Transparantie en openbaarheid

VAR VERENIGING VOOR BESTUURSRECHT

Preadviezen

A.W.G.J. Buijze, A. Drahmann, C.J. Wolswinkel,

N.N. Bontje & E.C. Pietermaat

168

Boomjuridisch

VAR 168

ISBN 978-94-6212-689-3

Boomjuridisch

Transparantie en openbaarheid

VAR-reeks
168

Transparantie en openbaarheid

Preadviezen uitgebracht door
A.W.G.J. Buijze
A. Drahmann
C.J. Wolswinkel
N.N. Bontje & E.C. Pietermaat

Boom juridisch
Den Haag
2022

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2022 VAR Vereniging voor Bestuursrecht | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de reprorechtregeling van Stichting Reprorecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het verveelvoudigen en openbaar maken van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave als toelichting bij het onderwijs, bijvoorbeeld in een (digitale) leeromgeving of een reader (art. 16 Auteurswet), dient een regeling te worden getroffen met Stichting Uitgeversorganisatie voor Onderwijslicenties (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-uvo.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6212-689-3
ISBN 978-90-5189-938-2 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

Transparant waartoe? Over de toegevoegde waarde van transparantie voor het realiseren van publieke waarden 7
Mr. dr. A.W.G.J. Buijze

De Wet open overheid is slechts een tussenstap 71
Mr. dr. A. Drahmann

Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming: bestuursrecht als *moving target* 161
Prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel

Bestuursrechtspraak transparanter; over de interne en externe openbaarheid van de bestuursrechtspraak 239
Mr. N.N. Bontje en mr. E.C. Pietermaat

Bestuur en erelid 297

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR 299

Transparant waartoe? Over de toegevoegde waarde van transparantie voor het realiseren van publieke waarden

Mr. dr. A.W.G.J. Buijze[*]

1	**Inleiding**	**9**
1.1	Een tovermiddel met bijwerkingen	9
1.2	Centrale vraagstelling	11
1.3	Aanpak	12
2	**Wat is transparantie?**	**13**
2.1	Bevindingen uit de literatuur: semantische verwarring	13
2.2	Transparantie, openheid en openbaarheid	15
2.3	Analyse: verschillende soorten transparantie	16
2.4	Tussenconclusie	17
3	**Transparantie als Zwitsers zakmes**	**18**
4	**Twijfels ten aanzien van het functioneren van transparantie**	**28**
4.1	Bevindingen uit de literatuur: groeiende scepsis	28
4.2	Relevantie voor juristen	29
5	**Transparantie vergroot het vertrouwen in de overheid**	**31**
5.1	Bevindingen uit de literatuur: transparantie vergroot onder omstandigheden het vertrouwen in de overheid, heeft soms nauwelijks effect, en werkt soms averechts	31
5.2	Receptie van inzichten uit de literatuur in het recht	33

* Anoeska Buijze is als universitair docent bestuursrecht verbonden aan de Afdeling Staats- en bestuursrecht en rechtstheorie van de Universiteit Utrecht.

6 Transparantie draagt positief bij aan de verdeling van schaarse rechten 36
6.1 Wat willen we bereiken met de verdeling van schaarse rechten, en hoe? 36
6.2 Algemeen verdelingsrecht 45
6.3 Draagt transparantie buiten het aanbestedingsrecht op dezelfde wijze bij aan het realiseren van publieke waarden? 46
6.4 Op welke punten schiet het verdelingsrecht tekort? 54

7 Conclusie: transparantie als toverwoord verhult onderliggende waardenconflicten 58

8 Stellingen 61

Literatuur 62

1 Inleiding

> 'Transparency in orthodox thinking, therefore, is generally conceived of as a self-evident good, something that only tyrannical monsters or fascist sympathisers can be against the spread of, something that will open the classically closed halls of governance and undoubtedly improve – sometimes drastically – the countries or systems into which its bright light shines. The literature reveals that this is not necessarily the case.'[1]

1.1 Een tovermiddel met bijwerkingen

In 2008, toen ik begon aan het schrijven van mijn proefschrift over de opkomst van het transparantiebeginsel in het Europese recht, was voor sommige transparantie al een sleetse term.[2] Een panacee voor alle kwaden die de maatschappij treffen, slecht gedefinieerd, en slecht te onderscheiden van noties als goed bestuur, verantwoording, openheid en communicatie. Desalniettemin blijft de aantrekkingskracht van het begrip onverminderd groot.[3] Transparantie werd in Binnenlands Bestuur uitgeroepen tot toverwoord van 2022[4] en sindsdien zijn nieuwe normen ontwikkeld over onder meer de transparante verdeling van schaarse rechten, transparantie over algoritmische besluitvorming, en over toegang tot overheidsinformatie.

Een kleine zoektocht door de Kamerstukken van het afgelopen jaar laat zien dat de verwachtingen van transparantie onverminderd hoog blijven. In politiek Den Haag wordt transparantie gezien als oplossing voor tal van problemen, van hoge prijzen op de woningmarkt[5] tot tanend vertrouwen in de regering.[6] Transparantie is van belang voor nucleaire ontwapening,[7] en biedt een antwoord op de opkomst van de tijgermug en het Westnijlvirus.[8]

Hoe werkt dat dan? De situatie op de woningmarkt biedt een mooi voorbeeld. Daar zorgt krapte al geruime tijd voor recordprijzen. Kopers staan onder druk, en kwaadwillende makelaars kunnen daar misbruik van maken, zo is de gedachte. Zij

---

1 Wyatt 2018, p. 16.
2 Curtin & Meijer 2006; Kaufmann & Bellver 2005, Meijer 2007, p. 265, Roberts 2006, p. 36.
3 Baume & Papdopoulos 2018, p. 186.
4 SAS Institute, 'Wat brengt 2022? Het toverwoord is transparantie', *Binnenlands Bestuur* (digitaal), www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/vooruitblik-op-2022-data-wordt-steeds-belangrijker.
5 Kamerbrief van 9 november 2021 over verbeterstrategie koopproces van huizen, www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2021/11/09/kamerbrief-over-verbeterstrategie-koopproces/kamerbrief-over-verbeterstrategie-koopproces.pdf.
6 Motie van het lid Sneller, 14 oktober 2021.
7 *Kamerstukken II* 2021/22, 33783, nr. 48, brief van de minister van Buitenlandse Zaken over nucleaire ontwapening en non-proliferatie van 1 december 2021.
8 *Kamerstukken II* 2021/22, Aanhangsel Handelingen, nr. 338.

kunnen bijvoorbeeld kopers influisteren dat er een concurrerend bod is, en dat zij maar beter hun bieding kunnen verhogen met duizenden euro's. Tenminste, als zij nog een kansje willen maken de felbegeerde woning te bemachtigen. Of een dergelijk concurrerend bod er daadwerkelijk is, is onbekend. De kopers kunnen het niet controleren. Toenmalig minister Ollongren wilde daarom dat makelaars gaan werken met een automatisch gegenereerd biedlogboek. Daarin worden alle biedingen geregistreerd. 'Zo verdwijnt de ruimte om niet integer te handelen', aldus de minister.[9] Door het biedproces transparant te maken verdwijnt de ruimte voor makelaars om prijzen nog verder op te drijven. Transparantie leidt hier tot integerder handelen van makelaars, en draagt op die manier weer bij aan het functioneren van de woningmarkt. De relatie tussen transparantie en integriteit zien we vaker. Afgelopen oktober werd naar aanleiding van de onthullingen in de Pandora Papers over minister Hoekstra nog een motie aangenomen waarin werd opgeroepen tot meer transparantie over de zakelijke belangen van ministers en staatssecretarissen. Want: 'voor het vertrouwen van burgers in de regering is van groot belang dat de integriteit van ministers en staatssecretarissen buiten twijfel staat'.[10]

Een gebrek aan transparantie daarentegen ligt (mede) ten grondslag aan allerlei kwaden, zoals de toeslagenaffaire[11] en de onrust die ontstond rond het storten van granuliet door Rijkswaterstaat bij Alphen.[12] Als buitenstaanders op de hoogte zouden zijn van wat zich achter de schermen afspeelde, zouden zij immers wel hebben ingegrepen. Of, beter nog, de betrokken partijen zouden zich in het volle zicht vanzelf beter hebben gedragen.

Het is ten dele terecht dat aan transparantie positieve effecten worden toegeschreven. Vaak is dat intuïtief. Zonder goede informatievoorziening kan het parlement niet functioneren. Soms ook worden de voordelen aangetoond door onderzoek: zo bleek recent uit een economische analyse dat volledige transparantie bij de onderhandeling over medicijnprijzen leidt tot lagere prijzen voor nieuwe middelen tegen kanker.[13] Er is een relatie aangetoond tussen transparantie en het terugdringen van hongersnoden,[14] en meer transparantie correleert positief met lagere inflatiecijfers[15] en minder corruptie.[16]

De roep om transparantie heeft ook zijn weerslag in het recht. Het meest in het oog springende actuele voorbeeld is wellicht de hierna door Drahmann te bespreken Wet open overheid (Woo), maar er zijn legio andere voorbeelden. De Algemene verordening gegevensbescherming erkent transparantie als kernbeginsel. Elke verwerking van persoonsgegevens dient openbaar te zijn. Op EU-niveau wordt gewerkt aan de Digital Service Act, waardoor techbedrijven gedwongen zullen worden transparant te zijn over de algoritmen die ze gebruiken. De door Bontje en Pietermaat te bespreken openbaarheid van rechtspraak staat al sinds de publicatie van het

9 Kamerbrief van 9 november 2021 over verbeterstrategie koopproces van huizen.
10 Motie van het lid Sneller, 14 oktober 2021.
11 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2 en 3.
12 Kuijken 2021, p. 60.
13 Franzen e.a. 2020.
14 Burchi 2011.
15 Chortareas e.a. 2001.
16 Islam 2003.

WRR-rapport 'Speelruimte voor transparantere rechtspraak' in 2013 in de belangstelling.[17] En natuurlijk dient de verdeling van schaarse rechten sinds enige jaren plaats te vinden met behulp van een transparante verdeelprocedure.[18]

Maar er klinkt ook steeds vaker een tegengeluid. Critici van transparantie kunnen zich beroepen op een groeiende hoeveelheid literatuur, waarin de positieve effecten die worden toegeschreven aan transparantie worden genuanceerd.[19] De verwachte effecten treden in de praktijk lang niet altijd op. Transparantie heeft dan ook niet alleen maar voorstanders: initiatieven om door wetgeving transparantie te vergroten stuiten regelmatig op weerstand. Bijvoorbeeld omdat met transparantie hoge kosten gemoeid kunnen zijn. Een bekend voorbeeld is de reactie van de VNG op het Wetsvoorstel open overheid, die er mede toe heeft geleid dat uiteindelijk een gematigder versie van de wet is aangenomen.[20] En er zijn uiteraard ook belangen die zich tegen openbaarmaking verzetten. Zowel de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) als de Woo kent legio uitzonderingsgronden, die bijvoorbeeld de nationale veiligheid, de eenheid van de kroon, en de belangen van derden beschermen. Er moet steeds worden afgewogen hoe het belang van openbaarheid zich verhoudt tot deze andere belangen. Aan de Woo werd te elfder uren door een amendement van Bisschop en Snoeren nog een absolute uitzonderingsgrond toegevoegd zodat vertrouwelijk aan de overheid meegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens niet op straat kunnen komen te liggen, en de dreigende uitbreiding naar de semipublieke sector werd uitgesloten.[21] Maar ook tegen de hierna te bespreken transparante verdeling van schaarse vergunningen bestaat de nodige weerstand.[22] Critici vragen zich onder meer af of de vermeende voordelen wel opwegen tegen de schade die dergelijke procedures opleveren voor zittende vergunningshouders.

1.2 Centrale vraagstelling

Uit bovenstaande blijkt dat velen nog steeds hooggespannen verwachtingen hebben van transparantie. Maar omdat uit de literatuur blijkt dat die verwachtingen lang niet altijd worden waargemaakt en omdat aan transparantie steeds kosten zijn verbonden, is het raadzaam dat het recht actuele inzichten over het nut en onnut van transparantie reflecteert. In dit preadvies staat de vraag centraal in hoeverre dat nu het geval is:

> *In hoeverre reflecteert het recht de inzichten over de mate waarin en de wijze waarop transparantie bijdraagt aan het realiseren van publieke waarden?*

Omdat transparantie zo'n alomtegenwoordig begrip is geworden, is het nodig het onderzoek verder af te bakenen. Daarom staan twee hypothesen over transparantie

17 Broeders e.a. 2013. Zie in meer detail het preadvies van Bontje en Pietermaat.
18 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927. Zie hierover verder hoofdstuk 6.
19 Deze literatuur wordt later in dit preadvies besproken.
20 Van der Sluis 2021, p. 444.
21 *Kamerstukken II* 2020/21, 35112, nr. 23 en nr. 26.
22 Robbe 2019; Gianotten 2019.

centraal. Ten eerste: draagt transparantie daadwerkelijk bij aan vertrouwen in de overheid? Ten tweede: draagt een transparante verdeling van schaarse rechten daadwerkelijk bij aan gelijke kansen voor gegadigden, en komen schaarse rechten beter terecht dan wanneer niet transparant wordt verdeeld?

1.3 Aanpak

Transparantie is een notoir vaag begrip. Hoofdstuk 2 dient daarom ter verduidelijking van het onderwerp van dit preadvies. Wat is transparantie, en hoe verhoudt het zich tot openbaarheid? Het zal blijken dat transparantie een veelvormig ding is, en dat het behulpzaam is verschillende typen transparantie te onderscheiden. Hoofdstuk 3 bespreekt het nut van transparantie. Welke nuttige effecten worden eraan toegeschreven, en op welke wijze draagt transparantie bij aan het tot stand komen van die effecten? In hoofdstuk 4 komt de rijzende scepsis ten aanzien van transparantie aan bod. Dat wordt vervolgens uitgewerkt aan de hand van twee voorbeelden. In hoofdstuk 5 staat transparantie als middel om het vertrouwen in de overheid te vergroten centraal. In hoofdstuk 6 gaat het om transparante verdeelprocedures als middel om op een rechtvaardige wijze schaarse rechten te verdelen, waarbij ook nog het algemeen belang wordt gediend. In deze twee cases wordt eerst onderzocht welke rol aan transparantie wordt toegedicht bij het realiseren van publieke waarden. Vervolgens wordt onderzocht in hoeverre transparantie die rol waar kan maken, aan de hand van een analyse van veelal empirische studies uit onder meer de bestuurskunde en economie. Ten slotte zal ik ingaan op de vraag of de inzichten die dat oplevert gevolgen zouden moeten hebben voor het geldend recht.

Hoofdstuk 7 sluit af met een beschouwing over de betekenis van een en ander voor wat ik hier maar even het 'transparantierecht' noem.

2 Wat is transparantie?

2.1 Bevindingen uit de literatuur: semantische verwarring

Waarom is het nodig transparantie te definiëren? Om te kunnen toetsen of transparantie daadwerkelijk bijdraagt aan het realiseren van publieke waarden, is het vanzelfsprekend noodzakelijk te weten waar we over spreken. Helaas is transparantie een lastig te definiëren concept. Of misschien is het beter te zeggen dat de betekenis die aan het begrip wordt gegeven sterk afhankelijk is van de context, en dat er geen sprake is van één concept, maar van verschillende concepten.[23] Wel is er steeds een duidelijke kern: transparantie vereist de beschikbaarheid van duidelijke informatie.[24] Daarnaast is het onduidelijk wat nu precies de verhouding is tussen transparantie enerzijds, en openheid en openbaarheid anderzijds.

Dat eerste punt wordt mooi geïllustreerd door de beschrijving van de historische achtergrond van transparantie van Hood. Hij stelt dat het moderne begrip transparantie is geworteld in ten minste drie te onderscheiden historische denkbeelden die zouden kunnen worden geduid als transparantie *avant la lettre*.[25] Het idee dat besturen gebonden moet zijn aan regels; het idee van een transparante samenleving, die wordt gekenmerkt door open en openhartige communicatie, waar men geen geheimen heeft voor elkaar; en het idee dat transparantie een middel is om toezicht, *accountability* en democratie te realiseren.

Het is dan ook niet verbazend dat keer op keer wordt geconcludeerd dat er geen eenduidige definitie van transparantie is te geven. Recent was het Wyatt die een literatuurreview uitvoerde waarin hij zich boog over de verschillende definities van transparantie in met name de bestuurskundige literatuur. Hij komt tot de conclusie dat er geen behulpzame definitie uit te destilleren is.[26] Wel onderscheidt hij verschillende soorten definities: definities in de eerste categorie hanteren een metafoor om duidelijk te maken wat zij bedoelen met transparantie. Transparantie is als een open raam, of een glazen gebouw, waardoor buitenstaanders goed inzicht hebben in wat zich afspeelt binnen een organisatie.[27] De tweede categorie definities die hij onderscheidt, zien op de beschikbaarheid van informatie. Wyatt ziet deze categorie als een spiegel van de eerste, maar het is wellicht beter te zeggen dat de eerste categorie ziet op een resultaat, en de tweede op een middel. De derde categorie van definities

23 Savage 2006, p. 146: 'the meaning of transparency might differ depending on the context in which it is used, varying depending on time, place and, perhaps most important, function'.
24 Buijze 2013, p. 31.
25 Hood 2006, p. 5.
26 Wyatt 2018, p. 2.
27 Wyatt 2018, p. 2.

beschrijft transparantie als een relatie: er is iemand die waarneemt, iemand of iets die waargenomen wordt, en een modus van waarnemen. Of, eenvoudiger gezegd, er is een zender, een ontvanger, en informatie die via een bepaalde weg ontvangen wordt.

