

## Geautomatiseerde besluitvorming in het omgevingsrecht

De uitspraken van de Afdeling van 17 mei 2017 over het Programma Aanpak Stikstof (hierna: 'het PAS') hebben inmiddels de nodige aandacht gehad in de verschillende juridische tijdschriften.<sup>1</sup> In één van die uitspraken (met nummer ECLI:NL:RVS:2017:1259) snijdt de Afdeling een belangrijk aspect aan dat tot op heden – geheel onterecht – nog geen aandacht heeft gehad in de literatuur. Dit aspect betreft de kenbaarheid van de keuzes, gegevens en aannames in het PAS en het softwarepakket AERIUS, de op basis daarvan (deels) geautomatiseerde besluitvorming en de eisen die de Afdeling daaraan stelt. In deze bijdrage bespreek ik eerst de uitspraak van de Afdeling van 17 mei 2017, de daarin door de Afdeling geformuleerde beoordelingsmaatstaf voor het beschikbaar stellen van invoergegevens die gebruikt zijn bij (deels) geautomatiseerde besluitvorming en de in dat verband geconstateerde gebreken die aan AERIUS kleven. Deze beoordelingsmaatstaf komt er in de kern op neer dat een bestuursorgaan verplicht is om de aan een geautomatiseerd besluit ten grondslag gelegde keuzes en de ten behoeve daarvan gebruikte (invoer)gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze. Vervolgens stip ik twee eerdere uitspraken van de Afdeling aan waarin de Afdeling een soortgelijke beoordelingsmaatstaf heeft aangelegd ten aanzien van akoestische onderzoeken. Geautomatiseerde besluitvorming speelt niet alleen bij het PAS, maar ook bij bestemmingsplannen met geluidverkeveling. Het komt steeds vaker voor dat in die bestemmingsplannen verwezen wordt naar software aan de hand waarvan beoordeeld wordt of een bouwplan of bepaald gebruik past binnen de geluidruimte die aan het betrokken perceel is toebedeeld. Interessant is de vraag of in de planregels van een bestemmingsplan verwezen kan worden naar specifieke reken- en modelleringssoftware. Dit punt bespreek ik aan het slot van deze bijdrage.

### 1. Ontwikkelingen en discussie

Het gebruik van big data en software wordt, zo stellen Van Ettehoven en Marseille vast, steeds vaker ingezet bij het (deels) geautomatiseerd nemen van beschikkingen (zoals bijvoorbeeld vergunningen).<sup>2</sup> De software doet het rekenwerk en verricht, op basis van de input (invoergegevens) een deel van de toetsing aan vooraf vastgestelde normen of waarden. Een concreet voorbeeld betreft het softwarepakket AERIUS, dat het rekenhart vormt van het PAS en dat geautomatiseerde besluitvorming faciliteert. Het grote voordeel van het gebruik van software bij (deels) geautomatiseerde besluitvorming is dat een burger snel inzicht kan worden verschaft in de wettelijke (on)mogelijkheden om een vergunning (of andere toestemming) te verkrijgen.<sup>3</sup> Keerzijde: het is doorgaans voor diezelfde burger niet mogelijk dan wel niet eenvoudig zicht te verkrijgen op de grote hoeveelheden gegevens die bij de geautomatiseerde besluitvorming zijn gebruikt. Ook hier weer het PAS en het softwarepakket AERIUS als concreet voorbeeld.

Dat het gebruik van (zeer krachtige) software en grote hoeveelheden gegevens de komende jaren in het omgevingsrecht een grote vlucht gaat nemen en daarmee een steeds grotere rol gaat spelen in de (deels geautomatiseerde) besluitvorming dan wel de voorbereiding daarvan, lijkt onontkoombaar. Met het PAS en het softwarepakket AERIUS is immers al een grote stap in die richting gezet. En voor sommige instrumenten van de Omgevingswet, bijvoorbeeld het (digitale) omgevingsplan,

1 O.a. R.H.W. Frins, PAS op de plaats....en nu? (Deel I), TBR 2017/93; R.H.W. Frins, PAS op de plaats....en nu? (Deel II), TBR 2017/112.

2 B.J. van Ettehoven & A.T. Marseille, 'Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?', in: L.M. Coenraad, P. Ingelse, B.J. van Ettehoven, A.T. Marseille, J.H. Crijns & R.S.B. Kool, *Afscheid van de klassieke procedure?*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 239.

3 Van Ettehoven & Marseille 2017, p. 240.

geldt, zo merkt Uylenburg terecht op, dat een grote hoeveelheid data<sup>4</sup> via computerprogramma's beschikbaar zal worden gesteld en een rol zal spelen bij de toepassing ervan.<sup>5</sup>

