gegevens op verzoek van appellanten ter beschikking stellen of de mogelijkheid bieden deze in te zien. In dat kader legt de Afdeling bestuursrechtspraak echter ook een (proces)verplichting bij de belanghebbende. Van hem wordt verwacht dat hij het verzoek om informatie en inzage in de maatwerk en standaard invoergegevens voldoende gespecificeerd en tijdig doet.<sup>65</sup> Tenslotte geeft de Afdeling aan dat de bestuursrechter zo nodig de desbetreffende gegevens kan opvragen op basis van de art. 8:42 Awb (de verplichting van het bestuursorgaan om de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de bestuursrechter toe te zenden) gelezen in samenhang met art. 8:45 lid 1 Awb.<sup>66</sup> Deze overweging lijkt in het teken te staan van het bieden van ongelijkheidscompensatie door de bestuursrechter in gevallen waarin adequate informatievertrekking achterwege is gebleven. Daarnaast zal ook de bestuursrechter moeten weten welke feiten aan een besluit ten grondslag liggen om een oordeel te kunnen geven over de rechtmatigheid van dit besluit.

Geconcludeerd moet worden dat met de Afdelingsuitspraak van 18 juli 2018 de bal weer wat meer bij de belanghebbende/appellant is komen te liggen. De plicht om ambtshalve inzicht te geven in het geautomatiseerde besluitvormingssysteem (bijvoorbeeld in het kader van de motivering van een besluit (zie art. 3:46 Awb)) is gedeeltelijk beperkt door te onderscheiden in standaardinvoergegevens en maatwerkinvoergegevens. Wil de appellant/belanghebbende toch de beschikking krijgen over informatie met betrekking tot de aan de geautomatiseerde besluitvorming ten grondslag liggende keuzes, gegevens en aannames die niet op eigen initiatief door het bestuursorgaan beschikbaar moeten worden gesteld dan zal hij daar tijdig in de procedure en voldoende gespecificeerd om moeten vragen.

65 Dient een belanghebbende het verzoek te laat in de procedure in en beschikt hij daardoor te laat over de gegevens om er nog in de procedure op te reageren dan komt dit voor eigen rekening. ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.7 (*Blankenburgverbinding*).

66 Zie ook HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, r.o. 2.2, AB 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10513, r.o. 4.3 (*WOZ-beschikking Amersfoort*); Rb. Noord-Holland 17 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9591 r.o. 10 e.v. (*WOZ-beschikking Hollands Kroon*).

In een arrest van 17 augustus 2018 heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht bij de hierboven aangehaalde Afdelingsuitspraak van 17 mei 2017.<sup>67</sup> Het ging in die zaak om een WOZ-beschikking. Ook deze beschikkingen worden (deels) geautomatiseerd vastgesteld. Daarbij verdient opmerking dat de heffingsambtenaar volgens de belastingrechter niet gehouden is van dit (geautomatiseerde) systeem gebruik te maken. Hij kan ook anderszins aannemelijk maken dat een onroerende zaak een bepaalde waarde heeft. Datzelfde geldt voor de belastingrechter als hij zijn oordeel over de WOZ-waarde in de plaats stelt van het onjuiste of onvoldoende onderbouwde oordeel van de heffingsambtenaar.<sup>68</sup>

De Hoge Raad geeft – onder verwijzing naar het beginsel van wapengelijkheid – aan dat de belanghebbende de juistheid van de bij het geautomatiseerde besluitvormingsproces gemaakte keuzes en de daarbij gebruikte gegevens en aannames moet kunnen controleren en betwisten. Daarom moet het bestuursorgaan er zorg voor dragen dat die keuzes, aannames en gegevens inzichtelijk en controleerbaar zijn en ze ter beschikking stellen. Het arrest van de Hoge Raad – waarin wordt verwezen naar de Afdelingsuitspraak van 17 mei 2017 – is algemeen geformuleerd. Van een differentiatie tussen invoergegevens die ambtshalve verstrekt moeten worden en invoergegevens die de appelland/belanghebbende zelf (tijdig) moet opvragen is in het betreffende arrest geen sprake.<sup>69</sup> In latere (lagere) rechtspraak wordt overigens wel het standpunt ingenomen dat de gegevens (waarbij niet in algemene zin wordt gedifferentieerd) op grond van art. 7:4 Awb (in bezwaar) en art. 8:42 Awb (in beroep) als op de zaak betrekking hebbende stukken door het bestuursorgaan (i.c. de heffingsambtenaar) ter inzage moeten worden gelegd en desgewenst (tegen vergoeding) moeten worden toegezonden.<sup>70</sup>

