

**Advies d.d. 13 mei 2020: het gebruik van de "black box" berekening bij Amsterdamse erfpacht**

Amsterdam, 13 mei 2020

Verontruste erfpachters Amsterdam

In reactie op jouw vraag van deze week aan mij om een rechtskundige inbreng te leveren op een onderdeel van de erfpachtstrijd tegen de gemeente Amsterdam, ga ik hieronder in op de vraag of de rechtspraak toelaat dat gemeentes besluiten nemen met behulp van een zogeheten "black box".

1. De jurisprudentie is glashelder. Uit de uitspraak van de Raad van State van 17 mei 2017 (vindplaats: ECLI:NL:RVS:2017:1259, zie met name de rechtsoverwegingen 14.3 en 14.4.) blijkt dat het bestuur in zijn besluitvorming geen gebruik mag maken van een "black box". Het is in het algemene bestuursrecht dus niet acceptabel. De Hoge Raad heeft deze beslissing gevolgd in het belastingrecht in zijn arrest van 17 augustus 2018 (vindplaats: ECLI:NL:HR:2018:1316, zie met name rechtsoverweging 2.3.3.). Beide bestuursrechters eisen een volledige transparantie van de parameters van digitaal gegenereerde overheidsbesluiten.
2. Ook de gemeente Amsterdam heeft bij haar modelmatige bepaling van de waarde van de grond van erfpachters gebruik gemaakt van zo'n "black box". Dat gebeurt bij de vaststelling van de herbouwwaardes van de opstallen en daarmee van de buurtstraatquotes (hierna: de BSQ). De gemeente stelt met haar geautomatiseerd systeem herbouwwaardes en grondwaardes vast op basis van gegevens en aannames die zij niet bekend maakt. De vaststelling van de BSQ is voor erfpachters niet inzichtelijk en controleerbaar vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames. Indien erfpachters rechtsmiddelen willen aanwenden tegen de (mede met behulp van de BSQ bepaalde) grondwaarden, ontstaat een ongelijkwaardige procespositie van de partijen. Voor de erfpachters is de besluitvorming op basis van een onbekend programma vanuit hun perspectief te beschouwen als een product uit een "black box". Zij kunnen niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen. Zonder inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuze, aannames en gegevens is nu geen sprake van gelijkwaardigheid van procespartijen. De gemeente weigert echter om haar moverende reden de precieze wijze van berekening van de BSQ openbaar te maken.
3. Ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie rust alsnog op de gemeente 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 om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames te beoordelen en zo nodig gemotiveerd te betwisten. Dan pas is een reële rechtsbescherming mogelijk tegen de grondwaardebepalingen, die op deze geopenbaarde keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd, waarbij de rechter aan de hand hiervan in staat is de rechtmatigheid van deze besluiten te toetsen.
4. De gemeente heeft tot nu toe twee verdedigingslijnen in stelling gebracht tegen het verwijt dat zij gebruik heeft gemaakt van een "black box". De eerste luidt dat zij gebruik geeft gemaakt van gegevens van burgers die beschermd moeten worden door privacywetgeving en daarom niet openbaar behoeven te worden

gemaakt. Dit verweer van de gemeente deugt niet. De Hoge Raad ging daaraan voorbij in zijn arrest (rechtsoverweging 2.2).

5. Het tweede verweer van de gemeente luidt dat deze jurisprudentie alleen het bestuursrecht betreft, terwijl de keus door de erfpachter voor een voortdurend of eeuwigdurend erfpacht een privaatrechtelijke handeling is. Dit verweer klopt niet. Weliswaar is deze keus van de erfpachter een privaatrechtelijke handeling, maar dat gaat niet op voor de vaststelling van de BSQ door de gemeente, dat is een publiekrechtelijke beslissing. Dat geldt trouwens ook voor de beslissing van de gemeente om van de Dienst Belastingen bulkgegevens, zoals WOZ-waardes, op te vragen en te verzamelen voor het vaststellen van de grondwaardes.
6. Veel ernstiger is dat de gemeente in haar verweer volledig voorbijgaat aan de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad over het gebruik van het privaatrecht door de overheid ter verwezenlijking van publiekrechtelijke doeleinden. Het sluiten van erfpachtovereenkomsten wordt door gemeentes immers ingesteld om het grondgebruik te kunnen beïnvloeden, en zo wordt dus een privaatrechtelijk instrument gebruikt voor een publiekrechtelijk doel. Dat mag van de rechter onder voorwaarden. Het Ikon-arrest van 27 maart 1987 leert dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op de privaatrechtelijke verhoudingen tussen overheid en burger, dus ook binnen erfpachtverhoudingen. Het Windmill-arrest van 26 januari 1990 leert dat het gebruik van het privaatrecht door een gemeente, zoals het uitoefenen van bevoegdheden ingevolge haar overeenkomsten van erfpacht, niet mag leiden tot een doorkruising van publiekrechtelijke regelingen, zoals de bescherming van de belangen van burgers. Dit betekent dat de rechtsbescherming, die een burger geniet in relatie tot het bestuur, ook geldt tegen besluiten uit een "black box", dus wanneer de gemeente ingevolge een overeenkomst van erfpacht besluiten neemt die in een geautomatiseerd systeem zijn afgeleid uit (voor de erfpachter) oncontroleerbare aannames en gegevens.

Mijn verwachting is dat de rechter (hopelijk al in eerste aanleg) de gemeente zal sommeren om de gevraagde openheid van zaken te geven (conform onderdeel 3 hiervoor), en dat de wederpartij daarna ruim de gelegenheid krijgt om te reageren op de daarna geleverde informatie.

Hopelijk kan bovenstaande informatie jou van dienst zijn. Ik zend deze informatie tevens (in c.c.) aan twee leden van de gemeenteraad, Carolien de Heer en Anton van Schijndel, en aan Koen de Lange van De Geer advocaten.

Met vriendelijke groet,

[Redacted signature block]