Deze ontwikkelingen confronteren de rechtspraak met nieuwe en interessante discussies en vragen. Voornaamste discussie<sup>6</sup> betreft de mate waarin inzicht moet worden gegeven in de (grote hoeveelheden) invoergegevens die zijn gebruikt bij de (deels) geautomatiseerde besluitvorming (PAS en AERIUS). Maar denk ook aan de grote hoeveelheden invoergegevens die in een softwareprogramma (bijv. Silence 3 voor rijkswegen en Geomilieu voor industrielawaai, wegverkeerslawaaï en luchtkwaliteit) worden gestopt ten behoeve van de beoordeling van de te verwachten milieubelasting<sup>7</sup> alvorens een besluit te nemen. Ik beschouw dit ook als een vorm van geautomatiseerde besluitvorming, omdat de uitkomsten<sup>8</sup> die met de gebruikte software worden gegenereerd in belangrijke mate antwoord geven op de vraag of voldaan wordt aan een bepaalde voorkeurs- c.q. grenswaarde en om die reden bepalend zijn voor de vraag of een positief besluit kan worden genomen. De vooraf gemaakte programmeerkeuzes – hoe gaat de software om met de ingevoerde gegevens?<sup>9</sup> – zijn overigens net zo belangrijk als de invoergegevens.

In haar uitspraak van 17 mei 2017 gaat de Afdeling uitgebreid in op de mate waarin inzicht moet worden gegeven in de (grote hoeveelheden) invoergegevens die zijn gebruikt bij de (deels) geautomatiseerde besluitvorming op grond van het PAS en het softwarepakket AERIUS. De Afdeling concludeert dat het PAS, de bijbehorende passende beoordeling en AERIUS het risico in zich bergen dat de op grond daarvan deels geautomatiseerde besluitvorming niet inzichtelijk en niet controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames. Dit kan leiden tot een ongelijke procespositie tussen procespartijen én bemoeilijkt de toetsing van een besluit door de bestuursrechter. Dat is natuurlijk onwenselijk. Met haar uitspraak van 17 mei 2017 bestendigt de Afdeling, naar mijn oordeel, een (jonge) jurisprudentielijn die er in de kern op neer komt dat een bestuursorgaan verplicht is om de bij de voorbereiding van een (deels geautomatiseerd) besluit, gebruikte invoergegevens (keuzes, gegevens en aannames) volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze zodat deze keuzes, gegevens en aannames tijdig voor derden toegankelijk zijn.

## 2. De uitspraak van de Afdeling van 17 mei 2017

### 2.1. Het PAS: geautomatiseerde besluitvorming met behulp van AERIUS

De bestreden besluiten die in de uitspraak van 17 mei 2017 centraal stonden, betreffen vergunningen die zijn verleend voor de exploitatie en/of uitbreiding van agrarische bedrijven. Voor de beoordeling van de stikstofdepositie die wordt

4 Deze data zullen onder andere bestaan uit modelleringsgegevens en invoergegevens voor de verschillende milieuaspecten (geluid, geur, enz.) die straks in het omgevingsplan genormeerd zullen worden.

5 R. Uylenburg, 'Oproep aan de lezer', *MenR* 2017/1.

6 Deze discussie is overigens niet geheel nieuw. De Afdeling heeft reeds, in de tijd dat luchtkwaliteit nog een heet hangijzer was, al geoordeeld dat uit de aan een besluit (zoals bijvoorbeeld een bestemmingsplan) ten grondslag gelegde luchtkwaliteitsonderzoek in voldoende mate moest blijken welke invoergegevens voor de berekening van de luchtkwaliteit waren gehanteerd (AbRS 29 april 2008, zaaknr. ECLI:NL:RVS:2008:BD0781, r.o. 2.9.1). Zonder deze gegevens is een luchtkwaliteitsonderzoek immers niet te verifiëren (AbRS 26 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5060, r.o. 2.5.7).

7 Denk aan milieubelasting als gevolg van geluid, geur, lucht enzovoort.

8 De uitkomsten die met de software worden gegenereerd zijn, naast de opbouw, structuur en programmeerkeuzes van de software, voor een belangrijk deel afhankelijk van de invoergegevens die in de software worden gestopt.

9 Vgl. bijvoorbeeld AbRS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4648, r.o. 17.9. In die uitspraak stelde de Afdeling vast dat in het gebruikte softwareprogramma een bedrijfsduurcorrectie ten aanzien van piekgeluiden was ingevoerd terwijl een dergelijke correctie bij piekgeluiden niet was toegestaan. Dit leidde echter niet tot problemen omdat het betrokken softwareprogramma deze invoer automatisch negeerde. Deze uitspraak toont, wat mij betreft, duidelijk aan dat de software en de programmeerkeuzes minstens net zo belangrijk zijn als de input die in het systeem wordt gestopt. Verder toont dit voorbeeld ook aan dat het enkele feit dat een gegeven is ingevoerd, nog niet betekent dat deze invloed heeft op de uitkomst.

veroorzaakt door de betrokken bedrijven op stikstofgevoelige habitats in Natura 2000-gebieden, is toepassing gegeven aan het PAS<sup>10</sup> en de daarbij behorende wettelijke regelingen.

Aan het PAS en de bijbehorende passende beoordeling zijn door de ministers van EZ en I&M, zo stelt de Afdeling vast, diverse bestuurlijke keuzes en een grote hoeveelheid onderzoeken met gegevens en aannames ten grondslag gelegd. Dit betreft onder andere ramingen van het RIVM en het PBL waarin per sector het effect van de bestaande en voorgenomen beleidsmaatregelen is opgenomen, aannames over het herstel of de verbetering van stikstofgevoelige natuurwaarden, grootschalige concentratie- en depositiekaarten enzovoort.