Zoals Wyatt opmerkt, worden dergelijke definities vaak aangepast aan de (onderzoeks)voorkeuren van de auteurs. De toch nog best brede definitie van transparantie als de mate waarin externe actoren toegang krijgen tot informatie over de wijze waarop publieke organisaties functioneren,[28] dekt bijvoorbeeld niet steeds de lading die het begrip heeft in het publieke debat. Zo pleit Kuijken naar aanleiding van de granulietcasus voor meer transparantie, juist ook *binnen* de organisatie.[29]

Definities uit de derde categorie dekken dus niet alle connotaties die we bij transparantie hebben. Het relationele aspect van transparantie dat centraal staat in veel bestuurskundige literatuur, is niettemin van groot belang. Het laat zien dat transparantie een rol kan spelen in verschillende contexten en sluit aan bij het inmiddels breed gedeelde inzicht dat transparantie meer omvat dan de klassieke toegang tot informatie zoals die geregeld is in de WOB. Zo moet bij de verdeling van schaarse rechten transparantie worden gerealiseerd voor geïnteresseerde partijen, en niet voor eenieder. Deze laatste categorie van definities is bovendien eenvoudiger te operationaliseren, en vormt de basis voor veel empirisch onderzoek naar de effecten van transparantie. Men kan bijvoorbeeld toetsen wat het effect is van transparantie richting burgers, van de gemeente Utrecht, inzake de overwegingen die ten grondslag liggen aan besluitvorming over luchtkwaliteit.[30] Die effecten kunnen anders zijn wanneer het gaat om transparantie richting burgers van een gemeente over de toepassing van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), of om transparantie richting burgers inzake de overwegingen die ten grondslag liggen aan besluitvorming over luchtkwaliteit in Zuid-Korea.[31]

Deze typen van definities illustreren dus ook hoe ingewikkeld het is in algemene zin iets te zeggen over de effecten van transparantie. De eerste twee categorieën van definities sluiten goed aan bij de wijze waarop het begrip over het algemeen gehanteerd wordt. De derde categorie van definities laat zien dat er talloze relaties zijn waarin transparantie een rol kan spelen, en suggereert dat de effecten van transparantie binnen ieder van die relaties anders kunnen zijn. Voor het onderzoeken en evalueren van de effecten van transparantie is dus relevant wie informatie beschikbaar stelt, richting welke partij(en), hoe, en waarover.

Men kan transparantie dus zien als resultaat, een staat van een organisatie waarbij duidelijk is wat zich binnen de organisatie afspeelt. Deze staat wordt bereikt door het beschikbaar stellen van informatie. Dat kan op veel verschillende manieren. Ook op deze activiteiten wordt in de literatuur het stempel transparantie geplakt. Transparantie wordt daarmee zowel middel als doel. Om verwarring te voorkomen spreek ik wanneer het gaat om maatregelen die tot transparantie moeten leiden liever van

28 '[T]he extent external actors are afforded access to information about the way public organizations operate', Cucinello e.a. 2017, p. 36.
29 Kuijken 2021, p. 62.
30 Meijer e.a. 2010.
31 Grimmelikhuijsen e.a. 2013.

transparantiemaatregelen of, wanneer die maatregelen dwingend zijn voorgeschreven, transparantieverplichtingen.

2.2 Transparantie, openheid en openbaarheid

Een tweede punt dat de discussie over transparantie kan compliceren is het feit dat er verwante begrippen zijn, zoals openheid en openbaarheid en toegang tot informatie, die zich lastig van transparantie laten onderscheiden.

Openbaarheid en transparantie zijn uiteraard aan elkaar gerelateerd, maar het onderscheid is onduidelijk.[32] Schlössels en Zijlstra definiëren openbaarheid als een toestand waarin eenieder kennis kan nemen van besluitvormingsprocessen binnen het openbaar bestuur. Daartoe dienen gegevens en procedures algemeen bekend of toegankelijk te zijn. Openheid daarentegen zien zij als een mentaliteit, waarbij er een bereidheid is informatie te verstrekken en men openstaat voor de inbreng van anderen. Toegang tot informatie ten slotte is een recht voor de burger, waarmee openbaarheid afgedwongen kan worden.[33] Dit is een nuttig onderscheid, edoch, transparantie wordt in de literatuur zo ruim gebruikt, dat alle drie de begrippen eronder zouden kunnen vallen.

Verscheidene auteurs betogen dan ook dat transparantie en openbaarheid niet betekenisvol van elkaar verschillen.[34] Transparantie zou medio jaren negentig zijn overgewaaid, geïnspireerd door non-gouvernementele organisaties (ngo's) als Transparency International, maar ook door de Wereldbank en het Internationaal Monetair Fonds (IMF) die transparantie nadrukkelijk presenteerden als een instrument tegen corruptie, zowel in hun eigen organisatie als daarbuiten.[35] Ongeveer rond dezelfde tijd begon de hausse aan bestuurskundig onderzoek over het concept.[36] Zo kreeg de term ook vaste grond onder de voeten in de Europese Unie en in Nederland. Het gebruik van de term dient dan vooral om aan te sluiten bij internationale discussies over openbaarheid/transparantie. Giessen stelt dat het niettemin wel nuttig kan zijn de term openbaarheid te vervangen door transparantie. Volgens hem wordt daarmee duidelijk dat klassieke vormen van openbaarheid niet langer volstaan, en dat we op zoek moeten naar nieuwe instrumenten.[37]

Er is ook een alternatieve opvatting, dat openbaarheid leidt tot transparantie. Zo betoogde Van der Sloot dat Nederland al jaren wetgeving kent die transparantie moet bewerkstelligen. De Wob verplicht immers bestuursorganen informatie openbaar te maken, met als doel transparantie en controle op de macht te realiseren.[38] Feltz huldigt een vergelijkbaar standpunt, met dien verstande dat hij expliciteert

32 Zie voor een wat uitgebreidere bespreking met verwijzing naar relevante bronnen Buijze 2013, p. 29. In de literatuur worden de begrippen regelmatig door elkaar gebruikt. Zie bijvoorbeeld Daalder 2018, Van der Sluis 2017.
33 Schlössels & Zijlstra 2017, nr. 342.
34 Malsch 2013; Giessen 2015.
35 Ball 2009, p. 293.
36 Ball 2009, p. 297.
37 Giessen 2015.
38 Van der Sloot 2015, p. 2537.

dat het de Wob-verzoekers zijn die transparantie creëren, niet zozeer de Wob zelf.[39] In de context van de transparante verdeling van schaarse rechten lijkt Drahmann hetzelfde standpunt te huldigen: het garanderen van een passende mate van openbaarheid leidt tot transparantie.[40] Ook Munneke geeft blijk van deze opvatting.[41] De wetgever lijkt het eens te zijn met deze lijn. De memorie van toelichting bij de Wet open overheid stelt dat het doel van de Woo is om overheden transparanter te maken. Daarom wordt de reikwijdte van de openbaarheidsverplichtingen die onder de Wob al golden uitgebreid.[42] Met andere woorden: meer openbaarheid leidt tot transparantie.

Een en ander bevestigt vooral de conclusie dat nuttig onderscheid gemaakt kan worden tussen enerzijds het doel, waarbij burgers inzicht hebben in wat zich afspeelt binnen de overheid, en anderzijds de instrumenten die worden ingezet om dat doel te bereiken. Een eenduidig onderscheid tussen transparantie enerzijds en openheid en openbaarheid anderzijds valt niet te maken. Wel is het zinvol eens beter te kijken naar verschillende soorten transparantieverplichtingen.

2.3 Analyse: verschillende soorten transparantie

Gezien de problemen die zich voordoen bij het definiëren van transparantie is het niet verwonderlijk dat veel auteurs zich niet aan een definitie wagen, maar volstaan met een lijst van elementen die bijdragen aan het realiseren van transparantie.

Veel genoemde elementen zijn (publieke) toegang tot overheidsinformatie[43] en toegang tot het dossier.[44] Ook worden genoemd toegang tot informatie over de totstandkoming en de inhoud van wet- en regelgeving en van beschikkingen. Bij die laatste gaat het dan meer specifiek over de redenen voor die besluiten en de informatie waarop de overheid het besluit heeft gebaseerd.[45] Daarnaast dient de overheid zich te houden aan regels, die op hun beurt weer toegankelijk, duidelijk en begrijpelijk moeten zijn.[46] Transparantie kan zowel actieve informatievoorziening als informatie op verzoek behelzen,[47] en vereist soms een vertaalslag, waarbij data worden omgezet in voor de ontvanger behapbare vorm.[48] Oorspronkelijk uit het aanbestedingsrecht kennen we de verplichting openbaarheid te geven aan het feit dat een aanbestedende dienst een opdracht gaat verlenen, welke procedure daarbij gevolgd zal gaan worden, en hoe de winnaar van de procedure zal worden geselecteerd.[49]

---

39 Van der Feltz 2011, p. 4; zie ook VNG, *Transparant bestuur, een praktische handleiding voor gemeenten over de Wet openbaarheid van bestuur.*
40 Drahmann 2015, p. 168.
41 Munneke 2008, p. 615.
42 *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 5.
43 Craig 2018; Prechal 2008; Banisar 2006; Hood 2006, p. 5, 14; Vesterdorf 1998, p. 913; Curtin 2009, p. 207.
44 Vesterdorf 1999, p. 903, 910; Prechal & De Leeuw 2007, p. 52.
45 Vesterdorf 1999, p. 903.
46 Hood 2006a, p. 5.
47 Curtin & Meijer 2006, p. 111; Prechal & De Leeuw 2007, p. 51; Hofman 1998.
48 Savage 2006, p. 146.
49 Art. 1.9 Aanbestedingswet 2012. Zie uitgebreider par. 6.1.

Kan er orde worden geschapen in deze kluwen van transparantieverplichtingen? Er zijn diverse typologieën ontwikkeld die dit beogen.[50] Naast bespiegelingen over de relatie waarbinnen transparantie een rol speelt,[51] is het nuttig onderscheid te maken al naar gelang het moment waarop transparantie geboden wordt, en tussen nominale en effectieve transparantie.

Het eerste onderscheid toont aan dat van belang is wanneer informatie wordt verstrekt: vooraf, gedurende een besluitvormingsproces, of achteraf.[52] Het moment van communiceren is in sterke mate bepalend voor de effecten die transparantie kan hebben. Het onderscheid tussen nominale en effectieve transparantie toont aan dat niet alleen het beschikbaar zijn van informatie, maar ook de kwaliteit van de beschikbare informatie van belang is. Bij nominale transparantie is informatie beschikbaar, bij effectieve transparantie is informatie beschikbaar en begrijpelijk.[53] Hier is in te voelen dat ook de effecten van nominale en effectieve transparantie verschillen. Dat zal ook blijken bij de bespreking van de literatuur over de impact van transparantie op vertrouwen in de overheid in hoofdstuk 5.

Naast de vraag wie informatie openbaart, wie de ontvanger is, en welke informatie op welke wijze wordt geopenbaard, is dus ook het moment van openbaarmaking relevant, net als de kwaliteit van de geopenbaarde informatie.

2.4 Tussenconclusie

Transparantie is een te breed begrip om in algemene zin iets nuttigs te kunnen zeggen over effecten van transparantie. Het blijkt dat in de literatuur verschillende soorten definities van het begrip te vinden zijn, elk met een ander abstractieniveau. Een analyse van deze definities toont aan dat voor wie geïnteresseerd is in de effecten van transparantie, het zinvoller is te kijken naar concrete transparantiemaatregelen, waarbij een specifieke partij specifieke informatie communiceert naar een specifieke ontvanger of groep van ontvangers, van een bepaalde kwaliteit, op een bepaald moment.[54] Dergelijke maatregelen zijn ook vaak het onderwerp van empirisch onderzoek naar de effecten van transparantie.

Juridisch is het zinvol transparantie als abstracte waarde te onderscheiden van concrete transparantie- of openbaarheidsverplichtingen, waar bestuursorganen wordt opgelegd informatie te communiceren naar een of meer burgers, hetzij op verzoek, hetzij uit eigen beweging.

50 Buijze 2013; Tienhaara 2020; Mansbridge 2009.
51 Heald 2006.
52 Heald 2006, p. 35-36.
53 Heald 2006, p. 34, 35.
54 Zie ook Buijze 2013, p. 35.

3 Transparantie als Zwitsers zakmes

Hierboven is al een en ander gezegd over de effecten die aan transparantie worden toegeschreven. Dit hoofdstuk beoogt orde te scheppen in de veelheid aan claims die hierover de ronde doen. Maar eerst een disclaimer: de waarde van transparantie wordt niet uitsluitend bepaald door de effecten die het wel of niet heeft. Transparantie heeft (ook) een intrinsieke waarde. In de literatuur worden hiervoor diverse argumenten gepresenteerd. Ten eerste wordt wel betoogd dat transparantie en toegang tot informatie intrinsieke waarde hebben, omdat zij worden erkend als fundamentele rechten in gezaghebbende rechtsbronnen.[55] Daarvoor moet wel een interpretatieslag gemaakt worden: het recht op toegang tot informatie wordt ingelezen in de vrijheid van meningsuiting, die immers onder meer het recht op het ontvangen van informatie omvat. Een alternatieve benadering koppelt de intrinsieke waarde van transparantie aan het feit dat mensen informatie nodig hebben voor hun dagelijks functioneren. Zonder informatie worden de meest basale zaken onmogelijk: wie niet weet waar hij eten kan vinden verhongert, wie niet weet waar hij een dokter kan vinden ziet zijn gezondheid nodeloos verslechteren. In die zin is transparantie, in de zin van de gemakkelijke beschikbaarheid van informatie, noodzakelijk voor het realiseren van alle individuele rechten.[56] Een tweede argument voor transparantie, ook waar dat geen aantoonbaar nuttig doel dient, is de opvatting dat informatie die bij de overheid berust, door die overheid namens haar burgers wordt beheerd. De informatie is dus eigenlijk al van die burgers, en zij zouden er op elk gewenst moment inzicht in moeten hebben.[57] Ten slotte is er het argument dat we het recht hebben te weten hoe de overheid handelt, omdat zij handelt uit onze naam. In zekere zin zijn

55 Banisar 2006, p. 9, leidt een recht op transparantie af uit art. 19 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en uit artikel 19 Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). In het verleden werd dit ook wel betoogd voor art. 10 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) (zie bijv. W. Hins & D. Voorhoof, 'Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights', *European Constitutional Law Review* 2007, p. 114-122, p. 114), maar inmiddels is duidelijk dat dit recht beperkt is, en dat het juist sterk in het teken staat van de bijdrage die transparantie kan leveren aan het functioneren van democratieën (EHRM 14 april 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ2197). Wie de informatie niet gebruikt om bij te dragen aan het publieke debat, blijft in de kou staan.

56 Buijze 2013, p. 37.

57 Kierkegaard, 2009, p. 3-27, p. 4; Stiglitz 1999, p. 7-8. Er valt overigens wel een en ander af te dingen op dit standpunt. Als burgers inderdaad moeten kunnen beschikken over wat er gebeurt met informatie die bij de overheid berust, moeten zij ook kunnen besluiten dat zij geen toegang tot die informatie wensen. Dat zij besluiten dat zij de overheid in hun naam bepaalde informatie willen laten verzamelen, betekent niet dat zij daarmee ook besloten hebben dat zij al hun medeburgers op elk moment toegang tot die informatie willen geven. Zie ook Buijze 2013, p. 38.

wij dus verantwoordelijk voor het handelen van de overheid, en het is daarom vanzelfsprekend dat we ervan op de hoogte moeten kunnen zijn.[58]

Dat betekent dat ook wanneer de positieve effecten die aan transparantie worden toegeschreven zich maar zeer ten dele voordoen, er wel degelijk gewicht aan moet worden toegekend. Tegelijkertijd geldt dat ook als transparantie intrinsiek van waarde is, de positieve effecten die aan transparantie worden toegeschreven bijdragen aan het (juridische) gewicht dat we eraan toekennen. Als transparantie leidt tot gelijke kansen voor ondernemers, dan krijgt het meer gewicht dan wanneer we alleen de argumenten voor de intrinsieke waarde van transparantie in ogenschouw nemen, althans, voor zover het recht ook daadwerkelijk vereist dat overheden ondernemers gelijke kansen bieden.