67 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, AB 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch (*Woz-beschikking*).

68 Zie Rb. Oost-Brabant 27 oktober 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5180, r.o. 3 en 4 (*WOZ-beschikking 's-Hertogenbosch*). Uit HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4300, r.o. 3.2 volgt dat de bewijslast met betrekking tot de WOZ-waarde rust op de heffingsambtenaar. Voldoet de heffingsambtenaar niet aan deze bewijslast dan komt de vraag aan de orde of de belanghebbende de door hem gestelde waarde aannemelijk heeft gemaakt. Als ook dat niet het geval is, kan de rechter – eventueel na inwinning van een deskundigenadvies – zelf tot een vaststelling ‘in goede justitie’ van de in art. 17, lid 2, van de Wet WOZ bedoelde waarde komen.

69 Lagere rechtspraak lijkt er wel vanuit te gaan dat er geen (volledige) ambtshalve informatieplicht is: vgl. Rb. Midden-Nederland 31 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3556 (*WOZ-beschikking en 'black box'*).

70 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10513 (*WOZ-beschikking Amersfoort*); Rb. Noord-Holland 17 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9591, r.o. 8 en 9 (*WOZ-beschikking Hollands Kroon*).

### 4.3 Een halfbakken oplossing?

Uit de bovenstaande beschrijving van de rechtspraak blijkt dat de hoogste bestuursrechters knelpunten signaleren met betrekking tot het vereiste van een eerlijk proces en het daaruit voortvloeiende verdedigingsbeginsel en vereiste van wapengelijkheid. Zij stellen om die reden ook eisen aan de kenbaarheid en toegankelijkheid van de feitenvaststelling en feitenwaardering die ten grondslag ligt aan geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten. Voor de appelland moet inzichtelijk (kunnen) zijn hoe het (geautomatiseerde besluitvormingssysteem van het) bestuursorgaan tot zijn besluit is gekomen. Het is goed dat deze eis gesteld wordt.

De vraag is echter of bestuursorganen in staat zullen zijn deze informatie te verschaffen.<sup>71</sup> De kans is groot dat dit vaak niet het geval zal zijn gelet op het 'black box-karakter' van digitale besluitvorming (zeker als er sprake is van zelflerende algoritmen). Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit lagere rechtspraak die volgde op het arrest van de Hoge Raad uit 2018 over de WOZ-beschikkingen.<sup>72</sup> De vervolgvraag is dan wat de rechter vervolgens te doen staat. Vernietiging van het besluit wegens schending van het fair trial beginsel en het vereiste van equality of arms ligt dan voor de hand. Maar wat levert dat voor de appelland/belanghebbende op en hoe moet het dan verder?

De momenteel voorhanden zijnde rechtspraak waarin een schending van het fair trial-beginsel en/of het beginsel van equality of arms wordt aangenomen vanwege het black box-karakter van geautomatiseerde besluitvorming ziet allemaal op WOZ-beschikkingen. Uit deze rechtspraak kunnen nog geen conclusies worden getrokken over de hierboven opgeworpen vraag wat de bestuursrechter (nog) kan doen als het bestuursorgaan niet in staat blijkt alsnog inzicht te verschaffen in het besluitvormingsproces (en ook niet op een andere manier het genomen besluit kan onderbouwen).