Om de depositie van stikstof te bepalen, de ontwikkeling van 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, is een softwarepakket ontwikkeld: AERIUS. AERIUS bestaat, voor zover hier relevant, uit drie modules: AERIUS Calculator,<sup>11</sup> AERIUS Register<sup>12</sup> en AERIUS Monitor.<sup>13</sup> Deze software is via de website [www.aerius.nl](http://www.aerius.nl) openbaar toegankelijk. Het PAS kan niet functioneren zonder dit softwarepakket. Het softwarepakket ondersteunt daarmee de vergunningverlening, de monitoring van het PAS en ruimtelijke planvorming in relatie tot stikstof.

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

## *2.2. De door de Afdeling aangelegde beoordelingsmaatstaf*

De Afdeling stelt in haar uitspraak van 17 mei 2017 vast dat het gebruik van het softwareprogramma AERIUS (in combinatie met het PAS en de bijbehorende passende beoordeling) deels geautomatiseerde besluitvorming mogelijk maakt. Aan deze (deels) geautomatiseerde gegenereerde besluiten, kleeft het risico dat deze voor (derden-)belanghebbenden, vanwege het gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames, niet inzichtelijk en niet controleerbaar zijn. Indien belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen het op het PAS en AERIUS gebaseerde besluit, kan een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaan. Immers, om het besluit te kunnen beoordelen op zijn rechtmatigheid zal (ten minste) inzicht moeten bestaan in het gebruikte reken- en/of softwareprogramma en de gegevens die daarin zijn ingevoerd (de invoergegevens). Bestaat dit inzicht niet, dan is er, beoordeeld vanuit het perspectief

10 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 betrokken vergunningen).

11 AERIUS Calculator is een rekeninstrument dat moet worden gebruikt 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 (art. 2 Regeling programmatische aanpak stikstof). 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. Naast deze berekening van de depositiebijdrage wordt AERIUS Calculator ook gebruikt voor de vaststelling van de omvang van de toe te delen ontwikkelingsruimte (art. 5 lid 1 Regeling programmatische aanpak stikstof). AERIUS Calculator maakt daarmee deels geautomatiseerde besluitvorming mogelijk.

12 AERIUS Register is een registratie-instrument voor gegevens over de afschrijving, bijschrijving en reservering van ontwikkelingsruimte en gegevens over meldingsplichtige projecten of andere handelingen (art. 7 lid 1 Regeling programmatische aanpak stikstof) en wordt door het bevoegd gezag gebruikt bij het beheer van de depositieruimte die is berekend met AERIUS Monitor. 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 (art. 19ko lid 1 en 2 van de Nbw 1998).

13 Met AERIUS Monitor wordt de uitvoering van het PAS gevolgd. Dit instrument geeft, kort samengevat, op hectareniveau inzicht in de depositietrend, de extra daling die wordt bereikt met het PAS, de depositieruimte en ontwikkelingsruimte en een confrontatie tussen depositieruimte en ontwikkelingsbehoefte.

van een (derde-)belanghebbende – en de Afdeling slaat met die omschrijving de spijker op zijn kop – sprake van een 'black box', omdat niet te controleren is op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen (r.o. 14.3).

De hiervoor aangestipte ongelijke procespositie acht de Afdeling onwenselijk. De Afdeling formuleert vervolgens een beoordelingsmaatstaf waarmee de ongelijkwaardige procespositie moet worden voorkomen:

*'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.'*

### 2.3. De geconstateerde gebreken

Vervolgens stelt de Afdeling, aan de hand van de door haar geformuleerde beoordelingsmaatstaf, verschillende gebreken vast die aan het PAS en/of het gebruik van het softwarepakket AERIUS kleven.<sup>14</sup> Een greep uit de door de Afdeling geconstateerde gebreken:

1. Onduidelijk is op welke wijze bij de berekening van de autonome daling van de stikstofdepositie rekening is gehouden met het gegeven dat de ammoniakconcentratie in de lucht al langere tijd niet daalt (r.o. 15-15.5).
2. Niet duidelijk is welke daadwerkelijke economische groei wordt aangenomen noch is inzichtelijk gemaakt hoeveel kiloton aan emissies de beoogde buffer groot is (r.o. 16-16.1).
3. In de stukken die bij het systeem AERIUS beschikbaar zijn gesteld – waaronder de 190 factsheets – staat niet beschreven hoe AERIUS rekening houdt met de mogelijkheid dat regionale verschuivingen optreden door het verplaatsen van dieren naar bedrijven in de buurt van de Peelgebieden (r.o. 18.7).
4. AERIUS Monitor geeft weliswaar weer wat de verwachte daling van stikstofdepositie is, maar het is niet duidelijk wat de oorzaken daarvan zijn (r.o. 18.7).
5. Uit de stukken die met AERIUS beschikbaar zijn gesteld, is niet duidelijk geworden of en hoe in de provincie Noord-Brabant rekening is gehouden met de omstandigheid dat de bestaande feitelijke stalsystemen (slechts) ten dele voldoen aan de strengere eisen van de Verordening stikstof (r.o. 18.7).
6. In het PAS én AERIUS Monitor is een marge aangehouden tussen de prognose van een landelijke daling van 2,2 kiloton in 2020 en de daling van 2,0 kiloton in 2021. Niet inzichtelijk is geworden welke aannames en gegevens ten grondslag zijn gelegd aan de aangehouden marge (r.o. 19.4).
7. Met de veehouderijsector zijn vrijwillige afspraken gemaakt over voer- en managementmaatregelen. Er is geen inzicht gegeven in de bijdrage van deze maatregel aan de daling van de stikstofdepositie die AERIUS Monitor weergeeft (r.o. 20.4).
8. Projecten en andere handelingen die een stikstofdepositie van minder dan 0,05 mol/ha/jr veroorzaken zijn vergunning- en meldingsvrij. Hieraan liggen berekeningen ten grondslag. Deze berekeningen ontbreken (r.o. 24.3).
9. Niet inzichtelijk is gemaakt op basis waarvan de percentages stoppende landbouwbedrijven waarvan in AERIUS is uitgegaan, zijn bepaald (r.o. 25.6).
10. Bij de bepaling van de depositiebehoefte voor nieuwe economische ontwikkelingen is (onder andere) rekening gehouden met sectorspecifieke ontwikkelingen en sectorspecifiek beleid. De wijze waarop hiermee rekening is gehouden, is niet inzichtelijk gemaakt (r.o. 26.2).

<sup>14</sup> Deze gebreken loopt de Afdeling langs in r.o. 14 tot en met 27 van de uitspraak van 17 mei 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1259).

Met de hiervoor geconstateerde gebreken is vast komen te staan dat de invoergegevens van AERIUS niet volledig, niet tijdig, niet uit eigen beweging en niet op een passende wijze door de ministers en de staatssecretaris beschikbaar zijn gesteld.<sup>15</sup> Door het niet beschikbaar stellen van deze invoergegevens zijn derden geschaad in hun procespositie en is de bestuursrechter niet in staat de rechtmatigheid van de bestreden besluiten te toetsen. De ministers en de staatssecretaris zullen de geconstateerde gebreken met betrekking tot het beschikbaar stellen van de invoergegevens alsnog moeten herstellen.

### 3. Jurisprudentielijn

Is de door de Afdeling in haar uitspraak van 17 mei 2017 geformuleerde beoordelingsmaatstaf geheel nieuw? Naar mijn oordeel niet. Met de uitspraak van de Afdeling van 17 mei 2017 en twee eerdere uitspraken (van 16 september 2015 en 7 september 2016) begint zich langzaamaan een jurisprudentielijn af te tekenen die zich de komende tijd ongetwijfeld verder zal ontwikkelen.

In de uitspraak van de Afdeling van 16 september 2015 stond het door de minister van Infrastructuur en Milieu vastgestelde tracébesluit 'Zuidelijke Ringweg Groningen fase 2' centraal. Dit tracébesluit voorzag in verschillende aanpassingen van het bestaande tracé van de Zuidelijke Ringweg Groningen.<sup>16</sup> De in verband daarmee noodzakelijk geluidberekeningen waren uitgevoerd met het softwaremodel Silence 3.

Ter zitting, zo volgt uit de uitspraak, moest de minister erkennen dat de bij het akoestisch onderzoek overgelegde kaarten en (invoer)gegevens niet voldoende informatie bevatten op basis waarvan een (geluids)deskundige het onderzoek en de in dat verband gehanteerde geometrische gegevens kan controleren en eventueel kan reproduceren. Daarvoor waren, zo kwam vast te staan, de x-, y- en z-coördinaten van het betrokken model vereist. Naar het oordeel van de minister hoefden deze gegevens niet verstrekt te worden omdat, kort samengevat, het verstrekken van deze data als bijlage bij het akoestisch rapport niet gebruikelijk en vanwege de omvang ervan ook niet wenselijk is. Naar het oordeel van de minister hadden appellanten, althans een door hen in te schakelen deskundige, een afspraak kunnen maken met Rijkswaterstaat om de in het model ingevoerde gegevens te komen bekijken, of deze data bij Rijkswaterstaat kunnen opvragen. De Afdeling maakt korte metten met de betogen van de minister en overweegt (kort samengevat):

1. de minister dient uit eigen beweging de gebruikte en relevante invoergegevens als bijlage bij het akoestisch rapport te verstrekken;
2. is de omvang van de gegevens te groot om als bijlage bij het akoestisch rapport te verstrekken? Dan kunnen deze gegevens op een andere wijze (bijv. digitaal) beschikbaar worden gesteld en dient in het akoestisch rapport verwezen te worden naar de digitale beschikbaarstelling;
3. is digitale beschikbaarstelling ook niet mogelijk of stuit deze op overwegende bezwaren? Dan dient in het akoestisch rapport vermeld te worden waar de gebruikte invoergegevens kunnen worden ingezien.