In de inleiding kwam al aan de orde dat er een breed scala aan positieve effecten wordt toegeschreven aan transparantie. De lijst is eindeloos uit te breiden: het beschermen van bossen,[59] het bestrijden van armoede,[60] de duurzame aanleg van nieuwe wegen:[61] allemaal worden ze mogelijk gemaakt doordat burgers toegang hebben tot informatie. Dat gebeurt steeds op ongeveer dezelfde wijze: burgers vergaren informatie, en gebruiken die vervolgens om besluitvormingsprocessen te beïnvloeden. Er zijn dus onderliggende effecten van transparantie die bijdragen aan het realiseren van allerhande publieke waarden. Matheus en Janssen hebben een literatuurstudie gedaan naar de verschillende positieve effecten die aan transparantie worden toegeschreven. Zij komen tot de volgende lijst:[62]

- *accountability*: door transparantie zullen overheden hun acties beter verantwoorden;
- vertrouwen en geloofwaardigheid: door transparantie zullen burgers meer vertrouwen krijgen in de overheid wat weer leidt tot meer legitimiteit. Hierdoor zal de overheid slagvaardiger en effectiever kunnen opereren. Burgers zullen meer geneigd zijn normen na te leven wanneer zij op de welwillendheid en de competentie van de overheid vertrouwen;
- burgerschap en participatie: door transparantie kunnen burgers deelnemen aan politieke processen;
- efficiëntie: transparantie kan leiden tot kostenvermindering, bijvoorbeeld wanneer transparant wordt aanbesteed. Dit punt is gerelateerd aan het functioneren van markten;
- *governance*: transparantie verbetert de kwaliteit van besluitvormingsprocessen, enerzijds omdat het overheden stimuleert zorgvuldig te besluiten (zij moeten immers hun keuzes kunnen verantwoorden en wangedrag kan aan het licht komen), anderzijds omdat open besluitvorming ertoe leidt dat waardevolle inzichten van externe partijen kunnen worden ingebracht in het proces;
- *political turnout*: transparantie kan de opkomst bij verkiezingen vergroten en leiden tot beter geïnformeerd stemgedrag;

58 Birkinshaw 2006, p. 47.
59 Webb e.a. 2017.
60 Bari & Naz 2016.
61 Mutabaz 2014.
62 Matheus & Jansen 2020.

– anticorruptie en fraudebestrijding: transparantie vermindert corruptie omdat ambtenaren en politici weten dat onwenselijk gedrag aan het licht kan komen;
– het tegengaan van informatieasymmetrieën: transparantie kan verschillen in informatiepositie opheffen, waardoor het bekende gelijke speelveld ontstaat.

Kort gezegd vergroot transparantie dus de kwaliteit van besluitvorming, zowel van individuen als van overheden, en maakt het controle op en beïnvloeding van het handelen van de overheid mogelijk. Dat draagt op zijn beurt bij aan een goed functionerende democratie, vertrouwen in het bestuur, betere *governance*, het beschermen van individuele rechten, en aan het efficiënt functioneren van markteconomieën.[63] Door iets dieper in te gaan op de wijze waarop transparantie bijdraagt aan bovenstaande desiderata, wordt duidelijk dat transparantie steeds de twee hierboven genoemde functies heeft.

Zo draagt transparantie op twee manieren bij aan het goed functioneren van democratieën: burgers kunnen informatie gebruiken om zich een mening te vormen over allerhande onderwerpen, om deel te nemen aan het publieke debat, en om hun standpunt te bepalen. Zij worden als het ware in staat gesteld betere besluiten te nemen over waar het heen moet met de samenleving. Curtin ziet het proces van vorming van de politieke wil als de belangrijkste functie van transparantie.[64] De Woo beoogt deze functie van transparantie verder te versterken:

> 'Op grond van dit voorstel – nog meer dan op grond van de huidige Wob – krijgt eenieder het recht en de mogelijkheid om met publieke informatie in het maatschappelijke debat te participeren. Daarbij speelt ook vooral de actieve informatieplicht een rol. Door informatie goed geordend, begrijpelijk en tijdig uit eigen beweging te openbaren, ontstaat een gelijk speelveld voor alle democratische participanten.'[65]

Burgers kunnen ook proberen besluitvormingsprocessen direct te beïnvloeden.[66] Primair doen zij dat door hun stem uit te brengen op vertegenwoordigers die hun standpunt delen,[67] maar ook directere vormen van participatie zijn mogelijk. Ook deze functie wordt benoemd in de memorie van toelichting bij de Woo, waarin wordt opgemerkt dat geheimhouding aan een effectieve uitoefening van het kiesrecht en de vrijheid van meningsuiting in de weg staat.[68]

Transparantie maakt ook controle van de macht mogelijk.[69] Volgens bijvoorbeeld Van der Sloot is dit de kern van de Nederlandse openbaarheidswetgeving:

> 'Dergelijke wetgeving heeft ten doel transparantie in de overheidssector te bewerkstelligen om zo controle op de macht te faciliteren. Door deze openbaarheid worden burgers en (onderzoeks)journalisten in staat gesteld beweringen van politici te staven,

63 Buijze 2013, p. 40-52.
64 Curtin 2000, p. 7.
65 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 3, p. 15.
66 Zie Buijze 2013, p. 43.
67 Baume & Papodopoulos 2018, p. 182.
68 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 3, p. 16.
69 Buijze 2013, p. 53.

mogelijke misstanden aan het licht te brengen en besluitvormingsprocessen in kaart te brengen. De kern van deze wetgeving is derhalve de transparantie van en democratische controle op de macht.'[70]

De memorie van toelichting bij de Woo koppelt voorts de controlefunctie van transparantie expliciet aan het uitdijen van discretionaire bevoegdheden van het bestuur. Controle op het uitoefenen van die bevoegdheden is alleen mogelijk als daarover transparantie wordt geboden.[71] Transparantie leidt er dus toe dat burgers kunnen zien wat zich afspeelt binnen de overheid. Dit stelt hen in staat die processen te beïnvloeden en te controleren.

De relatie tussen transparantie en vertrouwen in de overheid is minder direct. Vertrouwen is bovendien niet eenvoudig te definiëren. Van den Bos en Brenninkmeijer zien vertrouwen als 'de overtuiging dat andere personen of instituties ons niet met opzet kwaad zullen aandoen, zeker niet als ze dit kunnen vermijden, en dat ze het goede met ons voor hebben en, indien mogelijk, oog zullen hebben voor onze belangen'.[72] Deze definitie doet niet helemaal recht aan de discussie over transparantie en vertrouwen: een van de argumenten tegen transparantie die we in hoofdstuk vijf zullen tegenkomen, is dat het juist afbreuk doet aan het vertrouwen in de overheid omdat burgers gaan twijfelen aan haar competentie. Er zijn dus nog andere elementen die relevant kunnen zijn, zoals de overtuiging dat instanties eerlijk zijn, en de overtuiging dat zij competent zijn.[73] De overtuiging dat transparantie bijdraagt aan vertrouwen in de overheid, berust op de aanname dat die overheid ook daadwerkelijk betrouwbaar is: dat zij het beste voorheeft met haar burgers, eerlijk is, en in ieder geval redelijk competent. Geheimzinnigheid kan er dan toe leiden dat burgers een minder gunstig beeld krijgen van de overheid dan op basis van de feiten gerechtvaardigd is.[74] Deze gedachte dat transparantie kan bijdragen aan vertrouwen lag grotendeels ten grondslag aan de opkomst van het recht op toegang tot informatie op EU-niveau. Roberts laat zien dat de introductie van transparantie binnen de EU niet zo zeer werd ingegeven door democratische idealen, maar veeleer als een oplossing voor de legitimiteitscrisis waarmee de Unie zich in de jaren tachtig en negentig geconfronteerd zag.[75]

In Verklaring 17 betreffende het recht op toegang tot informatie bij het Verdrag van Maastricht, stellen de lidstaten expliciet dat transparantie kan bijdragen aan het vertrouwen van het publiek in het Europese bestuur. Volgens de Commissie is transparantie noodzakelijk om bij Europese burgers een gevoel van verbondenheid met de Unie te bewerkstelligen.[76] Concreet verwacht de Commissie dat informatie over de EU burgers zal doen inzien dat zij uiteindelijk profiteren van wat de Unie doet, of, aansluitend bij de definitie van Van den Bos en Brenninkmeijer, dat de Unie

70 Van der Sloot 2015, p. 2537.
71 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 3, p. 15-16.
72 Van den Bos & Brenninkmeijer 2012, p. 1453.
73 Grimmelikhuijsen 2012, p. 212. Grimmelikhuijsen & Meijer 2014, p. 153.
74 O'Neill 2006, p. 76.
75 Roberts 2006, p. 174.
76 Europese Commissie 2001, p. 11.

het beste met hen voorheeft, daar ook naar handelt, en bovendien succesvol is in het behartigen van hun belangen.[77]

Het creëren van vertrouwen door transparantie is dus nauw verwant aan de controlefunctie: burgers hebben zicht op de wijze waarop macht wordt uitgeoefend. De veronderstelling is dat zij daar ook wel tevreden over zijn, en dat daarom hun vertrouwen in machthebbers groeit. Overigens is ook zonder het hierna te bespreken empirisch onderzoek daar wel een en ander op af te dingen. Het is immers geen gegeven dat objectieve informatie over het handelen van de overheid de conclusie rechtvaardigt dat die het beste voorheeft met burgers.[78]

De wijze waarop transparantie bijdraagt aan de kwaliteit van bestuur, of *good governance*, is weer tweeledig. Transparantie stelt mensen in staat actie te ondernemen, en daarmee positief bij te dragen aan het besluitvormingsproces. Zij kunnen nuttige kennis en ervaringen inbrengen,[79] maar ook ervoor zorgen dat de uitkomsten van een besluitvormingsproces beter aansluiten bij de noden en waarden van burgers.[80] De (Woo-)wetgever onderkent dit ook: 'Als informatie over nieuw beleid vroegtijdig openbaar is, kunnen burgers, bedrijven, belangenorganisaties en andere maatschappelijke actoren feedback leveren, alternatieven aandragen en risico's voor het voetlicht brengen.'[81] Ook kunnen zij hun rol bij de uitvoering beter op zich nemen: als beleid, wetgeving en procedures duidelijk zijn, is de kans groter dat mensen zich eraan houden of dat zij gebruikmaken van de voordelen die hun toegekend worden.[82] Met andere woorden: de kwaliteit van beslissingen die zij nemen, gaat omhoog wanneer zij goed geïnformeerd zijn. Transparantie maakt het ook mogelijk om het handelen van de overheid te controleren, en daar consequenties aan te verbinden. Dat kan willekeur, corruptie en fraude voorkomen, en biedt ook de mogelijkheid fouten te evalueren en in de toekomst te voorkomen.[83] Overheden worden gedwongen verantwoordelijkheid te nemen voor hun handelen en de consequenties daarvan. Munneke redeneert bijvoorbeeld langs deze lijn, wanneer hij betoogt dat openbaarheid leidt tot betere besluiten en tot een betere besteding van belastinggeld.[84]

Nauw verwant aan transparantie als middel om de kwaliteit van besluitvorming te vergroten, is de rol van transparantie in de bestrijding van fraude en corruptie, of milder, als willekeurpreventie en integriteitsbevorderaar. Bentham was een vroege voorstander van transparantie als middel om corruptie te voorkomen. Volgens hem vrezen mensen negatieve oordelen van anderen. Dergelijke oordelen kunnen politieke carrières beëindigen en hebben, zo stelt Bentham, een negatief effect op het welbevinden. Mensen willen ze dus voorkomen.[85] Dat alleen al de angst dat slecht gedrag aan het licht kan komen zorgt voor verbetering, wordt ook elders in de

77 Europese Commissie 2001, p. 11.
78 O'Neill 2002.
79 Craig 2012, p. 231.
80 Buijze 2013, p. 43.
81 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328 nr. 3, p. 16.
82 Banisar 2006, p. 7.
83 Bovens 2007, p. 28-29.
84 Munneke 2008, p. 615.
85 Baume & Papadopoulos 2018, p. 175.

literatuur en door de wetgever onderschreven.[86] Ook hier gaat het weer om de controlefunctie van transparantie. Doordat buitenstaanders kunnen observeren wat zich afspeelt binnen de overheid, zal corruptie worden voorkomen.

Hoe transparantie bijdraagt aan het beschermen van individuele rechten is hierboven al aan de orde gekomen. Ook hier spelen weer verschillende mechanismen een rol. Doordat transparantie het mogelijk maakt het gedrag van de overheid te controleren, kunnen individuen hun rechtspositie versterken. De memorie van toelichting bij de Woo noemt het voorbeeld dat een bedrijf dat wordt geïnspecteerd kan nagaan of in vergelijkbare gevallen met dezelfde maatstaven is gewerkt.[87] Hetzelfde mechanisme verklaart waarom transparantieverplichtingen een belangrijk deel uitmaken van de rechten van de verdediging. Dat beginsel vereist onder meer toegang tot het dossier, want zonder de informatie waarop een besluit gebaseerd is, kan een burger zich er niet tegen verweren.[88] Daarnaast kan zoals hierboven al aan de orde kwam transparantie een rol spelen bij het realiseren van individuele rechten, omdat het individuen in staat stelt betere beslissingen te nemen.[89] Ook hier speelt informatie weer een rol bij controle op de overheid, het beïnvloeden van besluiten van de overheid, en het faciliteren van besluitvorming door burgers.

Als laatste richten we ons op de relatie tussen transparantie en efficiëntie, het functioneren van de vrije markt, en welvaart. De gedachte dat de vrije markt de beste manier is om de inzet van hulpbronnen als arbeid, kapitaal en grondstoffen te regelen, ligt diep verankerd in met name het Europese rechtssysteem.[90] De theorie is dat de vrije markt er als vanzelf voor zorgt dat dergelijke hulpbronnen zo worden ingezet, dat ze de meeste waarde opleveren en optimaal bijdragen aan welvaart in een maatschappij. Een – gesimplificeerd – voorbeeld: een lap katoen kan worden gebruikt om een spijkerbroek van te maken of een reistas. Wanneer er veel behoefte is aan spijkerbroeken, en iedereen al een reistas heeft, zijn mensen bereid meer te betalen voor de spijkerbroek. De producent zal dan zijn katoen omzetten in spijkerbroeken, omdat hij daar meer winst op kan maken. Dat is in ieders belang: er was immers een grote behoefte aan spijkerbroeken. Willen mensen geen spijkerbroeken meer, dan gaat de prijs die ze bereid zijn te betalen omlaag, en de producent zal een betere bestemming voor zijn lappen katoen zoeken om te verzekeren dat hij winst blijft maken.[91] Zo zorgt de vrije markt ervoor dat de lappen katoen zo goed mogelijk worden ingezet. Consumenten krijgen in een goed functionerende markt niet alleen de producten die zij willen, zij betalen er ook een lage prijs voor. Een andere producent met lappen katoen die ziet dat zijn collega goud geld verdient aan spijkerbroeken, kan immers ook spijkerbroeken gaan maken en een net iets lagere prijs rekenen. De prijs zal blijven dalen, zo voorspellen economen, tot de gemaakte winst

86 O'Neill 2006, p. 76; *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, nr. 3 (MvT Woo), p. 16.
87 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 3, p. 16.
88 Prechal & Widdershoven 2017, p. 235.
89 Buijze 2013, p. 53.
90 Barnard 2019, p. 3-13.
91 Er zijn uiteraard allerlei kanttekeningen te maken bij de aanname dat prijsvorming op de vrije markt daadwerkelijk de welvaart optimaliseert. Het voert te ver die hier te bespreken. Essentieel is dat een van de verklaringen voor het matig functioneren van de vrije markt in de praktijk een gebrek aan transparantie is.

niet meer is dan een redelijke vergoeding voor de inzet van de producent en het risico dat hij loopt. Daalt de prijs tot onder dat niveau, dan zullen bedrijven stoppen met spijkerbroeken maken omdat het niet meer loont. Dat betekent ook dat de meest efficiënte producenten over blijven. Wie lage kosten maakt voor het produceren van een spijkerbroek kan immers een lagere prijs rekenen en zal zijn concurrenten uit de markt drukken. Overigens gaat deze theorie er niet van uit dat consumenten steeds alleen maar het goedkoopste product willen: als zij een duurzaam geproduceerde spijkerbroek willen, zal de vrije markt ervoor zorgen dat zij die tegen de beste voorwaarden geleverd krijgen.

Er zijn uiteraard allerlei kanttekeningen te maken bij de aanname dat prijsvorming op de vrije markt daadwerkelijk de welvaart optimaliseert. Het voert te ver die hier te bespreken. Essentieel is echter dat een van de verklaringen voor het matig functioneren van de vrije markt in de praktijk een gebrek aan transparantie is. Voor het functioneren van die vrije markt is het namelijk essentieel dat informatie vrijelijk beschikbaar is.[92] De informatieasymmetrieën die Matheus en Janssen noemen, leiden op de vrije markt tot perverse uitkomsten. Economen gaan ervan uit dat consumenten normaalgesproken kiezen voor het product dat tegen de laagste kosten zo goed mogelijk aansluit bij hun behoeften. Daarvoor hebben zij informatie nodig over zowel de prijs van een product als over de kenmerken. Hebben zij die informatie, dan kunnen ze kiezen voor het voor hen beste product. Ontbreekt eerlijke informatie, dan kan dat niet. De wederpartij kan daar misbruik van maken, door gebrekkige kwaliteit te leveren of verborgen kosten te berekenen nadat de transactie is gesloten. Vooral bij complexe producten, zoals beleggingshypotheken of ingewikkelde software, is dit risico groot. Bedrijven die op een goed functionerende vrije markt weggeconcurreerd zouden worden, kunnen door een gebrek aan transparantie blijven bestaan, en ondermaats blijven presteren. Het algehele welvaartspeil gaat daardoor naar beneden. Andersom is het voor bedrijven van belang te weten wat de behoeften van hun klanten zijn: ook zij hebben informatie nodig om optimaal te presteren. Zo zou een kledingwinkel het liefst al gedurende het inkoopproces precies weten wat voor soort spijkerbroeken zijn klanten het komende seizoen willen. Weet hij dat niet, dan loopt hij het risico dat hij verkeerd inkoopt. Producten blijven op de plank liggen en worden uiteindelijk wellicht zelfs vernietigd. Een gebrek aan informatie leidt tot verspilling, en ook dat doet afbreuk aan het welvaartspeil. De arbeid en grondstoffen die zijn ingezet tijdens de productie van de spijkerbroeken hadden immers ergens anders meer nut kunnen opleveren. Het is evident dat de volledige transparantie die nodig is voor het optimaal functioneren van markten er in de praktijk nooit is. Dat neemt niet weg dat er een breed gedeelde overtuiging leeft dat zo veel mogelijk transparantie leidt tot een beter functionerende markt, en dus tot meer welvaart.