Bij WOZ-beschikkingen is de feitenvaststelling en feitenwaardering, en daarmee de besluitvorming, namelijk (zoals hiervoor is aangegeven) niet

71 En of dit kan op een voor de appelland begrijpelijke wijze. Voor zover openbaarmaking van de algoritmische modellen waarop het besluit is gebaseerd mogelijk is zal het vaak gaan om omvangrijke en technische complexe modellen waar de appelland weinig mee kan. Zie ook Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2017/18, 26643, 557*, p. 17.

72 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:685, r.o. 5.4, AB 2020/369, m.nt. B.M.A. van Eck (*geautomatiseerd systeem voor berekening WOZ-waarde is een black-box*).

(geheel) afhankelijk van geautomatiseerd besluitvorming. Zowel de heffingsambtenaar als de belastingrechter<sup>73</sup> kan op basis van andere voorwaarden zijnde gegevens en feiten (die ook voor de appellant inzichtelijk zijn) in de regel toch zelf tot een vaststelling van de WOZ-waarde van een onroerende zaak komen.<sup>74</sup>

Omdat de WOZ-beschikking door de bestuursrechter op deze wijze in principe alsnog ‘juist’ wordt vastgesteld worden er niet echt stevige consequenties aan de schending van het vereiste van wapengelijkheid verbonden. Meestal blijft het bij de veroordeling van de heffingsambtenaar tot vergoeding van het griffierecht en de door appellant gemaakte proceskosten,<sup>75</sup> maar zelfs dat blijft soms achterwege.<sup>76</sup>

Bij lang niet alle geautomatiseerd genomen besluiten is het echter mogelijk om – zoals wel gebeurt bij WOZ-beschikkingen – via parallel ‘analoog’ bewijs toch tot een definitieve geschilbeslechting te komen. Gelet op de complexiteit van het algoritmische rekensysteem zal het regelmatig voorkomen dat het bestuursorgaan geen inzicht kan verschaffen in de door het systeem gemaakte keuzes, gebruikte gegevens en aannames. Als dan besluitvorming – anders dan in WOZ-zaken – enkel mogelijk is op basis van het geautomatiseerde systeem is het dus de vraag welke mogelijkheden de bestuursrechter in die gevallen nog heeft om tot een bevredigende oplossing te komen die recht doet aan het uitgangspunt van het recht op een eerlijk proces, de verdedigingsrechten en het principe van wapengelijkheid. Hooguit zou hij – bijvoorbeeld door toepassing van de bestuurlijke lus – dan nog kunnen gelasten dat het bestuursorgaan door middel van een deskundigenrapport alsnog de gevraagde gegevens produceert. Dit laatste (het laten uitbrengen van een deskundigenadvies) zou de rechter ook nog zelf kunnen doen bij wijze van ongelijkheidscompensatie. Maar ook hier sluit ik niet uit dat zelfs voor een ICT-deskundige het niet mogelijk

73 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:10513 (WOZ-beschikking Amersfoort).

74 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7952 (WOZ-beschikking Vijfherenlanden); Rb. Rotterdam 16 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:8088 (WOZ-beschikking Rotterdam).

75 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 11 februari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:685, AB 2020/369, m.nt. B.M.A. van Eck (geautomatiseerd systeem voor berekening WOZ-waarde is een black-box), zie ook Rb. Noord-Holland 17 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5181 (WOZ-beschikking Purmerend); Rb. Gelderland 7 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:754 (WOZ-beschikking Meerinzicht).

76 Bijvoorbeeld onder verwijzing naar art. 6:22 Awb; het passeren van een aan het besluit klevend gebrek. Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 5 november 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:5351 (WOZ-beschikking Eindhoven).

blijkt om een zelflerend algoritmisch systeem te doorgronden en de relevante informatie boven tafel te krijgen. In principe is er dan sprake van een rechtsbeschermingsvacuüm.