Nu op grond van de verstrekte kaarten en gegevens het akoestisch onderzoek niet kan worden gecontroleerd en gereproduceerd, en deze gegevens niet in het akoestisch rapport zijn opgenomen en evenmin is gewezen op de mogelijkheid deze gegevens op te vragen of in te zien, komt de Afdeling tot het oordeel dat het bestreden besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid is voorbereid en om die reden in strijd is met artikel 3:2 van de Awb. Overigens ziet de Afdeling in de omvang van de geometrische gegevens geen reden voor een ander oordeel.<sup>17</sup>

15 In r.o. 27 zet de Afdeling uiteen op welke wijze de ministers en de staatssecretaris de geconstateerde gebreken kunnen herstellen.

16 ABRvS 16 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2938, r.o. 29.2.

17 Vergelijk in dit verband de jurisprudentie van de Afdeling dat de omvang van brongegevens (in het betreffende geval vijftien multomappen) geen reden mocht zijn om toepassing van art. 8:29 Awb achterwege te laten (ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:284).

In de uitspraak van 7 september 2016 stond een besluit hogere waarden centraal.<sup>18</sup> Appellante betoogt in beroep dat het zonebeheermodel en een overzicht van de bronniveaus van bedrijven die in het onderzoek zijn betrokken, ten onrechte niet in het aan het besluit hogere waarden ten grondslag gelegde geluidsrapport zijn opgenomen. Om die reden is het akoestische onderzoek, dat als onderbouwing diende voor het bestreden besluit, volgens appellante, controleerbaar noch reproduceerbaar. De Afdeling stelt op de eerste plaats vast dat tussen partijen niet in geschil is dat het onderzoek dat ten grondslag ligt aan het besluit hogere waarden niet kan worden gereproduceerd aan de hand van de in het akoestische rapport opgenomen gegevens. Vervolgens overweegt de Afdeling, onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde uitspraak van 15 september 2015, dat het ontoereikend is dat een belanghebbende, zonder dat deze mogelijkheid aan hem is bekendgemaakt, contact moet opnemen met het bestuursorgaan om kennis te nemen van de gegevens die nodig zijn om een onderzoek dat aan een besluit ten grondslag ligt, te controleren. Daarbij neemt de Afdeling in aanmerking dat (ook in dit geval) appellante door het college eerst ter zitting op deze mogelijkheid is geweest. Nu het geluidsonderzoek niet kan worden gecontroleerd en gereproduceerd op grond van de invoergegevens in het geluidsrapport en in de bestuurlijke fase niet is geweest op de mogelijkheid om de daarvoor benodigde gegevens op te vragen of in te zien, concludeert de Afdeling dat het besluit hogere waarden is genomen in strijd met artikel 3:2 van de Awb.<sup>19</sup>

De door de Afdeling in haar uitspraken van 16 september 2015 en 7 september 2016 aangelegde beoordelingsmaatstaf, die er in de kern op neerkomt dat een bestuursorgaan uit eigen beweging de bij de voorbereiding van het (deels geautomatiseerde) besluit gebruikte invoergegevens volledig, tijdig en op een passende wijze openbaar dient te maken, is, materieel gezien, nagenoeg gelijk aan de in de PAS-uitspraak van 17 mei 2017 geformuleerde beoordelingsmaatstaf.

#### 4. Geen expliciete wettelijke grondslag tot beschikbaarstelling modellen en invoergegevens

Er is, behoudens enkele uitzonderingen,<sup>20</sup> geen expliciete wettelijke regeling die verplicht tot het verstrekken van de bij de voorbereiding van omgevingsrechtelijke besluiten gebruikte software c.q. modellen en invoergegevens. De Afdeling overweegt in haar uitspraak van 17 mei 2017 dat het voorzorgsbeginsel, dat mede ten grondslag ligt aan de Habitatrictlijn, vereist dat onzekerheid over de vraag of de natuurlijke kenmerken van de gebieden zullen worden aangetast niet te groot mag zijn. Om deze reden moet, zo overweegt de Afdeling, inzicht bestaan in de keuzes, gegevens en aannames die ten grondslag liggen aan het PAS en AERIUS (r.o. 14.2-14.3). De Afdeling lijkt daarmee de openbaarmakingsverplichting op het voorzorgsbeginsel te stoelen. Zoals uit de uitspraken van 16 september 2015 en 7 september 2016 blijkt, kan de wettelijke grondslag voor de openbaarmakingsverplichting ook dichter bij huis worden gevonden. De Afdeling baseert in die uitspraken de verplichting om de gebruikte modellen en invoergegevens te verstrekken op het algemene, en in artikel 3:2 van de Awb gecodificeerde, zorgvuldigheidsbeginsel. Gegeven het feit dat de Afdeling het vereiste van controleerbaarheid en reproduceerbaarheid stoelt op artikel 3:2 Awb, geldt de verplichting om de aan een (deels geautomatiseerd voorbereid) besluit ten grondslag gelegde invoergegevens (met betrekking tot geluid-, licht-, geur-, stof-, stikstofemissies enz.) beschikbaar te stellen mijns inziens ook voor andere omgevingsrechtelijke besluiten (zoals bestemmingsplannen en omgevingsvergunningen milieu).<sup>21</sup>

Het ontbreken van een expliciete wettelijke grondslag die verplicht tot het beschikbaar stellen van eerdergenoemde gegevens, leidt derhalve (vooralsnog) niet tot onoverkomelijke problemen. Zoals Van Ettehoven en Marseille terecht stellen,

18 ABRvS 7 september 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2415.

19 In tegenstelling tot de uitspraak 15 september 2015 ziet de Afdeling in haar uitspraak van 7 september 2016 aanleiding om het geconstateerde gebrek met toepassing van art. 6:22 Awb te passeren. Daartoe overweegt de Afdeling dat zowel het zonebeheermodel als het overzicht van de bronniveaus van bedrijven die in het onderzoek zijn betrokken, door het college alsnog aan appellante ter beschikking is gesteld en zij de gelegenheid heeft gekregen om hierop binnen twee weken schriftelijk te reageren.