We zien dit onder meer wanneer het gaat om het aantrekken van buitenlandse investeringen. Dergelijke investeringen zijn van belang voor de ontwikkeling van landen, en zij hebben dan ook vaak beleid om die aan te trekken. Daarbij is transparantie

92 Stiglitz 2009, p. 55.

een speerpunt: investeerders kunnen daardoor beter inschatten of en hoe hun investeringen zullen renderen. Bovendien zorgt het ervoor dat investeerders kunnen inschatten waar hun kapitaal het best zal renderen. Zij zullen het ook op die plekken inzetten, en dat zijn precies die plekken waar het de meeste maatschappelijke waarde heeft.[93]

De receptie van deze opvatting in het recht wordt mooi geïllustreerd door de overwegingen bij de Dienstenrichtlijn.[94] Het doel van die richtlijn is het creëren van een Uniebrede vrije markt voor het verrichten van diensten. Dat is wenselijk, want een dergelijke markt leidt voor consumenten tot meer keuze en betere diensten tegen lagere prijzen.[95] Daartoe moet de transparantie voor dienstverleners vergroot worden. Zij moeten niet geconfronteerd worden met complexe, ondoorzichtige procedures,[96] en moeten gemakkelijk toegang kunnen krijgen tot voor hen relevante informatie.[97] Ook de verplichte transparante selectieprocedure voor schaarse vergunningen dient ertoe via de werking van de vrije markt de kwaliteit en voorwaarden van het dienstenaanbod voor de gebruikers te verbeteren.[98]

Deze bespiegelingen laten nog een aspect zien van de relatie tussen transparantie en het functioneren van de vrije markt. Overheden kunnen door hun gedrag de werking van die markt verstoren, bijvoorbeeld door het achterhouden van informatie of door het optuigen van ondoorzichtige procedures. Maar ook door bedrijven in de lucht te houden die in een waarlijk vrije markt tot een faillissement gedoemd zouden zijn, door het geven van staatssteun. Of door bedrijven binnen de landsgrenzen te bevoordelen bij overheidsopdrachten, ook al zijn buitenlandse bedrijven goedkoper of beter. Omdat transparantie controle van overheidshandelen mogelijk maakt, biedt het ook de mogelijkheid te monitoren of overheden zich niet schuldig maken aan dergelijke praktijken.

Transparantie kan dus positief bijdragen aan het functioneren van de democratie, de kwaliteit van overheidsbesluiten, het terugdringen van fraude en corruptie, het beschermen van individuele rechten, en het vergroten van maatschappelijke welvaart. Een en ander wil niet zeggen dat transparantie verabsoluteerd moet worden. Er zijn immers ook belangen die tegen transparantie pleiten. Zoveel werd al erkend door Bentham, die ruimte zag voor uitzonderingen op de verplichting transparant te zijn wanneer transparantie de nationale veiligheid zou schenden, de belangen van individuen, of wanneer het een te zware straf zou zijn voor het vergrijp dat openbaar gemaakt wordt.[99] Ook het hedendaagse recht erkent dat het belang van transparantie steeds afgewogen moet worden tegen andere belangen, die juist bij geheimhouding gebaat zijn. Maar om die afweging goed te kunnen maken moet óók helder zijn of transparantie in een concreet geval wel echt de effecten heeft die eraan

93 Kaufmann e.a. 2005, p. 8.
94 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2006, *L 376/36-68*) (Drl).
95 Overweging 2 Drl.
96 Overwegingen 43 en 46 Drl.
97 Overweging 50 Drl.
98 Overweging 62 Drl.
99 Baume & Papadopoulos 2018, p. 174.

worden toegeschreven. In hoofdstuk 2 is betoogd dat er weinig zinnigs te zeggen valt over de effecten van transparantie in algemene zin, en dat in plaats daarvan gekeken moet worden naar het effect van concrete transparantiemaatregelen. Dat roep de vraag op of bepaalde maatregelen meer of minder geschikt zijn om bepaalde doelstellingen te realiseren.

Dat blijkt inderdaad het geval.[100] Zoals gezegd heeft transparantie twee functies. De beschikbaarheid van informatie stelt ontvangers in staat beter geïnformeerde beslissingen te nemen. Daarnaast zorgt het ervoor dat buitenstaanders kunnen zien wat zich binnen de overheid afspeelt. Dat maakt op zijn beurt participatie, controle en *accountability* mogelijk. Een en ander *kan* vervolgens leiden tot een goed functionerende markteconomie, betere besluitvorming en vertrouwen in de overheid.

Welk doel men nastreeft met transparantie is vanzelfsprekend relevant voor de vraag aan wie informatie gecommuniceerd moet worden en welke informatie gecommuniceerd moet worden. Daarnaast is het relevant voor het tijdstip waarop informatie geboden moet worden, én voor de vraag of actieve of passieve openbaarheid het meest passend is.

In grote lijnen: voor de controlefunctie volstaat openbaarmaking achteraf. Dat is prettig, omdat *real time* transparantie niet zo efficiënt is en volgens sommigen perverse consequenties heeft.[101] Daarnaast kan het aan flexibiliteit, creativiteit en innovatie in de weg staan.[102] Wie transparantie wil inzetten om willekeur te voorkomen, corruptie te bestrijden, en *accountability* te faciliteren, kan dat doen door transparantie achteraf te eisen. Ook voor de legitimiteit van overheidsbesluiten zou dat kunnen volstaan. De Fine Licht e.a. onderzochten de invloed van diverse typen transparantie op de legitimiteit van besluitvorming. Zij vonden dat transparantie achteraf over de redenen die ten grondslag lagen aan een besluit net zo veel bijdroeg aan hoe legitiem een besluit werd ervaren als transparantie gedurende het besluitvormingsproces, waar alles wat gebeurde openbaar werd gemaakt.[103] Zo kunnen verscheidenen doelstellingen van transparantie worden gerealiseerd zonder dat de nadelige effecten van *real time* transparantie optreden. Wil men participatie faciliteren, dan moet informatie juist op een vroeg tijdstip worden gecommuniceerd. Zowel voor controle als voor participatie geldt dat informatie zo veel mogelijk actief openbaar gemaakt moet worden. De overheid weet immers welke informatie burgers nodig hebben om te kunnen participeren of controleren, terwijl het voor een burger raden zou zijn om welke informatie hij moet verzoeken. Dat laatste komt ook tot uiting in de versterking van de actieve openbaarheidsverplichting onder de Woo. 'De initiatiefnemers zijn van oordeel dat het belang van actieve openbaarheid niet kan worden overschat. Een systematische ontsluiting van voor burgers relevante informatie draagt bij aan inzicht in de bestuursvoering en is daarmee onmisbaar voor democratische

100 Zie voor een schematisch overzicht Buijze 2013b, p. 24 en 25.
101 Heald 2006, Prat 2006.
102 Baume & Papodopoulos 2018, p. 179.
103 De Fine Licht e.a. 2014, p. 126-127. De auteurs waarschuwen wel dat men voorzichtig moet zijn met het generaliseren van de resultaten.

participatie en controle van het bestuur' (uit de aangevulde MvT bij de Woo).[104] In hoofdstuk 5 en 6 wordt de relatie tussen deze concrete transparantiemaatregelen en de effecten die daaraan zijn verbonden verder uitgediept. Voordat we daaraan toekomen, is het nodig iets te zeggen over de groeiende scepsis over transparantie.

104 *Kamerstukken II* 2019/20, 35112, nr. 3, p. 3.

4 Twijfels ten aanzien van het functioneren van transparantie

4.1 Bevindingen uit de literatuur: groeiende scepsis

Eerder kwam al aan de orde dat de belangstelling voor transparantie in de wetenschappelijke literatuur medio jaren negentig op gang kwam. In eerste instantie was er weinig aandacht voor de effecten van transparantie.[105] Vanaf 2002 komt daar meer belangstelling voor. In eerste instantie gaat het vooral om de consequenties voor de overheid, later ook voor burgers.[106] In zekere zin bevindt dit onderzoek zich dus nog in een vroeg stadium. Wel wordt duidelijk dat de effecten van transparantie complex zijn en beïnvloed worden door de kenmerken van de specifieke context die wordt onderzocht.[107] Maar hoewel er onder experts sprake is van toenemend realisme over de effecten van transparantie, blijft in het publieke debat een jubelstemming over transparantie bestaan – althans, daar vrezen die experts voor.[108]

Wie de bestuurskundige literatuur ter hand neemt, zou kunnen denken dat alleen bestuurskundigen kritisch denken over transparantie, en dat alle anderen naïeve transparantieacolieten zijn. Dat lijkt mij wat overdreven. Veel nadelen van transparantie zijn genoegzaam bekend, en er is geen rechtssysteem dat volledige transparantie voorschrijft. Dat neemt niet weg dat er vooronderstellingen ten grondslag liggen aan het recht over wat transparantie vermag, die best eens wat nader onderzocht mogen worden.

Cucinello e.a. geven een overzicht van de huidige stand van het onderzoek naar de effecten van transparantie.[109] Studies die aantonen dat transparantie bijdraagt aan legitimiteit, zijn even talrijk als studies die zowel positieve als negatieve effecten vinden. Participatie wordt vaak wel verbeterd door transparantie, maar niet altijd. Een aantal studies vond een negatief effect of een gemengd effect, en andere studies vonden geen effect. Hetzelfde geldt voor het effect op vertrouwen in de overheid. Cucinello e.a. vonden zeven studies die een positief effect aantoonden, drie waarin het vertrouwen afnam, en vier waarin het vertrouwen soms afnam, soms toenam. Eén studie vond geen effect. Voor de kwaliteit van besluitvorming en *accountability*

105 Cucinello e.a. 2017, p. 39.
106 Cucinello e.a. 2017, p. 39.
107 Baume & Papadopoulos 2018, p. 186.
108 Polit ten Hupe 2011; Baume & Papodopoulos, p. 186.
109 Cuccinello e.a. 2017, p. 40.

vonden ze een vergelijkbaar resultaat. Alleen de hypothese dat transparantie bijdraagt aan het bestrijden van corruptie werd steeds bevestigd.[110]

Een van de redenen voor dit beeld is dat transparantie alleen vaak onvoldoende is om positieve effecten te realiseren. Waar transparantie niet leidde tot *accountability*, ontbrak het vaak aan mogelijkheden voor burgers om naar de ontvangen informatie te handelen. Burgers kunnen dan wel concluderen dat de overheid een misstap maakt, maar als zij dat vervolgens niet aan de kaak kunnen stellen, bijvoorbeeld bij de rechter, is geen sprake van *accountability*.[111] Anders dan Cucinello vinden Baume en Papadopoulos wel studies waarbij vraagtekens worden gezet bij het nut van transparantie in het bestrijden van corruptie. Informatie over het gedrag van politici en ambtenaren alleen is niet genoeg om corruptie te verminderen, maar moet vergezeld gaan van vrije verkiezingen, vrije media en een politiek geschoold publiek. Zijn die randvoorwaarden er niet, dan kan transparantie een pervers effect hebben: mensen zien dat smeergeld een goede manier is om zaken gedaan te krijgen, waardoor corruptie juist toeneemt. [112] Dit sluit aan bij een algemener kritiekpunt van Etzioni. Hij bekritiseert een deel van het transparantiediscours, omdat het veronderstelt dat het publiek informatie daadwerkelijk ontvangt, begrijpt en ernaar handelt.[113]

4.2 Relevantie voor juristen

Wat is nu precies de relevantie voor juristen van die groeiende verzameling literatuur waarin de status van transparantie als medicijn voor alle kwaden wordt aangevallen? Welnu, het is aan ons te bezien of de uitkomsten van zulk onderzoek zouden moeten leiden tot wijzigingen in het recht. En waar transparantieverplichtingen nog niet helemaal uitgekristalliseerd zijn, kunnen we er gebruik van maken om richting te geven aan de rechtsontwikkeling.[114] Transparantie is immers een diffuus begrip, en er is een breed scala aan transparantieverplichtingen die kunnen bijdragen aan transparantie. Tegelijkertijd zijn niet alle transparantieverplichtingen even heilzaam. Het is dus van belang díe transparantieverplichtingen op te nemen in het recht die zo goed mogelijk beantwoorden aan in dat recht verankerde doelstellingen, terwijl zij zo min mogelijk kosten of schade veroorzaken.

Een voorbeeld: het is evident dat een zekere mate van transparantie noodzakelijk is voor het functioneren van een democratie, maar het *real time* openbaren van informatie gedurende gevoelige onderhandelingen kan perverse effecten hebben. De onderhandelaars slagen er dan minder goed in de belangen van hun constituenten te behartigen. Stasavage legt uit dat wanneer iemand publiekelijk een standpunt heeft ingenomen, het lastig is die positie op te geven. Politici zullen aan hun achterban willen laten zien dat zij keihard knokken voor hun belang. Een compromis sluiten wordt ingewikkelder, omdat het kan ogen als gezichtsverlies. Het

110 Cuccinello e.a. 2017, p. 40.
111 Cuccinello e.a. 2017, p. 40.
112 Baume & Papodopoulos 2018, p. 178.
113 Etzioni 2010, p. 389- 398.
114 Zie ook De Poorter 2020.

onderhandelingsproces wordt daardoor bemoeilijkt.[115] Niet verwonderlijk dus dat *real time* transparantie in dergelijke gevallen niet wordt voorgeschreven.

Het is de vraag of er in het recht steeds voldoende aandacht is voor deze werkelijkheid. Ik vermoed dat het op punten te veel uitgaat van de fictie dat transparantie steeds bijdraagt aan het realiseren van allerhande waarden en dat het daarom te veel gewicht toekent aan het beginsel dat informatie zo veel mogelijk openbaar moet zijn. Dat betekent dat transparantieverplichtingen gelden die minder positieve effecten hebben dan verondersteld, terwijl er wel de nodige nadelen aan kleven.

Aan de andere kant wordt onderzoek waaruit blijkt dat transparantie niet aan de tamelijk hooggespannen verwachtingen voldoet wel gebruikt als argument om voor minder openbaarheid te pleiten. Dat is vanuit juridisch oogpunt niet altijd juist. In het volgende hoofdstuk wordt dit punt verder belicht.

115 Stasavage 2006, p. 174-175.

5 Transparantie vergroot het vertrouwen in de overheid

5.1 Bevindingen uit de literatuur: transparantie vergroot onder omstandigheden het vertrouwen in de overheid, heeft soms nauwelijks effect, en werkt soms averechts

In hoofdstuk 3 is beschreven hoe transparantie bij kan dragen aan vertrouwen in de overheid. Burgers kunnen er door zien dat de overheid het goed met hen voor heeft, competent is, en eerlijk. Deze opvatting wordt gehuldigd door gezaghebbende instanties. Zo pleit de Raad voor het Openbaar Bestuur (ROB) voor meer transparantie, met de kanttekening dat volgens hem vooral actieve openbaarheid bijdraagt aan vertrouwen in de overheid. Informatie zou systematisch en proactief aan burgers beschikbaar gesteld moeten worden.[116]

Maar werkt het ook daadwerkelijk zo? Er is reden om te twijfelen. Grimmelikhuijsen stelt dat wanneer burgers bij de overheid achter de schermen kunnen kijken, zij daar helemaal geen competente, betrouwbare partij zien. Besluitvorming is in de praktijk vaak rommelig en '*unpleasant*'.[117] Of, in de historische woorden van Donner: wetten zijn als worstjes, je kunt maar beter niet zien hoe ze gemaakt worden.[118] O'Neill suggereert verder dat wanneer ontvangers overspoeld worden met informatie dat vooral leidt tot verwarring. Tenzij de informatie gestructureerd en zinnig beoordeeld kan worden, vreest zij dat een dergelijke overdosis juist leidt tot een afname van vertrouwen.[119]

Empirisch onderzoek naar transparantie bevestigt dan ook zelden eenduidig de hypothese dat transparantie leidt tot meer vertrouwen. Soms draagt transparantie niet bij aan vertrouwen, maar vermindert zij het juist. Ook blijkt dat niet alle soorten transparantie bijdragen aan vertrouwen, en dat transparantie alleen niet genoeg is voor vertrouwen. En soms blijkt uit onderzoek dat andere factoren bepalend zijn voor het vertrouwen dat burgers in de overheid stellen, en dat de invloed van transparantie op zijn best marginaal is.[120]

Porumbescu concludeert naar aanleiding van zijn literatuurreview over transparantie, lokale overheden, en vertrouwen dat transparantie zelden leidt tot

116 ROB 2012.
117 Grimmelikhuijsen 2012a.
118 Donner deed zijn uitspraak gedurende een toespraak ter gelegenheid van de Dag van de Persvrijheid: *De Hofvijver* 2013, nr. 32.
119 O'Neill 2002, p. 72-73.
120 Mabilard & Pasquier 2016.

