

Voorzieningrechter van de rechtbank Zutphen

Zitting van 7 december 2007, om 11.15 uur

nr. 07/1897

Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties/N.V. Nederlandsche Apparatenfabriek Nedap te Groenlo met als derde belanghebbende Stichting Wij vertrouwen stemcomputers niet

Pleitnota A.J. Boorsma

1 Inleidende opmerkingen

- 1.1 N.V. Nederlandsche Apparatenfabriek Nedap (hierna: Nedap) vordert van u dat artikel 2 van het besluit van de staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: de staatssecretaris) van 17 oktober 2007, gepubliceerd in de Staatscourant van 19 oktober 2007, dat strekt tot de vervallenverklaring van eerder verleende goedkeuringen voor het gebruik van stemmachines, wordt geschorst. Met een voorziening van die strekking hoopt Nedap dat gemeenten voorlopig de door haar gefabriceerde stemmachines kunnen blijven gebruiken bij verkiezingen.
- 1.2 De staatssecretaris is, vanuit haar verantwoordelijkheid voor de goede gang van zaken bij verkiezingen, op basis van de aanbevelingen van twee onafhankelijke adviescommissies tot de slotsom gekomen dat verzuimd is om in de wet- en regelgeving adequaat vast te leggen aan welke technische eisen stemmachines moeten voldoen. Derhalve is het zo dat de voorwaarden en eisen in de Regeling voorwaarden en goedkeuring stemmachines 1997 (hierna: de Regeling) niet toereikend zijn om een goed verloop van verkiezingen te waarborgen. Vervolgens heeft de Adviescommissie inrichting verkiezingsproces, onder voorzitterschap van de heer Korthals Altes, mede op basis van het rapport van de Commissie Besluitvorming Stemmachines geconcludeerd dat door het gebrek aan transparantie en controleerbaarheid ook de integriteit van de stemmachines onvoldoende is gewaarborgd. Dit geheel heeft de staatssecretaris ertoe gebracht om bij de presentatie van het advies van de commissie Korthals Altes bekend te maken dat zij het voornemen had de Regeling in te trekken en niet meer te zullen verder werken aan de

tijdelijke wijziging van de Regeling. Inmiddels heeft het kabinet een standpunt bepaald over het advies van de commissie Korthals Altes. In dit standpunt stelt het kabinet dat zij de opvatting volgt dat een papieren stem waarmee de kiezer zelf kan controleren of zijn keuze juist is weergegeven te prefereren is boven een stemvorm waarbij de kiezer moet vertrouwen op de juiste opslag van zijn keuze. De foutgevoeligheid en tijdrovendheid van het handmatig tellen van stembiljetten kan echter niet veronachtzaamd worden. Daarom wil het kabinet de stap zetten naar het door de commissie voorgestelde concept voor het stemmen in een stemlokaal. Ten slotte is het Kiesbesluit gewijzigd. Deze wijziging houdt in dat alle bepalingen met betrekking tot stemmen anders dan met stembiljetten uit het Kiesbesluit zijn gehaald. Op basis van het gewijzigde Kiesbesluit is alleen stemmen met stembiljetten mogelijk (Stb. 2007, 485).

- 1.3 Gelet op het voorgaande is de staatssecretaris dan ook niet bereid mee te werken aan een schorsing van de vervallenverklaring van de eerder verleende goedkeuringen. Dit wordt door de staatssecretaris, gelet op het feit dat het vertrouwen in de voorwaarden en eisen die golden voor stemmachines weg is, onaanvaardbaar geacht. De staatssecretaris is dan ook van oordeel dat het verzoek van Nedap moet worden afgewezen. Dat zal ik als volgt toelichten.

2 Wettelijk kader

- 2.1 In een aantal internationale verdragen is het recht van een ieder op vrije en geheime verkiezingen vastgelegd.

Zie onder meer artikel 21 lid 3 Universele Verklaring van de Rechten van de mens, artikel 25 lid 2 IVBPR en artikel 3 Eerste Protocol bij het EVRM dat als volgt luidt:

“Iedere Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich om met redelijke tussenpozen vrije, geheime verkiezingen te houden onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van de wetgevende macht waarborgen.”

- 2.2 Paragraaf 7 van de Kieswet regelt “het stemmen anders dan door middel van stembiljetten”. Uit artikel J 32 Kieswet volgt dat de gemeenteraad of – krachtens diens machtiging – het college van b&w beslist of op andere wijze dan door middel van stembiljetten wordt gestemd.

- 2.3 Artikel J 33 Kieswet bepaalt het volgende:

“1. Het stemmen anders dan door middel van stembiljetten vindt alleen plaats, indien daarbij overeenkomstig bij algemene maatregelen van bestuur

gestelde nadere regels een door Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties goedgekeurde techniek wordt gebezigd.”

- 2.4 Het op artikel J 34 Kieswet gebaseerde Kiesbesluit bepaalt in artikel J14 onder meer het volgende:

“1. Een elektronische stemmachine mag slechts bij de verkiezingen worden gebruikt, indien zij zonder enige afwijking behoort tot één door Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties goedgekeurd merk en type.
2. De goedkeuring wordt verleend indien de stemmachine voldoet aan de eisen die gesteld worden in artikel J33, tweede lid van de Kieswet, artikel J14b en de Ministeriële regeling, bedoeld in het vierde lid, en is voorzien van een deugdelijke gebruiksaanwijzing voor de kiezer.
3. Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is bevoegd een verleende goedkeuring in te trekken.”

- 2.5 De in artikel J 14 lid 4 bedoelde ministeriële regeling was de Regeling voorwaarden en goedkeuring stemmachines 1997.