#### 4.4 Zijn er betere alternatieven voorhanden?

Het is belangrijk dat de hoogste bestuursrechters eisen stellen aan de kenbaarheid en toegankelijkheid van de feitenvaststelling en feitenwaardering die ten grondslag ligt aan geautomatiseerd tot stand gekomen besluiten. Duidelijk is echter ook dat het nog maar de vraag is of bestuursorganen (altijd) – eventueel via de opdracht om een deskundige in te schakelen – aan deze eisen kunnen voldoen. Zijn er dan nog andere mogelijkheden om het geconstateerde rechtsbeschermingsvacuüm op te heffen?

De conclusie is dat er wel suggesties worden gedaan om de rechtsbescherming bij geautomatiseerde besluitvorming naar een hoger plan te tillen maar dat deze voorstellen de hierboven gesignaleerde problemen niet (volledig) zullen kunnen ondervangen. Dat geldt bijvoorbeeld voor het invoeren van een wettelijke regeling inzake actieve en passieve informatieplichten van het bestuur bij geautomatiseerde besluitvorming zoals men deze inmiddels bijvoorbeeld al in Frankrijk kent.<sup>77</sup> Weliswaar is een besluit naar Frans recht nietig als niet wordt voldaan aan de informatieplicht maar het is de vraag in hoeverre een belanghebbende daarbij gebaat is. De kans is dan bovendien groot dat in zo'n geval alle besluiten die op basis van dit geautomatiseerde systeem genomen worden nietig zijn vanwege de onmogelijkheid om informatie te verschaffen over de besluitvorming. Eigenlijk betekent dat dat een hele wettelijke regeling op losse schroeven staat en dat het bestuur ook vleugellam is.

Verder heeft de Afdeling advisering van de Raad van State in haar ongevraagd advies de wetgever voorgesteld om geautomatiseerde besluitvorming bij bepaalde 'zwaar ingrijpende' besluiten uit te sluiten.<sup>78</sup> Bij minder ingrijpende besluiten zou een wettelijke regeling in navolging van het

<sup>77</sup> Zie De Poorter en Goossens 2019, p. 3309-3310; art. L 311-3-1, R 311-3-1-1, R 311-3-1-2 Franse Code des relations entre le public et l'administration.

<sup>78</sup> *Kamerstukken II* 2017/18, 26643, 557, p. 17. De vraag is dan natuurlijk wel wat 'zwaar ingrijpende' besluiten zijn. De Afdeling advisering kiest daarbij voor een objectieerbare invulling (zie p. 17). Van een ingrijpend besluit zou dan sprake zijn wanneer de integriteit van het menselijk lichaam, de privacy en het familie- en gezinsleven werkelijk worden geraakt. Ook kan volgens de Afdeling advisering worden gedacht aan onomkeerbare besluiten met aantoonbaar ingrijpende financiële gevolgen voor een burger of een onderneming.



Franse voorbeeld niet zonder meer nodig zijn. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur bieden volgens de Afdeling advisering dan voldoende ruimte en flexibiliteit om specifieke eisen te stellen aan geautomatiseerd besluitvorming (bijvoorbeeld via het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel).<sup>79</sup> In dat geval zal het gaan om eisen die vergelijkbaar zijn met de reeds door de Afdeling bestuursrechtspraak en Hoge Raad gestelde eisen. Bij besluiten die dan nog wel geautomatiseerd genomen worden kan dus nog steeds het probleem ontstaan dat niemand voldoende inzicht kan verschaffen in de aan het besluit ten grondslag liggende feiten en de weging daarvan.