meer vertrouwen in de overheid, en soms dat vertrouwen juist aantast.[121] Een van de factoren die hierbij een rol speelt, is de kwaliteit van de geboden informatie. Grimmelikhuijsen en Meijer rapporteren over een experiment waarbij burgers via een website informatie kregen over luchtkwaliteit in hun gemeente.[122] De deelnemers aan het experiment werden ingedeeld in verschillende groepen, afhankelijk van hun vertrouwen in de overheid aan het begin van het experiment, en hun bestaande kennis van het onderwerp. De onderzoekers confronteerden de helft van elke groep met moeilijk te begrijpen informatie, de andere helft met duidelijke informatie. Bij mensen die aan het begin van het onderzoek rapporteerden veel vertrouwen te hebben in de gemeente, nam het vertrouwen in de competentie van de gemeente na het zien van de onduidelijke informatie af. De duidelijke versie had geen effect. Grimmelikhuijsen en Meijer suggereren dat deze mensen het vanzelfsprekend vinden dat de overheid duidelijke informatie beschikbaar stelt. Bij mensen die aan het begin weinig vertrouwen in de gemeente rapporteerden en die weinig kennis hadden van het onderwerp, groeide na het zien van de duidelijke informatie het vertrouwen in de welwillendheid van de overheid. De kwaliteit van de verstrekte informatie speelt dus een rol in het effect van transparantie op vertrouwen. In de typologie van Heald: nominale transparantie leidt tot een afname van vertrouwen bij sommige groepen burgers, effectieve transparantie leidt tot een toename van vertrouwen bij andere groepen. Ook Baume en Papdopoulos waarschuwen tegen nominale transparantie, die burgers kunnen opvatten als misleidend.[123] Het precieze effect van transparantie is bovendien afhankelijk van culturele factoren. Grimmelikhuijsen e.a. tonen aan dat het negatieve effect van (gebrekkige) transparantie op het vertrouwen in de overheid groter is in Zuid-Korea, wellicht omdat mensen daar hogere verwachtingen hebben van de overheid.[124]

De relevantie van dergelijke experimentele onderzoeken is beperkt.[125] Er wordt maar één informatieoverdracht onderzocht, terwijl de effecten van transparantie over langere tijd optreden. Grimmelikhuijsen concludeert dan ook dat bestaande houdingen veel meer effect hebben op het vertrouwen in de overheid dan het eenmalig bekendmaken van de resultaten van overheidsbeleid.[126] Ook hun review van andere experimenten bevestigt deze tendens.[127] Er wordt veelal nauwelijks effect gevonden van transparantie op het vertrouwen van burgers in de overheid.[128] Grimmelikhuijsen e.a. proberen dit probleem te ondervangen met een onderzoek naar wat zij 'latente transparantie' noemen: het bewustzijn dat er een recht bestaat op toegang tot overheidsinformatie. Als burgers weten dat zij op ieder moment toegang kunnen krijgen tot voor hen relevante informatie, zo is de hypothese, dan zal wellicht hun vertrouwen in de overheid toenemen. Dat blijkt niet zo te zijn. Wanneer burgers weten dat er wetgeving is die hun een recht op overheidsinformatie toekent,

121 Porumbescu 2015, p. 211.
122 Grimmelikhuijsen & Meijer 2014.
123 Baume & Papadopoulos 2018, p. 174.
124 Grimmelikhuijsen e.a. 2013.
125 Grimmelikhuijsen 2012b.
126 Grimmelikhuijsen 2012b.
127 Cook e.a. 2018; De Fine Licht 2011; Morgeson e.a. 2011; Tolbert & Mossberger 2006.
128 Grimmelikhuijsen & Meijer 2014.

en in hoofdlijnen onder welke voorwaarden, heeft dat nauwelijks effect op hun vertrouwen in de overheid, en voor zover er wel een effect is, is dat negatief. [129]

De verschillende auteurs trekken voorzichtige conclusies uit deze onderzoeken. Abelson e.a. concluderen dat transparantie *an sich* het vertrouwen in de overheid van burgers niet zal herstellen, maar dat zorgvuldig moet worden gekeken wat voor soorten transparantie nodig zijn, voor welke doeleinden, wie die moet bieden, en aan wie.[130] Zij werken dit niet verder uit, maar ik zou willen betogen dat wanneer vertrouwen in de overheid het doel is, transparantiemaatregelen die de betrouwbaarheid van de overheid vergroten het meest voor de hand liggen. Dan zouden dus die maatregelen zijn aangewezen, die de kwaliteit van de besluitvorming vergroten, de integriteit bevorderen en willekeur voorkomen. Een dergelijk effect is echter moeilijk te onderzoeken, omdat de effecten indirect zijn en pas na een langere periode zichtbaar worden.

Grimmelikhuijsen en Meijer zijn voorzichtig in hun conclusies, maar stellen wel dat een beter begrip van de relatie tussen transparantie en vertrouwen belangrijke implicaties heeft voor transparantiebeleid.[131] Zij constateren dat het feit dat transparantie niet zonder meer leidt tot meer vertrouwen in de overheid, kan worden gebruikt als argument om niet meer te investeren in transparantie – een argument dat ook daadwerkelijk werd gebruikt door de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken.[132] Ook Porumbescu wijst erop dat het gebrek aan gunstig effect van transparantie op vertrouwen wel wordt gebruikt om ervoor te pleiten minder te investeren in transparantie.[133] In beide gevallen waarschuwen de auteurs niet mee te gaan in die argumentatie. Baume en Papodopoulos geven aan dat transparantie ook van belang is voor het functioneren van de democratie, voor integriteit van bestuurders, enzovoort.[134] Abelson e.a. wijzen erop dat juist de roep om meer transparantie is ingegeven door wantrouwen. Door transparantie te weigeren, zou dat wantrouwen bevestigd worden.[135] Ondanks de belangrijke implicaties van het onderzoek naar transparantie en vertrouwen, pleit geen van de auteurs voor een wijziging van bestaande regels. Wel spreken zij hun vrees uit dat overspannen verwachtingen van de bijdrage die transparantie kan leveren aan vertrouwen in de overheid kunnen leiden tot teleurstelling en desillusie, die op hun beurt zouden kunnen leiden tot een afname van transparantie. Een realistischere benadering is daarom nodig, juist om transparantie te beschermen.[136]

5.2 Receptie van inzichten uit de literatuur in het recht

Onder bestuurskundigen bestaat dus een zekere vrees dat het inzicht dat transparantie niet leidt tot vertrouwen in de overheid, zal leiden tot devaluatie van het

129 Grimmelikhuijsen e.a. 2020, p. 101497.
130 Abelson e.a. 2004, p. 2.
131 Grimmelikhuijsen & Meijer 2014, p. 139.
132 Grimmelikhuijsen & Meijer 2014, p. 139.
133 Porumbescu 2015, p. 210.
134 Baume & Papodopoulos 2018, p. 187.
135 Abelson e.a. 2004, p. 3.
136 Baume & Papodopoulos 2018, p. 187.

concept. Is die vrees gegrond, op basis van het recht en de wijze waarop dat omgaat met transparantie?

Het lijkt mee te vallen. De relatie tussen transparantie en vertrouwen in de overheid in algemene zin, speelt nauwelijks een rol in het recht. In het politieke debat wordt er wel aan gerefereerd, maar tussen de redenen die de memorie van toelichting geeft om de Wob te vervangen door de transparantere Woo vind je het argument niet terug. Sterker nog, er wordt erkend dat transparantie het vertrouwen in de overheid kan schenden. Dat mag geen reden zijn openbaarmaking achterwege te laten:

> 'De hier voorgestelde uitzonderingsgrond (artikel 5.1 lid 5, *AB*) kan echter niet worden ingeroepen om misstanden als zodanig te verbloemen of met het argument dat openbaarmaking leidt tot verlies van vertrouwen in de overheid bij *het publiek*, waardoor een bestuursorgaan niet goed meer zou kunnen functioneren. Als uit nieuwe feiten of nieuwe afwegingen volgt dat eerder ingezet beleid onjuist is uitgevoerd of op onjuiste aannames is gebaseerd, dient een bestuursorgaan daar op de gebruikelijke manier verantwoording over af te leggen en is een goede en democratische bestuursvoering in beginsel gebaat bij openheid over een dergelijke aangelegenheid.'[137]

De Afdeling Bestuursrechtspraak stelt zich op hetzelfde standpunt.[138] Bestuursorganen mogen echter wel informatie achterhouden waarvan de openbaarmaking het vertrouwen in *andere* partijen zou kunnen schenden, wanneer zij door openbaarmaking onevenredig benadeeld zouden worden.[139] Hetzelfde geldt voor informatie die vertrouwelijk aan de overheid is meegedeeld. Openbaarmaking zou dan de vertrouwensrelatie tussen die specifieke partij en de overheid schenden.[140]

Hierboven kwam al aan de orde dat openbaarheid in de EU aanvankelijk wel degelijk werd ingevoerd met de hoop dat daardoor het vertrouwen van burgers in de Europeesrechtelijke instituties zou toenemen. Maar bij de toepassing van het recht speelt die hoop nauwelijks een rol van betekenis. Een uitzondering vorm de zaak *Turco*, waarin de Raad van de Europese Unie aanvoerde dat openbaarmaking van de gevraagde informatie zou kunnen leiden tot twijfel over de legaliteit van zijn beslissingen, en een negatief effect zou kunnen hebben op het in hem gestelde vertrouwen.[141] Het Hof van Justitie maakt korte metten met dat argument. Een verzoek om informatie kan niet geweigerd worden omdat openbaarmaking het vertrouwen in de instituties zou kunnen schaden. Verordening (EG) nr. 1049/2001 is immers gebaseerd op de aanname dat openbaarheid van informatie bijdraagt aan vertrouwen in instituties. Het Hof van Justitie lijkt hier inderdaad blind voor het feit dat vertrouwen wel degelijk afbreuk kan doen aan vertrouwen in instituties, maar zoals gezegd speelt het argument ook onder de Eurowob verder geen rol.[142]

---

137 *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, nr. 3.

138 ABRvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2143, r.o. 7.2.

139 Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2718, ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1691 en ABRvS 28 februari ECLI:NL:RVS:2018:666.

140 Zie bijvoorbeeld ABRvS 28 februari ECLI:NL:RVS:2018:666 (over informatie in vertrouwen meegedeeld aan de NCTV) en ABRvS 11 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2731.

141 HvJ EG 1 juli 2008, C-39/05 P, ECLI:EU:C:2008:374 (*Turco*).

142 Buijze 2013, p. 45.

Ook in de juridische literatuur zijn de verwachtingen op dit punt niet hooggespannen.[143] Kuipers, die recent in Leiden promoveerde op herstel van vertrouwen na door de overheid veroorzaakte schade, heeft beperkte verwachtingen van transparantie, en ziet hooguit een rol voor transparantie binnen een pakket van maatregelen.[144] Zij is zich overigens ook zeer bewust van het bestuurskundig onderzoek over dit onderwerp.

Dat is bemoedigend. Het recht lijkt (althans op dit punt) de realistische verwachtingen te weerspiegelen waarvoor in de literatuur wordt gepleit. De waarschuwing van de bestuurskundigen dat te hoge verwachtingen van transparantie zouden kunnen leiden tot teleurstelling, en daardoor op termijn tot minder transparantie, lijkt niet meer zo dringend. De aanname dat transparantie bijdraagt aan vertrouwen in de overheid is immers juridisch amper relevant.

De oproepen van bewindspersonen die zo nu en dan de kop opsteken om maar wat minder aan transparantie te doen, omdat die vermaledijde burgers daar de overheid toch niet meer van gaan vertrouwen, is dus gemakkelijk te pareren. Het is juridisch niet relevant. Geldende transparantieverplichtingen zijn niet gebaseerd op de aanname dat zij bijdragen aan vertrouwen in de overheid, en wanneer zij dat niet doen, hoeven daar dus geen consequenties aan te worden verbonden. Wie teleurgesteld is in deze weinig opruiende conclusie: het volgende hoofdstuk eindigt minder positief.

143 Adams & Broeren 2013, p. 2021; Witteveen 2012. Zie bijvoorbeeld ook het themanummer van het NJB over vertrouwen in de rechtspraak, NJB 2011/36, p. 1815-1868.

144 Kuipers 2021.

6 Transparantie draagt positief bij aan de verdeling van schaarse rechten

6.1 Wat willen we bereiken met de verdeling van schaarse rechten, en hoe?

In het vorige hoofdstuk stond de relatie tussen transparantie en vertrouwen centraal. Die is relatief eenduidig: er is één middel en één doel. Bij de transparante verdeling van schaarse rechten is dat veel minder het geval. De literatuur veronderstelt dat transparantie daar meerdere voordelen heeft. Voordat we kunnen vaststellen in hoeverre transparantie nuttig bijdraagt aan de verdeling van schaarse rechten, zullen we dus eerst moeten vaststellen welke voordelen aan transparantie worden toegeschreven. Een van die voordelen is in ieder geval het bieden van gelijke kansen aan geïnteresseerde partijen.[145] Overigens gaat het er daarbij niet om een gelijke kans te bieden om het recht te verwerven, maar om ieder een gelijke kans te bieden deel te nemen aan de verdeelprocedure.[146] Daarover zo dadelijk meer. Voor een breder perspectief gaan we te rade bij het Unierecht. Daar is de transparantieverplichting immers tot ontwikkeling gekomen, in eerste instantie in het aanbestedingsrecht. Vandaaruit is de werking uitgebreid naar concessies en uiteindelijk naar schaarse vergunningen.[147] Van belang is dat de verplichting inmiddels gebaseerd wordt op de verdragsvrijheden.[148]

We zullen eerst onderzoeken, waarom transparantie in het aanbestedingsrecht tot bloei is gekomen. Daarvoor moeten we weten waartoe het aanbestedingsrecht dient. In de woorden van Van der Veldt en Kesseboom:

> 'Het hoofddoel van een aanbesteder is het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde. Dit bereikt hij in principe door een opdracht met de beste prijs/kwaliteitverhouding in te kopen. Bij een aanbesteding kan de aanbesteder ook andere doelstellingen nastreven. Zo kan hij milieuvriendelijk en sociaal bewust aanbesteden. Ook kan hij innovatie stimuleren.'[149]

145 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927.

146 Vergelijk Robbe 2019, p. 362, die hier tegen ageert. Drahmann 2015, p. 22 geeft terecht aan dat het erom gaat te verzekeren dat elke geïnteresseerde partij kan beslissen een aanvraag in te dienen op basis van het geheel van relevante informatie.

147 Voor een uitgebreide beschrijving zie Drahmann 2015, p. 19.

148 HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 (*Coname*), r.o. 19.

149 Vander Veldt & Kesseboom 2017. Overigens spreekt art. 2.29 sub i Aanbestedingswet 2012 over de 'economisch meest voordelige inschrijving'. De aanbestedende dienst kan ervoor kiezen te gunnen op basis van ofwel de laagste prijs, ofwel de beste prijs-kwaliteitverhouding, ofwel de totale levenskosten (art. 2.115 lid 3 Aanbestedingswet 2012). Steeds is het de bedoeling ervoor

Transparante aanbestedingsprocedures dragen bij aan een scala aan doelstellingen, die voor een groot deel weer bijdragen aan dit overkoepelende hoofddoel:
- Transparantie resulteert in de beste prijs-kwaliteitverhouding.[150]
- Transparantie helpt bij het realiseren van nevendoelstellingen als innovatie en het stimuleren van milieuvriendelijk ondernemen.[151]
- Transparantie draagt bij aan het openen van markten.[152]
- Transparantie draagt bij aan integriteit: het waarborgt dat elk risico van favoritisme en willekeur door bestuursorganen wordt uitgebannen.[153]
- Transparantie resulteert in gelijke kansen voor en gelijke behandeling van leveranciers.
- Transparantie maakt het mogelijk te controleren of overheden zich aan de regels hebben gehouden.[154]
- Transparantie resulteert in efficiëntie bij overheidsinkopen.

Het aanbestedingsrecht kent de volgende transparantieverplichtingen, die bijdragen aan het realiseren van deze doelstellingen:[155]
- openbaarheid over contractmogelijkheden;
- openbaarheid over de regels die de aanbestedingsprocedure beheersen;
- op regels gebaseerde besluitvorming waardoor discretionaire ruimte wordt beperkt;
- openbaarheid achteraf, die de mogelijkheid biedt tot controle en handhaving.[156] Het gaat onder meer om de verplichting gunningsbeslissingen te publiceren en over het verloop van de procedure een rapport op te stellen dat op verzoek naar de Commissie wordt gestuurd.

De doelstellingen van het aanbestedingsrecht worden met andere woorden gediend door een transparante, competitieve aanbestedingsprocedure. Zoals gezegd is het hoofddoel het inkopen van producten met de beste prijs-kwaliteitsverhouding, eventueel met nevendoelstellingen als innovatie en het stimuleren van milieuvriendelijk ondernemen. Om daarin te slagen moeten aanbestedende diensten die aanbieder selecteren, die hun tegen de beste voorwaarden het gewenste product kan leveren. In hoofdstuk 3 bleek al dat met name in het Unierecht de veronderstelling geldt dat de vrije markt daarvoor in de regel het beste middel is. Voor bulkgoederen zoals landbouwproducten en grondstoffen geldt daarom binnen het aanbestedingsrecht

---

te zorgen dat de aanbestedende dienst die producten en diensten verwerft die het best aan haar behoeften beantwoorden.

150 UNCITRAL Model Law on Public Procurement 2011, beschikbaar via https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement. Wellicht kan overigens beter worden gesproken van een goede prijs-kwaliteitverhouding.