- 2.6 Uit deze – korte – beschrijving van het wettelijk stelsel volgt dat:

1. De staatssecretaris zorgt dient te dragen voor het goede verloop van verkiezingen en meer in het bijzonder al het nodige moet doen om eerlijke en geheime verkiezingen te waarborgen;
2. De inzet van ieder type van stemmachine de goedkeuring van de staatssecretaris behoeft;
3. Daarbij het uitgangspunt dat de verkiezingen eerlijk en geheim moeten verlopen leidend is; zodat
4. Als eerlijke en geheime verkiezingen niet langer kunnen worden gegarandeerd een verleende goedkeuring kan worden ingetrokken.

3 Achtergronden

- 3.1 Hieronder volgt een korte schets van de voorgeschiedenis die aan de vervallenverklaring van de goedkeuringen is vooraf gegaan.

- 3.2 Bij verkiezingen in Nederland zijn stemmachines van twee fabrikanten gebruikt: Nedap en Sdu. In de aanloop naar de Tweede Kamerverkiezingen in november 2006 zijn twijfels gerezen de betrouwbaarheid van de in Nederland gebruikte stemmachines. In verband hiermee zijn *ad hoc* een aantal wijzigingen in de stemmachines van Nedap aangebracht. De voormalige minister voor BVK heeft op basis van een verklaring van Brightsight (de aangewezen keuringsinstelling; rechtsopvolger van TNO) bij besluit van 17 november 2006 goedkeuring voor het gebruik van drie typen stemmachines van Nedap verleend. De goedkeuring was beperkt tot de Tweede Kamerverkiezingen;

daarna verviel deze van rechtswege. Nedap heeft hiertegen geen rechtsmiddelen aangewend.

- 3.3 Na de Tweede Kamerverkiezingen heeft de toenmalige minister voor BVK op 19 december 2006 de commissie Besluitvorming Stemmachines onder leiding van oud-minister Hermans ingesteld (hierna ook: de commissie Hermans). De commissie had de taak in kaart te brengen op welke wijze de besluitvorming met betrekking tot de goedkeuring van stemmachines in het verleden tot 22 november 2006 heeft plaatsgevonden en welke lessen daaruit voor het ministerie zijn te trekken. Daarnaast heeft de minister op verzoek van de Tweede Kamer de Adviescommissie inrichting Verkiezingsproces onder voorzitterschap van de heer Korthals Altes ingesteld om advies uit te brengen over de toekomstige inrichting van het verkiezingsproces.

Zie:

TK, vergaderjaar 2006-2007, 30 800, VII, nr. 18 en TK, vergaderjaar 2006-2007, 30 800, VII, nr. 24.

- 3.4 Met het oog op de verkiezingen van Provinciale Staten van 7 maart 2007 heeft de toenmalige minister voor BVK wederom een aantal maatregelen genomen. De staatssecretaris, die sinds het aantreden van het kabinet Balkenende IV verantwoordelijk is voor deze portefeuille, heeft bij besluit van 2 maart 2007 drie typen van stemmachines van Nedap goedgekeurd; deze goedkeuring gold voor de Provinciale Statenverkiezingen van 7 maart 2007 en voor zolang de voorwaarden en eisen zoals vermeld in de Regeling ongewijzigd blijven. Deze beperking in de goedkeuring werd aangebracht omdat de voorwaarden en eisen voor de goedkeuring van stemmachines zou worden herzien en het daarom niet wenselijk werd geacht een goedkeuring voor onbepaalde tijd af te geven. De Stichting wij vertrouwen stemcomputers niet (hierna: de Stichting) heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Nedap heeft geen rechtsmiddelen ingesteld.

- 3.5 Bij brief van 2 april 2007 heeft de staatssecretaris de Tweede Kamer laten weten de Regeling te zullen aanpassen teneinde een aantal leemtes in de Regeling te dichten.

Zie:

TK, vergaderjaar 2006-2007, 30 800 VII, nr. 45.

- 3.6 Op 16 april 2007 bracht de commissie Hermans het rapport "Stemmachines, Een verweesd dossier, Rapport van de Commissie Besluitvorming Stemmachines" uit. Het rapport omvat een beschrijving van de wijze waarop bewindspersonen, adviescolleges en andere betrokken partijen het onderwerp hebben benaderd. In het rapport worden op chronologische wijze de politieke ontwikkelingen ten aanzien van stemmachines beschreven. De commissie Hermans liet zich kritisch uit over (de regelgeving met betrekking tot) het gebruik van stemmachines en stelde vast dat de toepasselijke wet-

en regelgeving hiaten bevatte. De commissie concludeerde dat er geen eisen zijn voor de verzegeling, de opslag en het transport van de stemmachines en dat er geen eisen zijn aan het gebruik van stemmachines. Ook concludeerde de commissie Hermans dat niet alle software die bij het verkiezingsproces wordt gebruikt aan test-, keurings- of goedkeuringsprocedures is onderworpen. Verder is opgemerkt dat de broncodes van de software niet openbaar zijn en ook niet bij het ministerie bekend. Ik citeer enkele belangrijke conclusies uit het rapport:

“Meer in het bijzonder worden de volgende punten onder de aandacht gebracht.

(...)

b) het ontbreken van een inhoudelijk programma van eisen voor alle in het verkiezingsproces betrokken apparatuur en software (anders dan het nabootsen van stemmen met stembiljet en potlood);

c) het gedurende de gehele periode ontbreken van risico – en dreigingsanalyses;

(...)

e) het niet aan een goedkeuringsprocedure onderwerpen van uitslagberekeningsprogrammatuur (het Integraal Stem Systeem);

f) het niet introduceren van een controlemogelijkheid voor de kiezer, opdat deze een bewijs heeft op welke kandidaat hij heeft gestemd, als van een controlemogelijkheid in de fase na het uitbrengen van de stem.

Met de huidige wijze van stemopneming via stemmachines is geen betekenisvolle hertelling mogelijk;

g) het niet aanpassen van de Regeling na de introductie van de zogenaamde stemcomputers;

(...)”

Zie: p. 51-52.