20 Bijvoorbeeld art. 1.2 van het Reken- en meetvoorschrift geluid 2012 dat verplicht tot het verstrekken van bepaalde invoergegevens.

21 Zie bijvoorbeeld ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:854, r.o. 28.3. Deze uitspraak betrof een omgevingsvergunning milieu. De Afdeling overweegt in deze uitspraak, kort samengevat, dat op basis van de verstrekte invoergegevens geen volledige beoordeling van het aan de omgevingsvergunning milieu ten grondslag gelegde akoestische onderzoek kon plaatsvinden.

kan de bestuursrechter met de eisen van zorgvuldigheid (art. 3:2 Awb), de vergewisplicht (art. 3:9 Awb) en de motiveringseis (art. 3:46 Awb) in de hand, ook bij (deels) geautomatiseerd voorbereide besluiten een eind komen.<sup>22</sup> Waarbij nog aangekend kan worden dat voor besluiten die zijn voorbereid met Afdeling 3.4 van de Awb nog te gelden heeft dat het bestuursorgaan gehouden is het ontwerp van het te nemen besluit, met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp, ter inzage te leggen (artikel 3:11 lid 1 van de Awb). Gegeven het feit dat de invoergegevens voornamelijk betrekking hebben op emissiegegevens (zoals bronvermogens) en deze gegevens openbaar (moeten) zijn, kan een bedrijf ten aanzien van deze gegevens geen beroep doen op vertrouwelijkheid.<sup>23</sup>

Met het voorgaande is niet gezegd dat een wettelijke grondslag gemist kan worden. Verwacht mag worden dat het gebruik van software, gecompliceerde en grote hoeveelheden gegevens in de nabije toekomst (en zeker met de komst van de Omgevingswet) een vlucht zal nemen. Een wettelijke grondslag is dan vooral nodig voor het beschikbaar stellen en (niet minder belangrijk) het beschikbaar houden van de voor de (al dan niet deels geautomatiseerde) besluitvorming gebruikte gegevens, modellen en software. Wat de software betreft is nog van belang dat het doorgaans, althans wat het omgevingsrecht betreft, zeer specifieke niet algemeen verkrijgbare software betreft. Het beschikbaar houden van, om maar eens iets te noemen, van software die gebruikt is bij de voorbereiding van een bestemmingsplan dat een geluidverkaveling kan van groot belang zijn bij de beoordeling van aanvragen om omgevingsvergunningen en eventuele latere handhavingprocedures. De softwareperikelen die spelen bij een bestemmingsplan met geluidverkaveling, stip ik hierna aan.

## 5. Beschikbaarstelling software

### 5.1. Inleiding

Het PAS kan niet functioneren zonder het softwarepakket AERIUS. Deze software is via de website [www.aerius.nl](http://www.aerius.nl) voor eenieder openbaar en gratis toegankelijk. De beschikbaarstelling van de gebruikte software vormt bij de PAS-zaken dan ook geen punt van discussie. De discussie betrof daar vooral de vraag wat er precies aan invoergegevens in die software is gestopt. Software (en deels geautomatiseerde besluitvorming) speelt echter niet alleen bij het PAS, maar ook bij bestemmingsplannen met geluidverkaveling. Anders dan bij het PAS is de bij die bestemmingsplannen de gebruikte software niet openbaar en gratis toegankelijk.

### 5.2. Het verwijzen naar software in de planregels

Kenmerkend voor bestemmingsplannen met geluidverkaveling is dat in de planregels wordt verwezen naar specifieke (reken- en modellerings)software. Met deze software kan vervolgens beoordeeld worden of de vergunde of op basis van het Activiteitenbesluit toegestane bedrijfsvoering en daarmee gepaard gaande geluidruimte op een juiste wijze is vastgelegd in het bestemmingsplan. Oftewel, conflicteert de in de planregels vastgelegde geluidruimte niet met de vergunde of de op grond van het Activiteitenbesluit toegestane bedrijfsvoering? De software kan verder ook gebruikt worden voor het berekenen van de (nog) beschikbare geluidruimte op één of meer vooraf vastgestelde toetspunten. Het betrokken bedrijf kan zo bepalen of een aanvraag om omgevingsvergunning kansrijk zal zijn of dat, alvorens de vergunning aan te vragen, de geluidsemissies beperkt moeten worden door bijvoorbeeld stiller materiaal aan te vragen.