151 Arrowsmith 2018, par. 20-33-20-38.

152 HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669 (*Telaustria*), r.o. 62.

153 Drahmann 2015, p. 22.

154 Buijze 2013, p. 165-166.

155 Zie in meer detail Drahmann 2015, p. 22-23.

156 Buijze 2013, p. 165-166.

dat geen transparante competitieve procedure hoeft te worden gevolgd.[157] De werking van de vrije markt garandeert immers al dat overheden de beste prijs krijgen. Wel blijven ex-posttransparantieverplichtingen gelden, die moeten garanderen dat overheden geen misbruik maken van deze mogelijkheid.

Dat de vrije markt als vanzelf garandeert dat overheden de beste deal krijgen, is echter lang niet bij alle producten en diensten die overheden inkopen het geval. Stel bijvoorbeeld dat de overheid op zoek is naar dienstverleners die werkzoekenden helpen bij arbeidsmarktintegratie, of naar een bedrijf dat een nieuwe ICT-structuur kan opzetten voor de Belastingdienst. Voor dergelijke producten is er geen ideaaltypische markt. Aanbestedende diensten ontbreekt het aan informatie om het beste aanbod te selecteren. Transparante competitieve aanbestedingsprocedures vervangen dan als het ware de ideaaltypische vrije markt. Aanbestedende diensten communiceren vooraf hun behoefte aan de markt, en marktdeelnemers informeren de aanbestedende dienst over de prijs en overige voorwaarden waartegen ze de gewenste diensten of producten kunnen leveren. Op die manier verkrijgt de aanbestedende dienst de benodigde informatie, en kan ze de beste leverancier inschakelen. Transparantie is daarmee in het belang van de overheid. Het dient ook het belang van inschrijvers, althans, het belang van die inschrijvers die tegen de beste voorwaarden in de behoefte van de overheid kunnen voorzien: zij zullen als winnaar uit de bus komen. Deze inschrijvers profiteren ook omdat met het aanbestedingsrecht tegemoet wordt gekomen aan de vrees dat overheden zich niet gedragen als normale marktdeelnemers, en niet het beste aanbod selecteren. Dat zou bijvoorbeeld kunnen omdat degene die een aanbesteding doet de opdracht gunt aan een kennis (favoritisme), of omdat de aanbestedende dienst oneigenlijke motieven een rol laat spelen bij de selectie, zoals de nationaliteit van de aanbieder. Het selecteren van het beste aanbod is ten slotte ook in het algemeen belang. De kosten van diensten en producten blijven op deze manier zo laag mogelijk, zodat minder belastinggeld wordt opgesoupeerd.

Binnen het Europese aanbestedingsrecht geldt daarnaast dat met name het openen van markten van belang is.[158] Ook leveranciers uit andere lidstaten moeten de kans krijgen producten en diensten aan de overheid te leveren. Zij moeten dus op gelijke voet als bedrijven uit de lidstaat zelf kunnen deelnemen aan aanbestedingsprocedures. Dat betekent dat aanbestedende diensten zodanig moeten communiceren dat ook buitenlandse bedrijven worden bereikt, en dat zij bij het beoordelen van de verschillende aanbiedingen die zij krijgen geen gewicht mogen toekennen aan de nationaliteit van de inschrijver. De voordelen van de transparante competitieve aanbestedingsprocedure worden op die manier versterkt. De aanbestedende dienst heeft meer opties om uit te kiezen, en kan wellicht een nog voordeliger deal scoren. Het openen van markten is daarmee nauw verbonden aan het bieden van gelijke kansen. Gelijke kansen voor ondernemers dragen bij aan het openen van markten, en vergroten zo de kans dat daadwerkelijk het aanbod met de beste

157 Overweging 50 en art. 32 lid 3 onder c Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65-242).

158 Arrowsmith e.a. 2000, hfdst. 1.

prijs-kwaliteitverhouding komt bovendrijven. Of aan het bieden van gelijke kansen ook intrinsieke waarde toekomt, is in het aanbestedingsrecht niet zo duidelijk.

Overigens is het bieden van transparantie, al dan niet in combinatie met een competitieve procedure, niet de *enige* manier waarop gelijke behandeling kan worden gegarandeerd.[159] In beginsel leidt een systeem waarbij het initiatief ligt bij partijen die een recht willen verwerven niet tot ongelijkheid. Iedereen heeft immers dezelfde kans het bevoegde gezag te benaderen en om een recht te verzoeken. Er is wel een risico, met name binnen de EU-context, dat een dergelijk systeem geïnteresseerden uit andere lidstaten op achterstand zet. Zij zijn minder bekend met de lokale context, weten de weg naar dat bevoegd gezag minder goed te vinden, en zijn minder goed op de hoogte van de voorwaarden waaronder zij zo'n recht zouden kunnen verkrijgen.[160] Er is dus sprake van een informatieasymmetrie tussen geïnteresseerden uit de eigen lidstaat, en die uit andere lidstaten. Binnen een lidstaat speelt dat probleem minder. Zolang informatie niet naar de ene partij wel en naar de andere partij niet wordt gecommuniceerd, is er qua gelijke behandeling weinig aan de hand. Dat is anders wanneer een bestuursorgaan besluit dat het op zeker moment een schaars recht wil gaan verdelen. Dan moet het geïnteresseerde partijen benaderen, en moeten vanzelfsprekend keuzes worden gemaakt: wie wordt wel en wie niet benaderd?[161] In een dergelijke situatie is er vanzelfsprekend wel een risico dat geïnteresseerden geen gelijke kans hebben om deel te nemen aan de verdeelprocedure. Een en ander betekent dat dezelfde methode die bijdraagt aan de belangen van inschrijvers, namelijk transparant en competitief aanbesteden, veelal ook bijdraagt aan het algemeen belang en het belang van de overheid. Hieronder zal blijken dat deze belangen niet altijd samenlopen. Maar eerst is het tijd om in iets meer detail te kijken naar de afzonderlijke transparantieverplichtingen.

Openbaarheid over contractmogelijkheden is een manier om te verzekeren dat gegadigden gelijke kansen hebben om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, en draagt bij aan het openen van markten omdat een informatieachterstand van niet-ingezetenen wordt gecompenseerd. Deze twee zaken dragen er op hun beurt aan bij dat de aanbestedende dienst daadwerkelijk het aanbod selecteert met de beste voorwaarden. Openbaarheid over de regels die de aanbestedingsprocedure beheersen, houdt in dat aanbestedende diensten duidelijkheid geven over uitsluitings- en selectiecriteria. Zo maken ze op voorhand duidelijk hoe ze het aanbod met de voor hen beste voorwaarden gaan selecteren. Dit helpt marktdeelnemers in te schatten wat de behoeften van de aanbestedende dienst zijn, zodat zij hun aanbod daar zo goed mogelijk op kunnen afstemmen. Weer leidt dat ertoe dat het beste aanbod tijdens de procedure komt bovendrijven. Transparantie over de regels die de aanbestedingsprocedure beheersen, is ook essentieel om onnodige kosten te voorkomen. Met het inschrijven op een overheidsopdracht zijn immers kosten gemoeid.[162] Alvorens in te schrijven zal een marktdeelnemer een inschatting maken van zijn kansen. Zijn die laag, dan wegen de inschrijfkosten misschien niet op tegen

159 Arroyo Jimenez & Fernandez-Bermejo, p. 38-39.
160 Buijze 2013, p. 152.
161 Zie hierover Pellegrom & Drahmann 2020.
162 Houweling & Tonino 2020, p. 98.

de te verwachten baten. Het is belangrijk dat markdeelnemers voldoende informatie hebben om een realistische inschatting te maken. Kunnen zij dat niet, dan zijn er twee risico's. Ten eerste kunnen zij onnodig kosten maken voor een inschrijving die op voorhand kansloos is. Ten tweede kunnen inschrijvers de kans die zij hebben de opdracht binnen te halen te laag inschatten, en daarom ten onrechte niet inschrijven. De aanbestedende dienst kan daardoor het beste aanbod mislopen. Op regels gebaseerde besluitvorming waardoor discretionaire ruimte wordt beperkt draagt bij aan het voorkómen van willekeur en voorkomt dat een inschrijver wordt geselecteerd die niet het beste aanbod heeft. Het vergroot ook de transparantie voor inschrijvers: zij weten hoe hun aanvraag beoordeeld zal worden, waardoor zij beter kunnen inschatten of zij succesvol kunnen zijn. Als van de vooraf gecommuniceerde regels kan worden afgeweken, worden de voordelen van het vooraf communiceren van die regels tenietgedaan. Openbaarmaking achteraf zorgt ervoor dat kan worden vastgesteld of de aanbestedende dienst daadwerkelijk de regels heeft nageleefd, en bevordert integriteit en *accountability*. Inschrijvers kunnen nagaan of zij daadwerkelijk gelijke kansen hebben gekregen, en eventueel favoritisme en willekeur worden zichtbaar.

Transparantie is dus van groot belang, en wordt niet voor niets aangemerkt als een fundamenteel beginsel van aanbestedingsrecht. Wel is het belangrijk op te merken dat de transparantieverplichting in het aanbestedingsrecht niet in isolatie de daaraan toegeschreven voordelen teweegbrengt. De standaardprocedure voor de verdeling van overheidsopdrachten is een vergelijkende toets. Dat vloeit niet noodzakelijk voort uit de transparantieverplichtingen. De overheid kan ook bekendheid geven aan een opdracht, meedelen dat zij de eerste geldige inschrijving accepteert, zich vervolgens keurig volgens die regel gedragen en achteraf openheid van zaken geven over hoe een en ander is verlopen. Een dergelijke procedure is wel transparant, maar draagt nauwelijks bij aan het realiseren van de doelstellingen van het aanbestedingsrecht. Hooguit kan gezegd worden dat gelijke kansen worden geboden, maar zoals gezegd is het bieden van gelijke kansen in het aanbestedingsrecht vooral een middel om een Uniebrede aanbestedingsmarkt te creëren. Het is niet evident dat het bieden van gelijke kansen aan inschrijvers ook zelfstandig gewicht in de schaal legt.

Transparante competitieve aanbestedingsprocedures waarin de aanbestedende dienst de winnaar selecteert met behulp van een vergelijkende toets hebben dus veel voordelen. Er zijn echter ook situaties waarin transparantie niet aan alle aanbestedingsrechtelijke doelstellingen bijdraagt. Hierboven werd al het voorbeeld van bulkgoederen genoemd. Dergelijke goederen zijn uniform. Het maakt niet zoveel uit welke aanbieder wordt geselecteerd, en prijsvorming op de vrije markt garandeert dat overheden niet te veel betalen. Het optuigen van een kostbare aanbestedingsprocedure is dan niet efficiënt. Het aanbestedingsrecht houdt hier rekening mee. In een dergelijk geval kan een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking worden gebruikt. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin een aanbestedende dienst met een buitenkansje wordt geconfronteerd: ook voor aankopen van leveringen of diensten tegen bijzonder gunstige voorwaarden, hetzij bij een leverancier die definitief zijn handelsactiviteiten stopzet, hetzij bij de curator in geval van

een faillissement[163] mag deze procedure worden gevolgd. Hetzelfde geldt wanneer er maar één leverancier in staat is om de gevraagde werken, producten of diensten te leveren,[164] en wanneer sprake is van dwingende spoed.[165] In deze gevallen biedt een transparante competitieve procedure geen voordeel, of weegt het voordeel niet op tegen de kosten en mag de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging van artikel 2.32 Aanbestedingswet 2012 worden gevolgd.

Deze voorbeelden laten zien dat de relatie tussen transparante aanbestedingen en efficiëntie niet eenduidig is. In beginsel leiden transparante procedures tot lagere prijzen. De aanbestedende dienst behaalt haar doelstellingen dus tegen de laagste kosten. Door transparant te communiceren over de eigen behoefte wordt bovendien voorkomen dat er kansloze inschrijvingen worden gedaan. Ook de kosten van derden worden door transparantie dus lager. Aan de andere kant kost het optuigen van een aanbestedingsprocedure ook geld, zowel voor de overheid als voor inschrijvers. Bij complexe opdrachten kunnen die kosten aardig oplopen. Voor opdrachten met een lage waarde wegen die kosten niet op tegen het verwachte voordeel van de standaardprocedure. Dit verklaart de drempel in de aanbestedingsrichtlijnen.[166]

De kosten van de procedure bieden ook een verklaring voor een fenomeen dat in het aanbestedingsrecht al enige tijd in de belangstelling staat: het midden- en kleinbedrijf (mkb) is ondervertegenwoordigd onder de winnaars van aanbestedingsprocedures. Flynn laat zien hoe verscheidene studies aantonen dat bedrijfsomvang gerelateerd is aan succes in aanbestedingsprocedures.[167] Bovendien is het aandeel van het mkb afgenomen sinds de verplichting werd geïntroduceerd om aan te besteden door middel van een transparante competitieve procedure.[168] Het is niet helemaal duidelijk hoe ernstig dit probleem is in Nederland. In de recente evaluatie van de Aanbestedingswet wordt vermeld dat in Nederland ongeveer twee derde van de opdrachten aan het mkb wordt verstrekt.[169] Dat leidt tot de nodige kritiek, omdat 99% van de bedrijven die actief zijn in Nederland onder het mkb valt.[170] Europese cijfers doen vermoeden dat het probleem nog groter is. Volgens een onderzoek in opdracht van de Europese Commissie komt in Nederland maar 50% van de aanbestedingen bij het mkb terecht, met een totale waarde van 22% van de Nederlandse Europese aanbestedingen.[171]

Hoe is dit verschil tussen mkb en grootbedrijf te verklaren? Voor een deel simpelweg door de omvang van de opdrachten. Een klein bedrijf heeft niet de capaciteit

163 Art. 32 lid 3 onder d Aanbestedingswet 2012.
164 Art. 32 lid 2 onder b Aanbestedingswet 2012.
165 Art. 32 lid 2 onder c Aanbestedingswet 2012.
166 Art. 4 Aanbestedingswet 2012.
167 Stake 2016.
168 Huibers 2019, p. 40.
169 *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 22.
170 MKB-vriendelijk aanbesteden toegelicht, PIANOo Expertisecentrum Aanbesteden, www.pianoo.nl/nl/themas/mkb/mkb-vriendelijk-inkopen-toegelicht.
171 GHK en Technopoolis, SMEs' access to public procurement markets, 2014. De Europese cijfers zijn iets ouder, maar in de evaluatie van de Aanbestedingswet wordt vermeld dat het aandeel van het mkb de afgelopen jaren stabiel is gebleven. Het verschil wordt verklaard doordat Europa een andere definitie gebruikt van mkb en doordat in het onderzoeksrapport niet is gekeken naar aanbestedingen onder de drempel.

om een miljoenenproject uit te voeren. Maar er speelt nog iets anders: voor het binnenhalen van een opdracht moeten kosten worden gemaakt. Als een inschrijver niet succesvol is, blijven de gemaakte kosten in beginsel voor eigen rekening. Inschrijven op een overheidsopdracht brengt dus een financieel risico met zich mee.[172] De transactiekosten en administratieve lasten die gemoeid zijn met de deelname aan aanbestedingsprocedures zijn bovendien de afgelopen jaren toegenomen, door professionalisering van de inkoop, schaalvergroting en het nastreven van allerhande nevendoelstellingen.[173] Kleine bedrijven hebben simpelweg niet de administratieve capaciteit om deel te nemen aan aanbestedingen. Loader constateert dat hoewel opdrachten voor de overheid als aantrekkelijk worden gezien, driekwart van de mkb-bedrijven nooit deelneemt aan een aanbesteding.[174]

Het volgende (simplistische) voorbeeld illustreert waarom het voor kleine bedrijven vaak niet aantrekkelijk is deel te nemen aan aanbestedingen. Bedrijf A is een wat grotere onderneming en heeft een werkkapitaal van € 1.000.000. Bedrijf B is een eenpitter en heeft een kapitaaltje van € 10.000 euro. Beide zijn actief in dezelfde branche. Ze leveren ongeveer dezelfde kwaliteit en rekenen dezelfde prijs. Voor een inschrijving op een opdracht waaraan zij na aftrek van kosten € 100.000 kunnen verdienen maken zij ongeveer € 1.000 aan kosten. De kans dat zij de tender daadwerkelijk binnenhalen, is 10%. Gemiddeld maken zij dus € 10.000 aan kosten om één opdracht binnen te slepen waaraan zij € 100.000 euro kunnen verdienen. Een goed idee dus om in te schrijven op overheidsopdrachten. Maar voor de eenpitter is er een aanzienlijk risico dat zijn kapitaal op is voor hij een opdracht binnensleept: de kans dat hij na tien keer proberen nog geen succes heeft gehad is $0{,}9^{10}$ oftewel 35%. De kans is dus reëel dat hij met lege handen en zonder financiële buffer achterblijft. Hij kan zijn acquisitie dus wellicht beter op zijn bestaande klantenkring blijven richten.