3.7 De commissie deed de volgende aanbevelingen:

“Hoewel de eerstvolgende landelijke verkiezingen zijn voorzien in juni 2009, namelijk de verkiezingen voor de leden van het Europees Parlement, kan niet het risico worden gelopen dat bij eventuele tussentijdse verkiezingen wederom op basis van het huidige instrumentarium van wet- en regelgeving moet worden gehandeld. De commissie Inrichting Verkiezingsproces onder leiding van de heer Korthals Altes zal voor 1 oktober 2007 rapporteren over een voor de toekomst bestendig systeem. Aanpassing van de wetgeving op basis van de aanbevelingen zijdens die commissie zal niet op korte termijn in het Staatsblad staan. Daarom volgen hieronder aanbevelingen die direct ter hand kunnen worden genomen, alsook een aantal aanbevelingen die dienstig kunnen zijn bij de werkzaamheden van de commissie Inrichting Verkiezingsproces en de algehele herziening van de Kieswet.” (cursivering door mij toegevoegd; AJB)

En:

“De Regeling wordt aangepast. De minister voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (i.c. gezien de huidige portefeuilleverdeling, de Staatssecretaris) stelt eisen aan het ontwerp, de functionaliteit, de integraliteit, veiligheid (security, waaronder de ‘stralingsnorm’), én het gebruik van de stemmachines. Vervolgens neemt de Minister zelf de beslissingen.

Nadat de Minister het pakket van eisen heeft opgesteld, zal de technische vertaling daarvan plaatsvinden door meerdere onafhankelijke wetenschappelijke instellingen. Na aanbesteding worden een of meerdere instellingen aangewezen die de onderzoeken, testen en/of keuringen zal uitvoeren.

Het pakket van eisen wordt gegeven de voortschrijdende technologische ontwikkelingen om de twee jaar herijkt.

De stemmachines worden uitsluitend gebruikt voor in de Kieswet genoemde verkiezingen, niet voor andere verkiezingen en activiteiten.

Onder stemmachines wordt verstaan:

De machine (en computers), alsook de programmatuur,

De behuizing en de verpakking van de machine,

De hulpapparaten, alsook de programmatuur van de hulpapparaten, die worden gebruikt voor de voorbereiding van de verkiezing, het stemmen, het tellen (en hertellen) van de uitgebrachte stemmen, het bepalen van de uitslag van de verkiezing en vervolgens van de zetelverdeling.”

Zie: p. 55.

- 3.8 Bij brief van 17 april 2007 heeft de staatssecretaris het rapport van de commissie Hermans aan de Tweede Kamer aangeboden. Hierbij heeft de staatssecretaris de conclusies en aanbevelingen onderschreven. Het rapport bevestigde volgens de staatssecretaris de noodzaak dat het kiesproces op afzienbare tijd anders moet worden ingericht. Volgens de staatssecretaris heeft de commissie laten zien dat gedurende decennia is verzuimd om in wet- en regelgeving adequaat vast te leggen aan welke technische eisen stemmachines moeten voldoen. De staatssecretaris schrijft tevens dat de Regeling zo spoedig mogelijk zal worden herijkt om recht te doen aan de urgentie om de huidige situatie niet langer dan noodzakelijk te laten voortbestaan.

TK, vergaderjaar 2006-2007, 30 800 VII, nr. 46.

- 3.9 Op 24 mei 2007 en op 26 juni 2007 hebben een algemeen overleg en een debat over het verslag van het algemeen overleg plaats gevonden tussen de Tweede Kamer en de staatssecretaris. Tijdens het overleg bleek dat er kamerbrede steun bestond voor de

bevindingen en de conclusies en aanbevelingen van de commissie Hermans. Diverse kamerleden hebben tijdens deze overleggen aangedrongen op een verdergaande aanpak dan de voorgestelde tijdelijke aanpassing van de Regeling. De staatssecretaris heeft tijdens die overleggen meegedeeld dat zij bereid was over te gaan op het stemmen met potlood en papier wanneer er geen stemmachines voor keuring zouden worden aangeboden of wanneer de aangeboden stemmachines – op basis van de aangepaste regeling – zouden worden afgekeurd.

Zie:

TK, vergaderjaar 2006-2007, 30 800 VII, nr. 56 en Handelingen TK, vergaderjaar 2007-2008, nr. 58 p. 4674-4678.

- 3.10 Op 27 september 2007 heeft de Adviescommissie inrichting verkiezingsproces (hierna ook: de commissie Korthals Altes) haar advies uitgebracht. Paragraaf 3.3 van het advies gaat over het gebruik van elektronische stemmachines. De commissie concludeert in dit verband het volgende:

“De Commissie Besluitvorming Stemmachines heeft in haar rapport uitvoerig beschreven waarom de in Nederland tot nu toe gebruikte stemmachines in onvoldoende mate transparant en controleerbaar zijn. De Commissie deelt die analyse volledig en concludeert daarom dat door het gebrek aan transparantie en controleerbaarheid ook de integriteit van de werking van deze stemmachines niet is gewaarborgd.

De kiesgerechtigdheid is bij het elektronisch stemmen in een stemlokaal in gelijke mate gewaarborgd als bij het stemmen met papieren stembiljetten. De uniciteit is met de stemmachines die in Nederland tot nu toe zijn gebruikt, alleen in theoretische zin vast te stellen, namelijk door het aantal oproepingskaarten/stempassen te tellen en te vergelijken met het aantal stemmen dat de stemmachine telt. *Er bestaat nu namelijk geen (technische) mogelijkheid om de werking van de stemmachines te controleren om vast te stellen dat de uitgebrachte stem juist is én slechts éénmaal is vastgelegd in het geheugen van de stemmachine.*

Aan de stemvrijheid wordt voldaan doordat de stemmachine zo in het stemlokaal geplaatst moet zijn, dat anderen niet kunnen zien op wie de kiezer stemt. *In de aanloop naar de verkiezing van de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 22 november 2006 is aan het licht gekomen dat stemmachines compromitterende straling kunnen afgeven. Die straling betekent een mogelijke bedreiging van het stemgeheim. (...)*

Met stemmachines kan het tellen van de stemmen snel verlopen. Gemeenten vinden daarom dat stemmachines een belangrijke bijdrage leveren aan de uitvoerbaarheid van de verkiezingen. *Hertellen is met de stemmachines die thans in gebruik zijn, feitelijk niet mogelijk. De stemmachines kunnen slechts opnieuw het telresultaat printen. (cursivering door mij toegevoegd; AJB)*

Zie: p. 29-30.