De Poorter en Goossens suggereren tenslotte, onder verwijzing naar anderen, onder meer<sup>80</sup> dat er al bij ontwerp van de software voor gezorgd moet worden dat het mogelijk is de juistheid van de “gebruikte gegevens, gemaakte berekeningen en daarop gebaseerde aannames, keuzes en beslissingen te kunnen begrijpen en controleren.”<sup>81</sup> De vraag is natuurlijk of dit (zeker bij softwaresystemen met zelflerende algoritmen) mogelijk is.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage is ingegaan op bewijs bij geautomatiseerde besluitvorming. Bij geautomatiseerde besluitvorming verwerkt het geautomatiseerde besluitvormingssysteem de relevante feiten en komt het op basis van een waardering van deze feiten tot een besluit. Centraal stond de vraag op welke wijze de wederpartij van de overheid (burger/onderneming) zich tegen een geautomatiseerd tot stand gekomen besluit te weer kan stellen. Komen de verdedigingsrechten van de burger/onderneming niet al te zeer onder druk staan door geautomatiseerde besluitvorming?

Mijn conclusie is dat de verdedigingsrechten en daarmee het recht op een eerlijk proces (alsmede het beginsel van equality of arms) onder druk staan. Bij geautomatiseerde besluitvorming komt het niet zelden voor dat niet alleen voor de burger/onderneming maar ook voor het bestuursorgaan niet (precies) duidelijk is welke keuzes door het besluitvormingssysteem zijn gemaakt, welke gegevens zijn gebruikt en van welke aannames het systeem is uitgegaan. Het besluit is in dat opzicht gebrekkig gemotiveerd.

---

79 *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 3-4 en p. 16 e.v.

80 Zie voor andere suggesties van De Poorter en Goossens en van andere door hen aangehaalde auteurs: De Poorter en Goossens 2019.

81 De Poorter en Goossens 2019, p. 3310.

Zonder informatie over de feitsvaststelling en feitenwaardering die aan een besluit ten grondslag ligt kan een appelland zich niet verweren tegen een besluit van een bestuursorgaan. Aan de, op basis van de door het EHRM, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad in het kader van het recht op een eerlijk proces (alsmede het beginsel van equality of arms) ontwikkelde eisen – die vooral een (actieve en passieve) informatieplicht voor het bestuursorgaan in het leven roepen –, lijkt het bestuur ook lang niet altijd te kunnen voldoen, zelfs niet als daarvoor een deskundige wordt ingeschakeld. Kan het bestuursorgaan wel aan zijn verplichting voldoen dan is het nog de vraag of de belanghebbende daarbij gebaat is. De grote omvang van de onderliggende stukken en gegevens<sup>82</sup> of de complexiteit van de ter beschikking gestelde gegevens<sup>83</sup> kunnen er toe leiden dat de belanghebbende nog niet in de gelegenheid is om zijn beroep goed te onderbouwen, of dat hij daarvoor gebruik moet maken van bijstand door een (duur betaalde) ICT-deskundige.

De vraag is bovendien welke consequentie moet worden verbonden aan het niet kunnen verschaffen informatie over de gegevens die door het besluitvormingssysteem zijn gebruikt, de aannames waarvan het systeem is uitgegaan en de keuzes die zijn gemaakt? In het Franse stelsel volgt dan een nietigverklaring van het besluit. In veel gevallen zal de burger/onderneming daar niet bij gebaat zijn. Ik denk dan ook dat er slechts een ‘echte’ oplossing is. Dat is namelijk minder focus van overheidswege op efficiency en kostenbesparing en meer focus op haar dienende functie. Voordat overgegaan wordt tot geautomatiseerde besluitvorming zal er een gedegen onderzoek moeten worden gedaan naar de effecten. Enkele vuistregels liggen daarbij voor de hand. Hoe complexer het besluitvormingssysteem, hoe meer maatwerk geboden moet worden (denk ook aan beleidsvrijheid/plicht tot belangenafweging) en hoe ingrijpender het besluit is voor de burger/onderneming, des te behoedzamer zal de overheid moeten zijn met het (volledig) automatiseren van een besluitvormingssysteem. De dienende functie van de overheid en de rechtsbescherming van de burger/onderneming zal voorop moeten staan.

82 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.7 (*Blankenburgverbinding*).

83 Zie *Kamerstukken II 2017/18*, 26643, 557, p. 17.