Bovenstaande toont aan dat de aanname dat transparantie zorgt voor gelijke kansen deel te nemen aan een procedure feitelijk niet klopt. Dat alle gegadigden over dezelfde informatie beschikken en dat alle aanvragen op dezelfde wijze zullen worden beoordeeld, betekent niet dat zij ook allemaal een gelijke kans hebben om de opdracht te verwerven. Dat is strikt genomen natuurlijk ook niet de bedoeling: het idee is dat het aanbestedingsrecht de beste leverancier boven doet drijven. Iedereen mag een gooi doen, maar inschrijvers die slecht aan de behoeften van de aanbestedende dienst kunnen voldoen, zijn feitelijk natuurlijk ook kansloos. Dat is precies de bedoeling. Het probleem zit hem erin dat de ondervertegenwoordiging van het mkb niet te wijten is aan de omstandigheid dat zij nu eenmaal niet die zaken kunnen leveren waaraan de aanbestedende dienst behoefte heeft, maar aan het feit dat de kosten en risico's die gepaard gaan met het deelnemen aan aanbestedingsprocedures voor hen te hoog zijn. De bewerkelijke aanbestedingsprocedure zorgt ervoor dat zij de kans mislopen onder gelijke voorwaarden mee te dingen naar een opdracht. De barrière die zo wordt opgeworpen kan ervoor zorgen dat aanbestedende diensten het beste aanbod mislopen, omdat de aanbieder ervoor koos toch maar niet mee te doen met de procedure. Dit is geen nieuws voor aanbestedingsexperts. Zij ontwikkelden

172 Houweling & Tonino 2020, p. 98.
173 Huijbers 2019.
174 Loader 2013, p. 40.

de afgelopen jaren allerhande instrumenten om de achterstand van het mkb te compenseren, overigens zonder daarbij afstand te nemen van het uitgangspunt dat aanbestedingsprocedures transparant en competitief dienen te zijn.[175]

Een laatste punt van kritiek: het feit dat transparante competitieve aanbestedingen in veel situaties positieve uitkomsten hebben, wil niet zeggen dat zij de enige succesvolle aanbestedingsstrategie zijn, of zelfs de beste. Een fundamentele kritiek op het Europese aanbestedingsrecht komt uit de hoek van de *Industrial Marketing and Purchasing theory* (IMP). IMP stelt dat relaties essentieel zijn voor organisaties: effectiviteit, efficiëntie en innovaties komen voort uit de manier waarop een organisatie zich verhoudt tot andere actoren in haar omgeving. Voor die relaties zijn onder meer continuïteit, informaliteit, en aanpassingsvermogen (de leverancier past zich na verloop van tijd aan aan de noden van de aanbestedende dienst) van belang. De transparante, competitieve verdeling van aanbestedingsopdrachten maakt het voor aanbestedende diensten schier onmogelijk die kwaliteiten te benutten.[176] Het is hun immers verboden dergelijke relaties aan te gaan. Empirisch onderzoek toont aan dat het aangaan van langetermijnrelaties tot betere prijzen leidt.[177] Er is dan ook al sinds het begin van de ontwikkeling van het Europese aanbestedingsrecht kritiek op de aanbestedingsrichtlijnen, die relationele benaderingen onmogelijk maken.[178] De auteurs wijzen er wel op dat ook wanneer zulke relationele benaderingen wel zijn toegestaan ze niet altijd meerwaarde hebben. Investeren in relaties brengt immers ook kosten met zich mee, en voor eenvoudige aankopen volstaat een competitieve procedure dan ook prima.[179] Wel doet de IMP-literatuur vermoeden dat aanbestedende diensten zich ook op alternatieve manieren zouden kunnen verzekeren van lage prijzen en goede voorwaarden. Vanzelfsprekend zijn dergelijke methoden ongeschikt voor het openen van markten en het verzekeren van gelijke kansen van inschrijvers en het is dan ook niet verwonderlijk dat het EU-recht er niet van gecharmeerd is.[180]

Een soort van compromis is gevonden in de concurrentiegerichte dialoog,[181] de mededingingsprocedure met onderhandeling,[182] en de procedure van het innovatiepartnerschap.[183] Deze procedures kunnen worden toegepast wanneer niet zo duidelijk is wat de behoefte van de aanbestedende dienst precies is, en zij haar ideeën samen met marktpartijen verder wil invullen. Zoals IMP erkent, volstaat voor eenvoudige aanbestedingen doorgaans de openbare procedure.[184] Deze procedure is geschikt als een aanbestedende dienst van te voren precies kan aangeven wat zij nodig heeft, en hoe zij de verschillende aspecten van inschrijvingen wil gaan

175 Hebly & Pellegrom 2020, p. 381; Haverkort & Broesterhuizen 2013; Molina 2011.
176 Hebly & Pellegrom 2020, p. 381; Haverkort & Broesterhuizen 2013; Molina 2011.
177 Torvatn & De Boer 2017.
178 Torvatn & De Boer 2017, p. 5 e.v.
179 Torvatn & De Boer 2017, p. 14.
180 Arrowsmith (2013) stelt dat het Europeesrechtelijke aanbestedingsrecht *niet* als doel heeft de laagste prijs te garanderen, maar dat het de voorwaarden stelt waarbinnen lidstaten indien gewenst dit doel kunnen nastreven.
181 Art. 2.28 en 2.29 Aanbestedingswet 2012.
182 Art. 2.30 en 2.32 Aanbestedingswet 2012.
183 Art. 2.31a en 2.31b Aanbestedingswet 2012.
184 Art. 2.26 Aanbestedingswet 2012.

beoordelen. Maar bij complexere vragen kan het moeilijk zijn vooraf duidelijke, precieze en ondubbelzinnige beoordelingscriteria op te stellen, en dat is wel vereist. Terecht, gegeven het doel inschrijvers te voorzien van informatie die hen in staat stelt een inschrijving te doen die zo goed mogelijk aansluit bij de behoeften van de aanbestedende dienst. Door vage criteria kunnen inschrijvers hun kansen slechter inschatten, maken zij wellicht kosten voor een inschrijving waarbij zij feitelijk kansloos zijn, of zien zij ervan af op een opdracht in te schrijven, omdat zij onzeker zijn in hoeverre ze aan de behoefte van de aanbestedende dienst tegemoet kunnen komen. De juridische vertaling van dit probleem: hoe slechter de aanbestedende dienst weet wat zij wil, hoe groter de kans dat niet wordt voldaan aan de eis dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende aanvragers de criteria op dezelfde manier interpreteren.[185] De genoemde procedures bieden een oplossing voor dit probleem. Zij stellen de aanbestedende dienst in staat om samen met marktpartijen de criteria verder te verfijnen. Wanneer dan duidelijk is geworden wat de precieze vraag van de dienst is, kunnen de marktpartijen een inschrijving indienen (bij de concurrentiegerichte dialoog), of hun eerdere inschrijving aanpassen (bij de mededingingsprocedure met onderhandeling en het innovatiepartnerschap). Op die manier wordt verzekerd dat alle deelnemers aan de procedure op basis van dezelfde duidelijke informatie hun inschrijving doen.

Transparantie is zodoende een belangrijk beginsel in het aanbestedingsrecht. In de regel zijn overheden, het publiek, en (potentiële) inschrijvers allemaal gebaat bij transparante competitieve verdeelprocedures. Er doen zich echter situaties voor waar de baten van een dergelijke procedure niet opwegen tegen de kosten, bijvoorbeeld wanneer overheden bulkgoederen inkopen, gebruikmaken van een buitenkansje, er sprake is van spoed, of als er slechts één leverancier is die het gewenste product of de gewenste dienst kan leveren. Verder is de veronderstelling dat transparante procedures leiden tot gelijke kansen niet juist, of althans vatbaar voor nuancering. De expertise en financiële armslag die nodig zijn om daadwerkelijk mee te doen aan aanbestedingsprocedures kunnen een barrière voor deelname opwerpen die moeilijk valt te rechtvaardigen. Daar staat tegenover dat voor inschrijvers uit andere lidstaten de toegankelijkheid van de aanbestedingsprocedure juist wel wordt vergroot. Transparante aanbestedingsprocedures zijn bovendien niet het enige instrument waarmee aanbestedende diensten zich van goede voorwaarden en prijzen kunnen verzekeren. Investeren in relaties kan evenveel of zelfs meer lonen. Marktpartijen kunnen daardoor 'toegroeien' naar de behoefte van de overheid. Waar aanbestedende diensten niet op voorhand duidelijk kunnen definiëren wat hun wensen zijn, zijn procedures in het leven geroepen die de nadelen van transparant aanbesteden moeten ondervangen en aanbestedende diensten de mogelijkheid geven in overleg te treden met marktpartijen om de gunningscriteria nader uit te werken. Ten slotte is transparantie vooraf, over het feit dat een opdracht verleend zal worden, door middel van welke procedure, en op basis van welke criteria, van groot belang voor het openen van markten, en om te verzekeren dat met name ook buitenlandse partijen een kans hebben deel te nemen aan de procedure. Voor controle achteraf,

185 En dat is wel vereist, zo oordeelde het Hof van Justitie: HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553 (*SIAC Construction*), r.o. 42.

en daarmee voor het tegengaan van corruptie, het voorkomen van willekeur en favoritisme, en het garanderen van accountability, zijn transparantieverplichtingen ex-post van belang.

6.2 Algemeen verdelingsrecht

Tot zover het aanbestedingsrecht. Hoe zien de transparantieverplichtingen die van toepassing zijn bij de verdeling van andere schaarse rechten eruit, en welke effecten mogen we daar van verwachten?[186] Het juridisch kader is snel geschetst.

De normen die de verdeling van schaarse rechten naar nationaal recht beheersen, vloeien voort uit het gelijkheidsbeginsel dat in deze context strekt tot het bieden van gelijke kansen.[187] Dat vereist dat iedereen die dat wil, een kans moet maken een schaars recht te verwerven. Aan potentiële gegadigden moet daarom ruimte worden geboden om naar beschikbare vergunningen mee te dingen. Deze keuze is in zekere zin verrassend, en werd in de conclusie van de advocaat-generaal ook niet aangeraden.[188] We zagen hierboven immers dat transparantie in het aanbestedingsrecht weliswaar een middel is om gelijke kansen te garanderen voor met name inschrijvers uit andere lidstaten, maar dat het nog veel meer belangen dient.[189] De gekozen lijn verhult dat enigszins, net als het feit dat transparantie niet noodzakelijk is om gelijke kansen te garanderen, ook niet wanneer de overheid schaarse rechten verdeelt.[190]

De transparantieverplichtingen die dit moeten garanderen zijn ontleend aan het aanbestedingsrecht, en komen overeen met de verplichtingen die in de vorige paragraaf zijn besproken: het bestuur moet een passende mate van openbaarheid garanderen met betrekking tot de beschikbaarheid van het schaarse recht en de toepasselijke regels (verdelingsprocedure, aanvraagtijdvak en toe te passen criteria). Het bestuur mag vervolgens niet van deze regels afwijken.[191] Vanzelfsprekend moet net als in het aanbestedingsrecht alles achteraf controleerbaar zijn. De beslissing het schaarse recht te gunnen moet met redenen zijn omkleed, zodat is na te gaan of het verdelende bestuursorgaan inderdaad volgens de vooraf gecommuniceerde regels heeft beslist. Daarvoor kan ook nodig zijn dat informatie over de beoordeling van concurrerende aanvragen wordt verstrekt.[192]

Anders dan in het aanbestedingsrecht wordt geen specifieke procedure voorgeschreven voor de verdeling van schaarse rechten.[193] Verdeling op volgorde van

186 Voor wie het even kwijt is: 'Publiekrechtelijke rechten, zoals vergunningen of subsidies, zijn schaars als het aantal aanvragers groter is dan het aantal voor verlening beschikbare rechten.' Wolswinkel 2014, p. 58.
187 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8.
188 Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 6.10.
189 Ik waarschuwde in 2016 nog voor deze benadering die ertoe zou kunnen leiden dat te veel nadruk zou liggen op maar één aspect van transparantie, te weten, het bieden van gelijke kansen: Buijze 2016, p. 242. Dat kon de Afdeling niet meer op tijd lezen.
190 Arroyo Jimenez & Fernandez-Bermejo 2016, p. 38-39.
191 Drahmann 2015, p. 23.
192 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258, *AB* 2016/453, m.nt. Den Ouden.
193 Althans, niet in algemene zin. Het Unierecht schrijft wel degelijke specifieke procedures voor voor de verdeling van specifieke schaarse rechten, zoals telecomfrequenties en emissierechten.

binnenkomst, loting, veiling, en een vergelijkende toets zijn in beginsel allemaal toegestaan. De veiling blijft in dit stuk verder buiten beschouwing, omdat een beschrijving van alle mogelijke soorten veilingen en hun effecten voor de verdeling van schaarse rechten een te groot beslag zou leggen op de beschikbare ruimte. Dat neemt niet weg dat veilen een oplossing zou kunnen zijn voor een aantal van de hier besproken problemen. Met nadruk 'zou kunnen', want het vormgeven van een veiling op een zodanige manier dat daarmee de doelstellingen worden gerealiseerd die het veilende bestuursorgaan wil realiseren is complex. De kosten zijn daarmee potentieel hoog, terwijl het onzeker is of de beoogde voordelen worden gerealiseerd.[194]

Een aanvullende eis is dat schaarse rechten niet voor onbepaalde tijd mogen worden verleend.[195] Dat is geen transparantieverplichting, maar zorgt er in combinatie met de bovengenoemde transparantie-eisen voor dat mededinging mogelijk blijft. Wordt een schaars recht voor onbepaalde tijd verleend, dan hebben anderen immers voor onbepaalde tijd geen kans ook zo'n recht te verwerven.

De ruimte om af te wijken van de verplichting mededingingsruimte te creëren is beperkt. Dat kan als er een (materieel-)wettelijke basis voor is[196] en, zo stelde de advocaat-generaal voor, om de rechten van anderen te beschermen of omdat er maar één aanvraag aan de verdelingscriteria voldoet.[197] Wanneer het Unierecht van toepassing is, moet een dergelijke uitzondering gerechtvaardigd worden door een dringende reden van algemeen belang. De Dienstenrichtlijn geeft geen enkele ruimte af te wijken van het uitgangspunt dat schaarse rechten door middel van een competitieve procedure moeten worden verdeeld en slechts voor bepaalde tijd mogen worden verleend, in ieder geval niet expliciet. De advocaat-generaal suggereert dat naar nationaal recht vergunningen voor niet-economische activiteiten wellicht wel voor onbepaalde tijd verleend mogen worden: daar kan de afweging tussen rechtszekerheid en de belangen van nieuwkomers anders uitvallen.[198]

6.3 Draagt transparantie buiten het aanbestedingsrecht op dezelfde wijze bij aan het realiseren van publieke waarden?

De transparantieverplichtingen bij de verdeling van schaarse rechten zijn dus in hoge mate vergelijkbaar met de transparantieverplichtingen in het aanbestedingsrecht. Wel is in het aanbestedingsrecht meer ruimte voor uitzonderingen: in een aantal gevallen mag afgeweken worden van de hoofdregel dat een transparante aanbestedingsprocedure moet worden gebruikt. Equivalenten van deze uitzonderingen ontbreken grotendeels waar het de verdeling van schaarse rechten betreft, of er is in elk geval niet duidelijk of en zo ja onder welke voorwaarden verdelende bestuursorganen er gebruik van zouden kunnen maken. Dat is niet te wijten aan een gebrek

194 Zie voor de potentie van veilen Drahmann 2020 en Wolswinkel 2020. Voor een idee van de complexiteit van het ontwerpen van een veiling zie Klemperer 2018.
195 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8. Zie ook art. 11 Drl.
196 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8. Zie ook art. 11 Drl.
197 Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 6.17.
198 Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 6.3.

aan belangstelling. Widdershoven stelt in zijn conclusie bijvoorbeeld al een uitzondering voor op de verplichting mededingingsruimte te bieden wanneer er maar één gegadigde is die aan de verdelingscriteria voldoet. Hij ontleent daarvoor inspiratie aan artikel 32 Richtlijn 2014/24/EU.[199] Ook in de literatuur wordt aangehaakt bij het aanbestedingsrecht om het juridisch kader voor de verdeling van schaarse rechten verder te ontwikkelen.[200] Daarbij wordt ook gekeken naar verschillen tussen aanbestedingen en overige schaarse rechten. Er is echter niet systematisch onderzocht of de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan de transparantieverplichting in het aanbestedingsrecht, wel onverkort gelden bij de verdeling van andere schaarse rechten. Met andere woorden: is transparantie daar even nuttig als in het aanbestedingsrecht? Is dat niet het geval, dan moet aan het transparantiebeginsel in de context van de verdeling van schaarse rechten minder gewicht worden toegekend dan aan de aanbestedingsrechtelijke variant.

In paragraaf 6.1 werd duidelijk dat transparant aanbesteden eraan bijdraagt dat aanbestedende diensten de leverancier kunnen selecteren die de beste prijs-kwaliteitverhouding biedt, en waarbij eventueel ook andere beleidsdoelen kunnen worden meegewogen. Transparantie alleen is daarvoor echter niet genoeg: de combinatie met een vergelijkende toets is essentieel om dit effect te doen optreden. Transparantie stelt immers inschrijvers in staat een inschrijving te doen die zo goed mogelijk aansluit bij de wensen van de aanbestedende dienst. Die kan dan het beste voorstel selecteren.

Dit argument voor transparantie valt niet een-op-een te vertalen naar de verdeling van andere schaarse rechten. Ik zie drie problemen. Ten eerste treedt dit effect niet op wanneer een aselecte verdeelprocedure zoals loting of verdeling op volgorde van binnenkomst wordt toegepast. Dergelijke procedures zijn zoals bekend wel toegestaan. De keurslager heeft dan evenveel kans om een schaarse standplaatsvergunning te verwerven als zijn concurrent die tegen woekerprijzen vlees met maden verkoopt. Op een goed functionerende vrije markt zou dit niet gebeuren: de madeverkoper zou worden weggeconcurreerd, of in elk geval worden gedwongen tegen een lagere prijs te verkopen aan consumenten die kwaliteit niet zo belangrijk vinden.[201] Het lijkt, gelet op de bedoelingen van de Dienstenrichtlijn, een perverse uitkomst dat juist hij jarenlang gegarandeerd is van een standplaats. Een verdelend bestuursorgaan dat een transparante procedure organiseert maar kiest voor een aselecte procedure, ontneemt zowel aan gegadigden als aan zichzelf de kans om de beste match tot stand te brengen.