- 3.11 De staatssecretaris heeft op dezelfde datum het advies van de commissie Korthals aan de Tweede Kamer aangeboden. De staatssecretaris heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt de Kamer te informeren dat de Regeling wordt ingetrokken.

TK, vergaderjaar 2007-2008, 31 200 VII, nr. 5.

- 3.12 Op 1 oktober 2007 heeft de rechtbank Amsterdam uitspraak gedaan in het beroep van de Stichting tegen de beslissing op bezwaar van de staatssecretaris die betrekking had op het goedkeuringsbesluit van 2 maart 2007. De rechtbank is tot de conclusie gekomen dat het besluit tot goedkeuring van de stemmachines van 2 maart 2007 in strijd is met de artikelen J37 van de Kieswet en J14 en J14a van het Kiesbesluit en met de Regeling. De rechtbank heeft zelf in de zaak voorzien door te bepalen dat de goedkeuring van de stemmachines is vervallen nu er volgens de rechtbank rechtegens geen andere beslissing mogelijk is dan herroeping van het goedkeuringsbesluit van 2 maart 2007.

- 3.13 Op 23 november 2007 heeft de staatssecretaris het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het advies van de commissie Korthals Altes aan de Tweede Kamer bekend gemaakt en de plannen met betrekking tot de toekomstige inrichting van het verkiezingsproces ontvouwd. In dit standpunt stelt het kabinet dat hij de opvatting volgt dat een papieren stem waarmee de kiezer zelf kan controleren of zijn keuze juist is weergegeven te prefereren is boven een stemvorm waarbij de kiezer moet vertrouwen op de juiste opslag van zijn keuze. De foutgevoeligheid en tijdrovendheid van het handmatig tellen van stembiljetten kan echter niet veronachtzaamd worden. Daarom wil het kabinet de stap zetten naar het door de commissie Korthals Altes voorgestelde concept voor het stemmen in een stemlokaal. In het voorstel van commissie Korthals Altes bepaalt de kiezer met behulp van een elektronisch apparaat (de stemprinter) zijn keuze. Dit apparaat print de keuze van de kiezer op papier. Dat papier wordt door de kiezer in een stembus gedeponerd. Het tellen van de stemmen in de stembus kan elektronisch plaatsvinden (de stemmenteller) en met de hand. Naar de technische haalbaarheid van deze vorm van stemmen zal nader onderzoek plaats vinden.

TK, vergaderjaar 2007-2008, 31 200 VII, nr. 26.

- 3.14 In het Staatsblad van donderdag 6 december 2007 is een wijziging van het Kiesbesluit bekend gemaakt waarbij de bepalingen met betrekking tot het gebruik van stemmachines uit het Kiesbesluit zijn geschrapt.

4 Bespreking van het verzoek van Nedap

4.1 Wat schiet Nedap met de voorlopige voorziening op?

- 4.1.1 In de Financiële Telegraaf van 12 oktober jl. heeft een interview gestaan met de Chief executive officer van Nedap, de heer Westendorp, over de beslissing van de staatssecretaris om de Regeling in te trekken en de goedkeuringen te laten vervallen. Hij is niet rouwig om het advies dat de staatssecretaris eind vorige maand gaf, om de huidige stemmachines voorlopig te weren:

“Nederland stond vol met stemmachines, maar nu ligt de markt weer voor ons open”, stelt Westendorp. “Eigenlijk moeten we de commissie Korthals Altes bedanken, omdat Bijleveld zich op de analyse van deze commissie baseert.”

Het interview is te vinden op:

www.dft.nl/bedrijven/nedap/2287926/FOCUS_Nedap_niet_rouwig_om_advies.nl.

- 4.1.2 Deze verklaring van nota bene de hoogste leidinggevende van Nedap staat haaks op de uitlatingen die Nedap in deze procedure doet. De vraag dringt zich dan ook op wat Nedap met de voorlopige voorziening beoogt te bereiken. In de visie van de staatssecretaris *kan* Nedap met haar verzoek juridisch gezien haar doel niet bereiken. Dat licht ik als volgt toe.
- 4.1.3 Het wettelijk stelsel, zoals dat in de inmiddels ingetrokken Regeling was neergelegd, ging er vanuit dat de goedkeuring van stemmachines in twee fasen uiteenviel. De eerste fase was de goedkeuring van een prototype. Daarbij werd beoordeeld of het prototype in overeenstemming was met de voorwaarden van de bijlage van de Regeling (zie artikel 4). De tweede fase betrof de goedkeuring van stemmachines voor het gebruik bij verkiezingen (zie de artikelen 3 en 5 van de Regeling). Bij deze fase van goedkeuring werd bezien of de stemmachines in voldoende mate overeenstemden met het prototype dan wel voldeden aan de voorwaarden waaronder het prototype is goedgekeurd. Artikel 5 schreef in dit verband voor dat de aanvrager (fabrikant) een verklaring van de keuringsinstelling moest overleggen. Artikel 8 bevatte een voorziening voor geringe aanpassingen van de stemmachines. In dat geval hoefde niet de gehele prototypegoedkeuringsprocedure te worden doorlopen, maar kon worden volstaan met een “tweede fase”-goedkeuring waarbij de aanvraag van een verklaring van de keuringsinstelling als bedoeld in artikel 5 moest worden vergezeld.
- 4.1.4 De minister heeft bij besluit van 17 november 2006 aan Nedap een “tweede fase”-goedkeuring verleend aan de stemmachines van de typen ES3B met softwareversie 2.12, ESN1 met softwareversie 4.01 en ESD1NL met softwareversie 3.02 voor het gebruik bij de Tweede Kamerverkiezingen in november 2006. De minister heeft

vervolgens bij besluit van 2 maart 2007 een "tweede fase"-goedkeuring verleend aan de stemmachines van de typen ES3B met softwareversie 2.12, ESD1NL met softwareversie 3.02 en ESN1 met softwareversie 4.01. Deze goedkeuring gold voor de Provinciale Statenverkiezingen van 7 maart 2007 en voor zolang de voorwaarden en eisen in de Regeling ongewijzigd bleven.