22 Van Ettehoven & Marseille 2017, p. 260. Zie ook ABRvS 30 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:854, r.o. 28.1 en 28.3. In deze uitspraak ging het om de vraag of de gebruikte invoergegevens uit het akoestische model en de algemene rekeninstellingen van het gebruikte rekenprogramma verstrekt moesten worden. De raad betoogde dat dit rechtens niet vereist was. De Afdeling denkt hier anders over en concludeert dat het bestreden besluit met art. 3:47 lid 1 Awb niet voorzien is van een kenbare motivering.

23 Zie artikel 10 lid 4 van de Wob gelezen in samenhang met artikel 3:11 lid 2 van de Awb. Zie ook de 'Circulaire vertrouwelijke behandeling bedrijfs-, fabricage- en naw-gegevens'.

Bij een verwijzing in de planregels naar software rijzen primair twee vragen: (1) Is het technisch gezien mogelijk om een softwareprogramma op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) te uploaden en (2) mag het juridisch? Beide vragen beantwoord ik ontkennd.

Voor zover ik heb kunnen nagaan (en de beheerder van de website [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) heeft dat bevestigd), is het (vooralsnog) technisch niet mogelijk om (een) software(programma) op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) te uploaden. Daarnaast lijken het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro), de Regeling standaarden ruimtelijke ordening 2012 en de digitale standaarden zich te verzetten tegen het uploaden van software op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl).

Artikel 1.2.1 lid 1 aanhef en onder b gelezen in samenhang met artikel 1.2.1a lid 1 van het Bro bepaalt dat, voor zover relevant, burgemeester en wethouders het ontwerp- en het vastgestelde bestemmingsplan elektronisch beschikbaar dienen te stellen. Deze moeten via een landelijke voorziening, [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl), raadpleegbaar zijn (art. 1.2.1 lid 2 Bro). Een bestemmingsplan wordt, door de gemeenteraad, elektronisch vastgesteld. Van een elektronisch vastgesteld bestemmingsplan wordt tevens een papieren versie gemaakt (art. 1.2.3 lid 3 Bro). De vormgeving, inrichting en elektronische beschikbaarstelling van een (ontwerp)bestemmingsplan vindt plaats overeenkomstig de standaarden IMRO2012, IMROPT2012, SVBP2012 en STRI2012 (art. 2 lid 1 Regeling standaarden ruimtelijke ordening 2012).

Gegeven het feit dat een bestemmingsplan via [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) beschikbaar moet worden gesteld, software niet geüpload kan worden en gegeven het feit dat van een elektronisch vastgesteld bestemmingsplan tevens een papieren versie moet worden gemaakt, lijkt het niet mogelijk om in de planregels van een bestemmingsplan naar software te verwijzen. Hoewel dat toch regelmatig gebeurt, is de jurisprudentie hierover schaars.<sup>24</sup> De Afdeling heeft in haar uitspraak van 4 februari 2015 een verwijzing in de planregels naar software in strijd met de rechtszekerheid geacht.

### 5.3. De uitspraak van de Afdeling van 4 februari 2015

In de uitspraak van de Afdeling van 4 februari 2015 stond een bestemmingsplan centraal waarin, voor de in het plangebied begrepen gronden, de geluidruimte per perceel juridisch bindend werd vastgelegd in de planregels (de zogenoemde geluidverkaveling).<sup>25</sup> De in dit bestemmingsplan vastgelegde planregeling kwam er in de kern op neer dat aan elke kavel in het plangebied een bepaalde geluidruimte werd toebedeeld.<sup>26</sup> Deze geluidruimte werd – door middel van een verwijzing in de planregels naar het als bijlage daarbij opgenomen geluidverdeelplan – juridisch bindend vastgelegd in het bestemmingsplan.

Appellanten betogen in beroep tegen het bestemmingsplan, voor zover hier relevant, dat het geluidverdeelplan in strijd met de rechtszekerheid moest worden geoordeeld, nu voor de vraag of de bestaande vergunde geluidruimte juist is opgenomen en de vraag welke geluidruimte aan een kavel is toegekend, het digitale rekenmodel dat in het geluidverdeelplan wordt genoemd, het zonebewakingsmodel, dient te worden geraadpleegd. Dit digitale model had, vanwege de directe verwijzing ernaar in de planregels, een normerende werking, maar was evenwel, zo stellen appellanten, niet als onderdeel van het bestemmingsplan vastgesteld en dus niet raadpleegbaar. Om die reden betoogden zij dat aan het digitale model geen normerende werking kon toekomen. De gemeenteraad verweerde zich met het betoog dat voldoende duidelijk omschreven was welke versie van het digitale model aan de geluidverdeling ten grondslag lag. In dat digitale model is de vergunde geluidruimte van een bedrijf en de geluidruimte per kavel opgenomen. Het model kon, zo stelde de gemeenteraad,

24 Dit heeft uiteraard alles te maken met het feit dat ofwel geen beroep wordt ingesteld tegen het betrokken bestemmingsplan ofwel de verwijzing in de planregels naar software niet ter discussie wordt gesteld.

25 AbRS 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:237, AB 2015/83, m.nt. R. Benhadi; TBR 2015/126, m.nt. J.C. van Oosten; MenR 2015/86, m.nt. W. Claassen-Dales; en JM 2015/36, m.nt. F. Arents.