- 4.1.5 Het staat vast dat het goedkeuringsbesluit van 17 november 2006 *van rechtswege* is geëxpireerd. Dat besluit bestaat dus simpel gezegd niet meer. Voor het goedkeuringsbesluit van 2 maart 2007 ligt dat niet anders. De rechtbank Amsterdam heeft immers bij uitspraak van 1 oktober 2007 met toepassing van artikel 8:72 lid 4 van de Awb de goedkeuring laten vervallen. Aan deze uitspraak lag ten grondslag dat met betrekking tot het type ESD1NL geen besluit tot goedkeuring van het prototype door de minister is genomen, hetgeen betekende dat dit type niet had mogen worden goedgekeurd voor het gebruik bij de verkiezingen (rov. 9). Met betrekking tot de typen ES3B en ESN1 overwoog de rechtbank dat uit het wettelijk stelsel voortvloeit dat *elke* wijziging van een stemmachine waarvan het prototype is goedgekeurd moet leiden tot een nieuwe aanvraag om goedkeuring. Die aanvraag moet vergezeld gaan van een nieuwe verklaring van de keuringsinstelling. De rechtbank stelde vervolgens vast dat bij de aanvraag van Nedap voor de goedkeuring van deze stemmachines voor de Provinciale Statenverkiezingen – in strijd met artikel J 14 van het Kiesbesluit en artikel 5 van de Regeling – een nieuwe verklaring van de keuringsinstelling Brightsight ontbrak (rov. 10-14). Ook dat goedkeuringsbesluit bestaat dus rechtens niet meer.
- 4.1.6 Het voorgaande heeft tot gevolg dat Nedap niets opschiet met haar verzoek. Zou u al – theoretisch geredeneerd – het verzoek van Nedap willen toewijzen en de vervallenverklaring schorsen, dan kan die schorsing – rechtens – alleen betrekking hebben op de eerder verleende prototypegoedkeuringen en goedkeuringen maar niet op de goedkeuringen van november 2006 en maart 2007. Aan een voorziening van die strekking heeft Nedap evenwel niets. Wil ze namelijk de stemmachines bij volgende verkiezingen kunnen gebruiken, dan zal ze – uitgaande van de uitspraak van 1 oktober 2007 van de rechtbank Amsterdam – voor het type ESD1NL eerst een nieuwe prototypegoedkeuring moeten verkrijgen en voor alle drie typen een "tweede fase"-goedkeuring (in de zin van artikel 8 in samenhang met artikel 5 van de Regeling) omdat de stemmachines die bij gemeenten staan zijn gewijzigd ten opzichte van de prototypen die in het verleden zijn goedgekeurd. De "tweede fase"-goedkeuring is evenwel als gevolg van de uitspraak van de rechtbank Amsterdam vervallen. Bovendien *kan* ze de goedkeuringen ook niet meer krijgen, omdat het Kiesbesluit is gewijzigd en de Regeling is ingetrokken.
- 4.1.7 Het voorgaande betekent dat Nedap met de voorlopige voorziening haar doel niet kan bereiken, en dat het verzoek wegens het ontbreken van een procesbelang moet worden afgewezen.

4.2 *Er is geen enkele grond voor toewijzing van de voorlopige voorziening*

- 4.2.1 Zou u oordelen dat Nedap wel een (spoedeisend) belang heeft bij haar verzoek voorlopige voorziening, dan is de staatssecretaris van oordeel dat er geen enkele grond is voor het treffen van een voorlopige voorziening. Dat wordt als volgt toegelicht.
- 4.2.2 De staatssecretaris stelt voorop dat zij – mede gelet het belang van eerlijke en geheime verkiezingen voor onze democratische rechtsstaat - over een ruime mate van beoordelings- en beleidsvrijheid beschikt om het gebruik van stemmachines te reguleren. Beslissingen over het gebruik van stemmachines en de voorwaarden en eisen waaronder dat is toegestaan, behoren naar hun aard - bij uitstek - tot het politieke primaat. Die beoordelings- en beleidsvrijheid komt ook tot uitdrukking in de wet. Op grond van artikel J 33 van de Kieswet vindt het stemmen anders dan door middel van stembiljetten “alleen” plaats, indien daarbij overeenkomstig bij algemene maatregel van bestuur gestelde nadere regels een door de minister goedgekeurd techniek wordt gebezigd. Bovendien is – of beter gezegd: was - de staatssecretaris blijkens de tekst van artikel J 14 lid 3 van het Kiesbesluit *bevoegd* een eenmaal verleende goedkeuring in te trekken. Het voorgaande impliceert dat voor een voorlopige voorziening alleen plaats is, indien de vervallenverklaring van de goedkeuringen onmiskenbaar onrechtmatig is. Dit criterium vereist een terughoudende toetsing, in het bijzonder in een voorlopige voorziening, waarin immers slechts een voorlopig oordeel wordt gegeven.

Vgl. Vzgnr. Rb. Den Haag 30 oktober 2006, LJN AZ1158, rov. 3.3.

- 4.2.3 Zoals in het kabinetsstandpunt van 23 november jl. is opgemerkt, vormen vrije, geheime en eerlijke verkiezingen de hoeksteen van onze democratische rechtsstaat. De kiezer heeft het recht om zonder enige beïnvloeding zijn stem uit te brengen en de inhoud van zijn keuze voor zichzelf te houden. Het belang hiervan is in de Grondwet en in verschillende internationale verdragen uitdrukkelijk erkend. Uit de adviezen van twee onafhankelijke commissies is gebleken het verkiezingsproces anders moet worden ingericht en dat aan eventuele apparaten en programmatuur die gebruikt zou kunnen worden bij het maken van een keuze en/of het tellen van stemmen andere eisen moeten gaan worden gesteld. Het is volstrekt logisch dat het kabinet heeft besloten dat zolang de nieuwe inrichting van het verkiezingsproces nog geen feit is er in Nederland gestemd moet worden op een wijze die wel voldoet aan de waarborgen van transparantie en controleerbaarheid, namelijk met papieren stembiljetten. Daarom is het Kiesbesluit aangepast en is de Regeling ingetrokken. Het kabinet heeft daarmee volstrekte duidelijkheid gegeven aan gemeenten die de verkiezingen organiseren en aan de kiezers. De logische consequentie hiervan is dat de verleende goedkeuringen zijn vervallen.

- 4.2.4 Dit standpunt is niet onzorgvuldig of onrechtmatig. Het belang van Nedap om stemmachines te kunnen verkopen weegt bepaald minder zwaar dan het belang dat de staatssecretaris zich verzekerd kan weten dat bij eerstvolgende verkiezingen gestemd wordt op een wijze die voldoet aan de waarborgen die voor het verkiezingsproces moeten gelden.
- 4.2.5 Hier komt dan nog bij dat alle gemeenten inmiddels weten dat geen gebruik van de stemmachines meer kan worden gemaakt. De staatssecretaris heeft hierover een overleg gevoerd met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken. Een situatie waarin de indruk zou kunnen ontstaan dat de stemmachines van Nedap toch weer mogelijk zouden kunnen worden gebruikt –iets wat Nedap de afgelopen tijd niet heeft nagelaten aan gemeenten te laten weten– leidt alleen maar tot onduidelijkheden en onzekerheden, die alleen al de goede gang van zaken bij (de voorbereidingen van) verkiezingen kunnen verstoren.
- 4.2.6 Ten slotte is niet zonder betekenis dat op 20 december a.s. een hoorzitting is gepland waarbij Nedap in de gelegenheid wordt gesteld haar bezwaren mondeling toe te lichten. De beslissing op bezwaar zal in beginsel uiterlijk 3 januari a.s. worden genomen. Ook dat gegeven relativeert het belang van Nedap bij een voorlopige voorziening.

4.3 *Bespreking argumenten Nedap*

- 4.3.1 Nedap verwijst voor de gronden van haar verzoek naar de gronden van bezwaar. Ik sta hierna kort bij twee argumenten stil.

Recht voor gemeenten op het gebruik van stemmachines?

- 4.3.2 Nedap suggereert met een beroep op artikel J32 ev. van de Kieswet dat gemeentebesturen het recht hebben om over te gaan tot de invoering van stemmachines. Dat is niet juist.
- 4.3.3 De staatssecretaris stelt voorop dat - voor zover discussie over deze kwestie mogelijk zou zijn - dit met de wijziging van het Kiesbesluit, is achterhaald: uit deze wijziging blijkt zonneklaar dat het gebruik van stemmachines niet meer tot de mogelijkheden behoort. Ook overigens snijdt het argument geen hout.
- 4.3.4 Artikel J 32 van de Kieswet bepaalt dat "bij daartoe door de raad (...) of burgemeester en wethouders aangewezen stembureau's (...) op andere wijze dan door middel van stembiljetten kan worden gestemd." In artikel J 33 lid 1 Kieswet is bepaald dat 'het stemmen anders dan door middel van stembiljetten (...) alleen plaats[vindt], indien daarbij overeenkomstig bij algemene maatregel van bestuur gestelde nadere regels een door Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties goedgekeurde techniek wordt gebezigd.' Artikel J3 4 lid 1 Kieswet bepaalt dat bij of krachtens

algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld betreffende het stemmen anders dan door middel van stembiljetten. Artikel J 14 lid 4 van het Kiesbesluit bepaalt dat bij ministeriële regeling in dit verband een aantal onderwerpen wordt geregeld.

- 4.3.5 Uit deze bepalingen volgt niets anders dan dat in het geval het stemmen anders dan door middel van stembiljetten plaats vindt, omdat een daarvoor goedgekeurde techniek beschikbaar is, het gemeentebestuur stembureaus kan aanwijzen waar anders dan door middel van stembiljetten mag worden gestemd. Artikel J32 van de Kieswet heeft geen andere strekking dan voorwaarden te stellen waaronder mag worden afgeweken van de hoofdregel dat stemmingen door middel van stembiljetten plaatsvinden. Dit houdt in dat indien niet aan deze voorwaarden kan worden voldaan, omdat geen door de minister goedgekeurde techniek voor het stemmen beschikbaar is, geen stembureaus kunnen worden aangewezen waarin in afwijking van de hoofdregel anders dan door stembiljetten kan worden gestemd. Deze situaties zou zich, naast de nu bestaande situatie, ook voordoen als geen enkele stemmachine zou voldoen aan de voorwaarden waaronder deze door minister kan worden goedgekeurd. Gemeentebesturen kunnen aan de Kieswet dan ook geen recht ontlenen om stemmachines te mogen gebruiken.
- 4.3.6 Uit de parlementaire geschiedenis van de Kieswet blijkt ook niet dat de wetgever gemeentebesturen een aanspraak heeft willen geven op gebruik van stemmachines. Bij de invoering van de bepaling die thans in artikel J32 is vervat, werd in de memorie van toelichting daarover het volgende opgemerkt:

"Artikel I 24 (nieuw) geeft aan, dat het gebruik van stemmachines facultatief is. De gemeenteraad of, krachtens diens machtiging burgemeester en wethouders zijn bevoegd te bepalen, dat in alle of in een of meer daartoe aangewezen stembureaus in plaats van stembiljetten machines worden gebezigd. Aldus kan desgewenst in verschillende gemeenten het gebruik van stemmachines geleidelijk worden ingevoerd."