26 De auteur van dit artikel is niet betrokken geweest bij de advisering en/of procedures over dit bestemmingsplan en baseert zich uitsluitend op de uitspraak van de Afdeling en de bestemmingsplanstukken zoals deze via het internet te vinden zijn.



desgewenst worden ingezien bij de Omgevingsdienst Zuid-Holland Zuid. Nu dit een softwareprogramma betreft, is het, zo stelde de gemeenteraad, niet mogelijk de software als onderdeel van een bestemmingsplan vast te stellen. Volgens de raad zijn de planregels die op de geluidverdeling zagen niet in strijd met de rechtszekerheid en is met de koppeling in het bestemmingsplan verzekerd dat de geluidverdeling bindende werking voor eenieder heeft. Voor wijziging en/of actualisering van het geluidverdeelplan dient het bestemmingsplan met het bijbehorende zonebeheerplan te worden gewijzigd, aldus de gemeenteraad.

Door de zogenoemde statische verwijzing in de planregels naar het geluidverdeelplan en de daarin opgenomen verwijzing naar de software, maakte deze software deel uit van de planregels en verkreeg daarmee een juridisch normerende werking en werd daarmee dus ook juridisch bindend. De Afdeling acht deze werkwijze in strijd met de rechtszekerheid.<sup>27</sup> De door de raad vastgestelde normen voor de verdeling van de geluidruimte zijn, zo overweegt de Afdeling, niet af te leiden uit het bestemmingsplan, zoals dat elektronisch beschikbaar wordt gesteld via [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl), welk bestemmingsplan bestaat uit de planverbeelding, planregels en in dit geval het geluidverdeelplan. De wijze waarop naar de software werd verwezen acht de Afdeling in strijd met de rechtszekerheid. Immers, een bestemmingsplan dient via de [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) raadpleegbaar te zijn. Gegeven het feit dat in de planregels werd verwezen naar een geluidverdeelplan en het geluidverdeelplan op zijn beurt verwees naar een softwareprogramma, verkreeg dit softwareprogramma normerende werking en had het dus ook op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) geplaatst moeten worden.

Zoals ik hiervoor vaststelde, is het echter niet mogelijk om software te plaatsen op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl). In de praktijk wordt dit probleem opgelost door een document (Pdf-bestand) op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) te uploaden met in dat document een hyperlink naar het digitale rekenmodel (lees: software). Via een muisklik op de hyperlink wordt men naar de gemeentelijke website (om)geleid. Op de gemeentelijke website kan het rekenmodel (lees: software) worden gedownload. Een rechtzoekende heeft hier echter weinig aan. Om de beschikbaar gestelde software (het rekenmodel) en de daarin opgenomen invoergegevens te kunnen openen en te raadplegen, heeft men (weer) andere software (bijvoorbeeld het softwarepakket Geomilieu) nodig. Laatstgenoemde software wordt *niet* beschikbaar gesteld. Deze software is namelijk eigendom van een commercieel bedrijf en niet vrij beschikbaar. Wil men de software kunnen gebruiken, dan dient men ofwel een licentie aan te schaffen of wel een geluidsdeskundige te benaderen die de beschikking heeft over een licentie om de betrokken software te gebruiken.

Het op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) plaatsen van een document als bijlage bij de planregels met in dat document een hyperlink naar een softwareprogramma dat op de gemeentelijke website is geplaatst (of een door een derde beheerde FTP-server)<sup>28</sup> is, zo kan naar mijn oordeel uit eerdergenoemde uitspraak van 4 februari 2015 af, derhalve evenmin mogelijk. Daarmee lijkt een planregeling waarin verwezen wordt naar software juridisch gezien voorsnog niet mogelijk te zijn.

## 6. Tot slot

In deze bijdrage heb ik enkele aspecten van geautomatiseerde besluitvorming aangestipt en enkele ontwikkelingen in de rechtspraak gesignaleerd. De discussies spitsen zich met name toe op de mate waarin inzicht moet worden gegeven in, kort samengevat, de in een model c.q. software ingevoerde gegevens en de beschikbaarstelling van de gebruikte software. De discussies en de rechtspraak over beide vraagstukken zal zich de komende tijd ongetwijfeld verder ontwikkelen. De door de Afdeling in haar uitspraak van 17 mei 2017 geformuleerde beoordelingsmaatstaf voor geautomatiseerde

27 De Afdeling gaat (helaas) niet in op de vraag hoe het bestemmingsplan zich verhoudt tot de digitale standaarden.

28 Met een FTP-server kunnen elektronische bestanden worden uitgewisseld.

besluitvormingsprocessen en de uitspraken van de Afdeling van 16 september 2015 en 7 september 2016 over de beschikbaarstelling van invoergegevens geven de praktijk in ieder geval enig houvast in die discussies.<sup>29</sup>

**Mr. Rachid Benhadi**

<sup>29</sup> Mr. R. Benhadi is advocaat bij Hekkelman Advocaten en is als (buiten)promovendus verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Zijn promotieonderzoek richt zich (onder andere) op de plaats en functie van het bestemmingsplan (en, straks onder de Omgevingswet, het omgevingsplan) bij de normering van omgevingsgeluid en het voorkomen van geluidhinder.