(...)

"Artikel I 24 (nieuw). Aan het gestelde in de eerste volzin zullen de gemeentebesturen de bevoegdheid ontlenen om tot de invoering van stemmachines over te gaan. Zij kunnen dit voor de gehele gemeente dan wel voor een of meer stembedistricten doen, zodat beide vormen van stemuitbrenging in één gemeente kunnen voorkomen. De tweede zin stelt een aantal bepalingen, die het gebruik van stembiljetten betreffen, buiten toepassing, indien stemmachines worden gebezigd."

- TK 1964-1965, 7940, nr. 3 (MvT), p. 10 en p. 13.

In de toelichting op de thans vigerende Kieswet wordt enkel gesproken van een bevoegdheid van het gemeentebestuur. Zo bijvoorbeeld in de algemene toelichting en in de toelichting op artikel I 35 (thans J32):

"De basisbepaling voor het stemmen anders dan door middel van stembiljetten is neergelegd in artikel I 35. Daarin is de bevoegdheid van de gemeenteraad neergelegd om tot een afwijkende stemmethode te besluiten."

"Artikel I 35, praktisch gelijklopend aan het bestaande artikel I 24, bevat de basisbepaling, welke aan het gemeentebestuur de bevoegdheid geeft op daartoe aangewezen stembureaus op andere wijze dan door middel van stembiljetten te laten stemmen. Wordt in het huidige voorschrift nog van stemmachines gesproken, de technische ontwikkeling maakt het noodzakelijk hiervoor een nieuwe, ruimere omschrijving te bezigen."

- TK 1987-19988, 20 264, nr. 3 (MvT), p. 51 en p. 130.

Dat de wetgever gemeentebesturen geen aanspraak op het gebruik van stemmachines heeft willen geven, kan ook worden afgeleid uit de volgende opmerking in de memorie van antwoord:

"Ik merk hierover op dat de beslissing om gebruik te gaan maken van stemmachines een zuiver gemeentelijke beslissing is. Zou zich onder de werking van de huidige Kieswet bij een bepaalde verkiezing de situatie voordoen dat de elektronische stemmachines onbruikbaar zijn als gevolg van het grote aantal ingediende kandidatenlijsten, dan zijn – als consequentie van genoemde beslissing – de financiële gevolgen hiervan (alsnog gebruik van stembiljetten, stemhokjes etc) voor de gemeenten. Dit ligt niet anders, indien de wetgever op goede gronden zou besluiten tot een verhoging van het maximum aantal kandidaten per lijst. Indien zich mede daardoor de situatie zou voordoen dat de huidige stemmachines bij een bepaalde Tweede-Kamerverkiezing onbruikbaar zouden zijn, zijn ook dan de financiële gevolgen voor rekening van de stemmachinegemeenten. Voor compensatie van rijkswege van genoemde kosten zie ik geen reden."

(...)

"Immers, welke inschatting men over deelname aan toekomstige verkiezingen men over deelname aan toekomstige verkiezingen ook kan hebben, de situatie dat zou zich kunnen voordoen dat de deelname zodanig groot is dat gemeenten hun – door de Minister van Binnenlandse Zaken goedgekeurde – elektronische stemmachines niet meer zouden kunnen gebruiken. Hoewel zich dit ook onder de werking van de huidige Kieswet zou kunnen voordoen, is het naar mijn oordeel van belang te trachten dergelijke situaties te voorkomen."

- TK 1988-1999, 20 264, nr. 8 (MvA), p. 41 en 42.

- 4.3.7 Uit deze opmerkingen blijkt dat de wetgever onder ogen heeft gezien dat als gevolg van beperkte technische mogelijkheden bij enige verkiezing geen gebruik zou kunnen worden gemaakt van de beschikbare stemmachines. Hieruit blijkt dat de wetgever

zeker niet van opvatting was dat met de Kieswet een recht op het gebruik van stemmachines werd gegeven, in die zin dat de minister ervoor zou moeten zorgen dat te allen tijde geschikte stemmachines beschikbaar zijn.

- 4.3.8 Voorts kan worden opgemerkt dat de opvatting dat de Kieswet gemeentebesturen het recht geeft om van stemmachines gebruik te maken, zich niet verdraagt met de voorzichtigheid en terughoudendheid die blijkt uit de parlementaire geschiedenis voorop diende te staan, bij het gebruik van andere methoden voor het stemmen, dan het stemmen door middel van stembiljetten. Zo merkte de minister in de nota naar aanleiding van het eindverslag het volgende op:

“Terughoudend ben ik echter, als gevraagd wordt om reeds nu in de Kieswet openingen te bieden voor de invoering van geïntegreerde verkiezingssystemen en andere automatiseringsexperimenten. Onderzoek naar nieuwe mogelijkheden is toe te juichen en wil ik waar mogelijk stimuleren, maar van toepassing daarvan in de praktijk mag naar mijn mening pas sprake zijn, als vaststaat dat de betrouwbaarheid en de bedrijfszekerheid van die toepassingen ten minste even groot zijn als van bestaande niet geautomatiseerde technieken. Uitgangspunt moet zijn dat er bij een verkiezing niets mag misgaan en daarom ben ik huiverig voor het uitvoeren van experimenten bij verkiezingen. Nieuwe technieken moet het experimentele stadium voorbij zijn, voordat zij door de Kieswet worden toegestaan.”

TK 1988-1989, 20 264, nr. 18 (Nota n.a.v. eindverslag), p. 34.

Zie voorts:

- Handelingen II, 13 april 1989, 67-5792 en Handelingen II, 18 april 1989, 68-5852/5853, waarin de staatssecretaris zich op het standpunt stelt dat nieuwe stemtechnieken honderd procent betrouwbaar moeten zijn.

De voorbereiding van de vervallenverklaring van de goedkeuringen

- 4.3.9 In bezwaar klaagt Nedap er over dat de voorbereiding van de vervallenverklaring niet zorgvuldig is geweest en dat zij zich overvallen voelde door de besluitvorming van de staatssecretaris. Ook deze grief snijdt geen hout.
- 4.3.10 In paragraaf 2 van deze pleitnotitie is al uitgelegd wat de context is van deze procedure en waarom de staatssecretaris besloten heeft om de eerder verleende goedkeuringen te laten vervallen. Voor de staatssecretaris stond bij de aanbidding van het rapport van de commissie Korthals Altes voorop dat het verder werken aan een tijdelijke aanpassing van de Regeling geen zin had. Het vertrouwen in de het stelsel, dat wil zeggen in de voorwaarden en de eisen voor de stemmachines, maar ook in de wijze waarop de keuring daarvan plaatsvond was volledig komen te vervallen. Daarin paste ook de vervallenverklaring van de goedkeuringen. Wanneer het hoofddoel van de relevante bepalingen uit de Grondwet en de internationale verdragen is om het

recht van een ieder op vrije en geheime verkiezingen te garanderen, is het niet meer dan prudent, op het moment dat eenmaal gebleken is dat de actuele inzichten omtrent het gebruik van stemmachines niet meer stroken met de toepasselijke regelgeving, om die regelgeving aan te passen en de daarop gebaseerde goedkeuringen te laten vervallen.

- 4.3.11 De staatssecretaris kan Nedap evenmin volgen in haar (niet-onderbouwde) opvatting dat zij zich door de vervallenverklaring overvallen voelde. Dat is ook volstrekt onaannemelijk. Gegeven de eerdere indringende maatschappelijke en politieke discussies in de aanloop van de Tweede Kamerverkiezingen over het gebruik van stemmachines, de twee (kritische) adviezen van de onafhankelijke commissies, de omstandigheid dat de staatssecretaris al eerder (bij herhaling) had laten weten tot aanpassing van de Regeling over te gaan, de beperkende voorwaarde in het goedkeuringsbesluit van 2 maart 2007 en het feit dat de rechtbank Amsterdam de meest actuele goedkeuring had vernietigd, had iedere weldenkende en rationeel opererende onderneming met de intrekking van de Regeling en de vervallenverklaring redelijkerwijs rekening kunnen én – objectief gezien – moeten houden. Dat geldt dus ook voor Nedap.
- 4.3.12 Van een schending van artikel 4:8 Awb is ten slotte geen sprake. Voorop staat daarbij dat de vervallenverklaring van de goedkeuring niet steunt op gegevens die specifiek Nedap betreffen maar gestoeld is op actuele politieke inzichten omtrent het gebruik van stemmachines bij verkiezingen die onder de werking van de Kieswet vallen die mede voortkomen uit de recente adviezen van de twee onafhankelijke adviescommissies. Daarnaast heeft de staatssecretaris het horen op grond van artikel 4:12 Awb achterwege kunnen laten. Ten slotte is het zo dat Nedap wel in bezwaar zal worden gehoord. Mocht u van oordeel zijn dat de staatssecretaris Nedap wel degelijk had moeten horen, dan kan dit gebrek in de bezwaarschriftprocedure worden hersteld. Dat dit kan blijkt uit de memorie van toelichting bij de Awb (PG Awb I, p. 256) en uit vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak (bijv. ABRS 26 juni 1997, Rawb 1997, 165 en ABRS 18 augustus 2000, Gst. 7134.4).

5 Samenvatting en conclusie

- 5.1 De staatssecretaris vat al het voorgaande kort samen.
- nadat vorig jaar vraagtekens waren gerezen over het gebruik van stemmachines, heeft de staatssecretaris twee onafhankelijke commissies in het leven geroepen om haar over het gebruik van stemmachines en de inrichting van het verkiezingsproces te adviseren;
 - beide adviescommissies zijn tot de conclusie gekomen dat de in Nederland tot nu gebruikte stemmachines in onvoldoende mate transparant en controleerbaar zijn, en dat door het gebrek aan transparantie en

controleerbaarheid ook de integriteit van deze stemmachines niet is gewaarborgd;

- aanvankelijk was de staatssecretaris op basis van het advies van de commissie Hermans van plan om, vooruitlopend op een integrale aanpassing van de Kieswet, de Regeling aan te passen om een aantal lacunes en leemtes in Regeling te dichten;
- gelet op hetgeen er in de Tweede Kamer over dit onderwerp is gezegd en gelet op de inhoud van het rapport van de adviescommissie Korthals Altes heeft zij besloten daarvan af te zien omdat aanpassing geen reële begaanbare weg was; in plaats daarvan is het Kiesbesluit gewijzigd en de Regeling ingetrokken, en zijn als logisch uitvloeisel daarvan de eerder verleende goedkeuringen vervallen teneinde te voorkomen dat de huidige stemmachines bij eerstvolgende verkiezingen opnieuw zouden kunnen worden gebruikt;
- het belang van de staatssecretaris bij een goed verloop van de verkiezingen weegt – mede gelet op de uit het oogpunt van democratie strikte noodzaak van eerlijke en geheime verkiezingen - zwaarder dan het belang dat gemeenten de door Nedap gefabriceerde stemmachines bij verkiezingen kunnen blijven gebruiken.

5.2 De staatssecretaris verzoekt u op grond van het voorgaande het verzoek van Nedap af te wijzen; kosten rechtens.

behandeld door	A.J. Boorsma
correspondentie	postbus 11756, 2502 AT Den Haag
telefoon	(070) 515 38 33
fax	(070) 515 30 31
e-mail	aj.boorsma@pelsrijcken.nl
zaaknummer	10023771