Het punt dat aselecte verdeelprocedures niet bijdragen aan kwaliteit is genoegzaam bekend.[202] Drahmann stelt dat dergelijke instrumenten vooral geschikt zijn wanneer selectie op basis van kwaliteitscriteria niet mogelijk of niet nodig is.[203] De vraag is wel wat dan nog de rechtvaardiging is voor de verplichting mededinging te

199 Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 3.2, 6.18.
200 Wildemors & Wolswinkel 2019; Pellegrom & Drahmann 2021.
201 Toegegeven, dit voorbeeld is wat gechargeerd. De overheid kan immers minimumeisen stellen aan gegadigden.
202 Pellegrom & Drahmann 2021.
203 Drahmann 2020, p. 392.

creëren. Een belangrijk voordeel (in het aanbestedingsrecht het belangrijkste) van de transparante verdeelprocedure valt immers weg. Omdat transparant verdelen ook kosten met zich meebrengt voor zowel gegadigden als de overheid, zou opnieuw moeten worden overwogen of de overige voordelen van transparant verdelen wel opwegen tegen de nadelen.

Ten tweede reflecteert dit argument voor transparantie de logica van de vrije markt. Het aanbestedingsrecht selecteert de aanbieder die tegen de laagste kosten het best tegemoet kan komen aan de behoeften van de overheid, met andere woorden, de spijkerbroekenproducent uit hoofdstuk drie die ook op een ideaaltypische vrije markt als winnaar uit de bus zou komen.[204] Dat is efficiënt, maar niet noodzakelijk rechtvaardig. Neem het voorbeeld van subsidieverlening voor sociaal cultureel werk en maatschappelijke activiteiten. Het is verre van evident dat die moeten gaan naar partijen die goed zijn in het organiseren van dergelijke activiteiten. Ook dit punt is wel aangevoerd in de literatuur,[205] al lijkt het niet echt goed geland.[206] Natuurlijk kennen aselecte procedures dit probleem niet, en ook een evenredige verdeling van de subsidiepot volgt niet de marktlogica, maar dan geldt weer dat een belangrijk voordeel van transparante verdeling wegvalt. Opnieuw is dan de vraag of de kosten van het optuigen van de procedure voor de overheid en voor het deelnemen door gegadigden opweegt tegen de overige voordelen van transparant verdelen.

Dan is er nog de vraag of het verdelende bestuursorgaan wel selectiecriteria kan opstellen die ervoor zorgen dat de 'beste' gegadigde wordt geselecteerd. Het is namelijk niet evident dat de overheid er met selecte mechanismen wél voor kan zorgen dat zij de beste geïnteresseerde partij selecteert. In het aanbestedingsrecht is zij zelf klant en zij kent haar eigen voorkeuren. Gaat het om dienstenvergunningen, dan zijn consumenten klant en in een goed functionerende markt zouden hun voorkeuren moeten bepalen welke dienstaanbieder komt boven drijven. De overheid kent die voorkeuren niet, tenzij ze daar uitgebreid onderzoek naar zou doen, en kan dus een vergelijkende toets niet inrichten op zo'n manier, dat de dienstverlener die het best aansluit bij de voorkeuren van de consumenten (en die daaraan zo efficiënt mogelijk tegemoetkomt) als winnaar uit de procedure komt. Dit punt wordt wederom goed geïllustreerd door de problematiek van de verdeling van schaarse marktstandplaatsvergunningen. De Centrale Vereniging voor de Ambulante Handel (CVAH) pleit ervoor dat die verdeeld worden door middel van een vergelijkende toets, of in ieder geval niet door middel van aselecte procedures. Loting of verdeling op volgorde van binnenkomst leidt immers tot willekeur: niet de beste marktkramen, maar de toevallige winnaars van de loterij verwerven een plek op de markt. Dat is strijdig met de marktlogica die ten grondslag ligt aan de Dienstenrichtlijn. De transparante verdeling van schaarse rechten heeft daar immers mede tot doel ervoor te zorgen dat consumenten een grotere keuze hebben en diensten kunnen verkrijgen tegen lagere prijzen. Met andere woorden, schaarse vergunningsstelsels moeten zo min mogelijk afbreuk doen aan de voordelen die een vrije markt oplevert.

---

204 In hoofdstuk 3 kwam al aan de orde dat ook op zo'n vrije markt consumenten voorkeur kunnen hebben voor kwalitatief goede, duurzame en verantwoord geproduceerde goederen.

205 Robbe 2019, p. 361-362.

206 Hardy & Verboeket 2019.

In een situatie zonder schaarste zullen als vanzelf de marktkooplieden overblijven die het beste tegemoetkomen aan de wensen van consumenten. Wil een verdelend bestuursorgaan hetzelfde resultaat bereiken, dan moet het dus weten wat die behoefte van consumenten precies zijn, en dat zal over het algemeen niet het geval zijn. De gemeente kan dan misschien wel een vergelijkende toets opstellen die bijdraagt aan het realiseren van beleidsdoelstellingen, maar daar hebben de bezoekers van de markt niet noodzakelijk iets aan. De belangen lopen veel minder parallel dan in het aanbestedingsrecht, waar lage prijzen zowel in het voordeel van de overheid, als in het voordeel van het publiek zijn, dat immers via belastingen uiteindelijk de prijs voor de aangeschafte goederen en diensten moet ophoesten. Bij schaarse dienstenvergunningen hebben consumenten daarnaast vaak, of soms, dat maakt eigenlijk niet uit, loyaliteit richting bepaalde bedrijven. Dat mág de overheid niet meewegen. Bij aanbestedingen is dat wederom niet zo'n probleem, omdat van een overheid best kan worden gevergd dat die zich niet hecht aan een bepaald bedrijf, ook al betekent dat dat de voordelen van een langetermijnrelatie buiten bereik blijven. Maar wie dat van consumenten vergt, grijpt hard in in hun keuzevrijheid. Dat is precies wat er gebeurt als dienstverleners maar voor bepaalde tijd een vergunning kunnen krijgen. Een goedlopende viskraam met vele tevreden klanten zou in een normaal functionerende markt een goedlopende viskraam blijven. In het huidige systeem loopt de vergunning na x jaar af, en het feit dat de huidige vergunninghouder een goedlopende viskraam heeft, mág geen rol spelen bij de vraag of hij de nieuwe vergunning verwerft. Momenteel wordt dat geschetst als een belangenafweging waarbij de rechtszekerheid van de huidige vergunninghouder en diens belang zijn bedrijf ongehinderd voort te zetten het aflegt tegen het belang van nieuwkomers een kans te krijgen de markt te betreden. Het belang van consumenten die worden *gedwongen* van aanbieder te veranderen speelt in deze afweging geen rol.

Daar komt nog bij dat bestuursorganen vaak ook niet precies weten wat hun eigen voorkeuren nu eigenlijk zijn, maar dat punt wordt hieronder bij het bieden van gelijke kansen besproken.

Transparantie draagt bij aan het openen van markten

Wanneer schaarse rechten zoals vergunningen en subsidies zonder officiële bekendmaking vooraf worden verleend, is de kans aanzienlijk dat gegadigden uit andere lidstaten niet op de hoogte zijn van de kans zo'n recht verwerven. Ook wanneer onduidelijk of via voor hen moeilijk toegankelijke kanalen wordt gecommuniceerd zal dat het geval zijn. Het is aannemelijk dat transparante verdeelprocedures bijdragen aan het openen van markten, hoewel zij niet garanderen dat er daadwerkelijk interesse is vanuit andere lidstaten. In puur nationale zaken komt aan dit argument overigens beperkt gewicht toe.

Transparantie draagt bij aan integriteit en accountability

Net als in het aanbestedingsrecht kan transparantie bijdragen aan een integere verdeling van schaarse rechten, en ervoor zorgen dat verdelende bestuursorganen gedwongen zijn hier verantwoording over af te leggen. Dat dat nodig is, illustreert de casus die aanleiding gaf voor de uitspraak over de Vlaardingse speelautomatenhal.

De vergunning werd verleend achter de rug om van een partij waarvan de gemeente zich er terdege van bewust was dat die er interesse in had. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat transparantie achteraf op zich voldoende is voor het realiseren van deze doelen.

Transparantie resulteert in gelijke kansen voor en gelijke behandeling van leveranciers

Ook bij de transparante verdeling van schaarse rechten geldt dat een transparante procedure formeel weliswaar iedereen de kans biedt mee te dingen naar het schaarse recht, maar dat aan het pakken van die kans ook kosten verbonden zijn. Partijen verschillen in hun capaciteit om die kosten te dragen. Dat betekent dat een transparante verdeelprocedure feitelijk niet resulteert in gelijke kansen om mee te dingen naar een schaars recht. Bij de complexere verdeelprocedures zijn de kosten voor deelname het hoogst. Het is te verwachten dat dit net als in het aanbestedingsrecht het mkb op achterstand zet. Daar komt nog bij dat ook schaarse vergunningen met een beperkte waarde transparant moeten worden verleend. Dat betekent dat er kleinere ondernemers actief zijn, van wie het onrealistisch is te verwachten dat zij over de administratieve en financiële capaciteit beschikken mee te dingen naar een vergunning. De gemeente Amsterdam die vergunningen voor fietstaxi's in handen van eenmanszaakjes verdeelde door middel van een vergelijkende toets illustreert dat mooi.[207] Het wordt daar aan de aanvrager overgelaten de criteria die het College heeft opgesteld te interpreteren. Een onzekere klus, zo blijkt. Geïnteresseerde partijen wordt gevraagd aan te tonen dat zij over voldoende stratenkennis beschikken. Wie niet bedenkt dat hij daarvoor een opsomming van Amsterdamse straatnamen moet geven grijpt naast een vergunning. De Afdeling fluit weliswaar het College terug, maar juist voor kleine ondernemers is de gang naar de rechter niet vanzelfsprekend. Bijna pijnlijk is de observatie van de gemeente dat een appellant in een vergelijkbare zaak toch ook een fietstaxi kan huren bij een meervoudige vergunninghouder – een bedrijf dat meerdere fietstaxi's exploiteert.[208] De gevolgen van het beleid voor kleine ondernemers staan kennelijk niet hoog op de agenda.

Een vergelijkende toets brengt relatief hoge kosten met zich mee voor inschrijvers, maar dat betekent niet dat een verdelend bestuursorgaan kleine ondernemers tegemoet kan komen met een eenvoudiger procedure, zoals een loting. Daar doet het probleem dat kleine ondernemers minder mogelijkheden hebben om deel te nemen aan de procedure zich namelijk nog sterker voor. Dat komt doordat gegadigden geen invloed kunnen uitoefenen op de kans dat zij de procedure winnen. We gaan nog eens terug naar de eenpitter uit paragraaf 6.1, met zijn startkapitaaltje van € 10.000 euro. Hij wil graag een standplaatsvergunning voor een marktplaats in zijn regio bemachtigen. Er zijn daar twintig weekmarkten die in aanmerking komen. Stel nu dat al die gemeenten loten, en dat er steeds tien gegadigden meedingen. De kans dat onze ondernemer als zijn kapitaal op is nog steeds geen standplaatsvergunning heeft geworven is wederom 35%. Als de standplaatsvergunning wordt verdeeld door middel van een vergelijkende toets, verandert het beeld significant. Stel, onze

207 ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:602, r.o. 6.1.
208 ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2512, r.o. 3.

marktkoopman heeft een prachtig assortiment streekproducten, en besluit alleen mee te dingen naar standplaatsen wanneer op dit criterium geselecteerd wordt. Dat is bij tien weekmarkten het geval. Zijn slagingskans is daar wat hoger, laten we zeggen 20%. Voor de overige tien plekken wordt geloot. De kans dat hij na tien keer proberen met lege handen staat, is nu slechts 0,80,[10] oftewel 11%. Zelfs als de kosten om deel te nemen aan een loting substantieel lager zijn, blijft dit punt lang staan. Pas na 21 keer proberen bij de loting is de kans een vergunning te verwerven even groot als na tien keer deelnemen aan de vergelijkende toets.[209] Het lijkt dus of loten een geschikt middel is om gelijke kansen te bieden een recht te verwerven, maar dat is niet juist. De kans om mee te dingen naar het recht wordt vaak juist meer dan bij andere methoden beperkt voor wie niet over voldoende financiële reserves beschikt.[210] Uit het oogpunt van het bieden van gelijke kansen is een vergelijkende toets dus te prefereren boven loting, hoewel ook bij een vergelijkende toets kleine ondernemers op achterstand staan.

Daarbij moet bovendien aangetekend worden dat wanneer een vergelijkende toets wordt gebruikt de verdelingscriteria genoeg houvast moeten bieden aan ondernemers om een goede inschatting te maken van hun slagingskans. Dat is nog niet eenvoudig. Wat te denken van het criterium 'voorkomen van overlast', dat achteraf blijkt te betekenen dat een casino waar men niet met cash kan betalen hoger scoort dan een casino waar dat wel kan, omdat onderzoek aantoont dat die laatste vaker te maken hebben met overvallen.[211] Had een ondernemer dat kunnen raden? Volgens de Afdeling was het criterium voldoende richtinggevend, en heeft de burgemeester in redelijkheid kunnen oordelen dat een cashless betaalsysteem onder het voorkomen van overlast valt. Eerder moesten ook verdeelcriteria duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn.[212] Ten Hertog en Van Tilborg merken op dat de Afdeling met deze mildere eis voor het perspectief van het bestuursorgaan kiest, en betwijfelen of de uitspraak in kwestie wel in overeenstemming is met het Europese recht.[213] Ik deel die twijfel, maar de keuze van de Afdeling is niet onbegrijpelijk. Het is immers moeilijk van tevoren alle eventualiteiten waarvoor punten zouden kunnen worden toegekend in een vergelijkende toets te voorzien. De Afdeling voert dan ook nog een ander argument aan: 'Op die manier wordt ruimte gelaten voor ondernemers om zelf inhoud en vorm te geven aan de aanvraag en met innovatieve ideeën te overtuigen. Daarom zijn de criteria niet uitputtend geregeld en is de waardering voor alle uitgangspunten niet op detailniveau geregeld.'[214] Dat klinkt op zich aanlokkelijk, maar maakt het voor ondernemers wél moeilijker om goed in te schatten hoe kansrijk zij zouden zijn in een procedure. Daarmee wordt wederom de kans verkleind dat een transparante verdeelprocedure positief bijdraagt aan het selecteren van de beste gegadigde. Hoe dubbelzinniger de criteria, hoe groter de kans dat de 'beste'

209 0,921=0,11.

210 Dat kan anders zijn wanneer de kosten van deelname aan loting bijzonder laag zijn, of als de winkans tussen de vergelijkende toets en de loting niet significant verschilt.

211 ABRvS 20 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3918, *BR* 2020/14, m.nt. S.G. ten Hertog & D. van Tilborg.

212 ABRvS 27 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2611.

213 Ten Hertog & Van Tilborg, p. 99.

214 ABRvS 20 november 2019, r.o. 5.2.

gegadigde besluit niet mee te doen aan de procedure, omdat hij zijn slagingskans te laag inschat. Daarnaast vergroten vage criteria het risico dat gegadigden niet juist inschatten waar het verdelende bestuursorgaan behoeft aan heeft, en het dus niet aanbieden. Daarmee is onzeker of de Afdeling nu wel echt de kant van het bestuur kiest. Dat hoeft weliswaar geen onevenredige inspanning te leveren om vage criteria te specificeren, maar het mist ook de kans de beste gegadigde te selecteren. Afstappen van het criterium van duidelijke, precieze en ondubbelzinnige criteria die door alle geïnteresseerden op dezelfde wijze geïnterpreteerd worden, is een strategie die uiteindelijk alleen maar verliezers kent. Effectieve transparantie wordt ingeruild voor nominale transparantie en dat leidt niet tot de gewenste resultaten. Het aanbestedingsrecht heeft voor dergelijke situaties overigens een oplossing. De mededingingsprocedure met onderhandeling en de concurrentiegerichte dialoog bieden mogelijkheden om samen met marktpartijen de vraag van de aanbestedende dienst verder uit te werken. Pas daarna stellen deelnemers hun inschrijving op (bij de concurrentiegerichte dialoog) of krijgen zij gelegenheid die aan te passen (bij de mededingingsprocedure met onderhandeling). Zo kunnen innovatieve oplossingen worden ingebracht zonder dat partijen daardoor geconfronteerd worden met eisen waarvan onduidelijk is hoe ze zullen worden toegepast. Dit leidt tot meer ruimte voor innovatie.[215] Deze procedures zijn zeker minder transparant, maar zoals hierboven al bleek, transparantie kan innovatie bemoeilijken.[216]

Al met al dragen transparante verdeelprocedures dus feitelijk maar zeer beperkt bij aan het realiseren van gelijke kansen. Het argument dat zij dit wel doen, negeert het feit dat partijen in de praktijk geen gelijke uitgangspositie hebben.[217] De introductie van transparante verdeelprocedures kent winnaars en verliezers. Het is waar dat discriminatie op basis van nationaliteit er door kan worden voorkomen, maar voor kleinere partijen wordt het juist moeilijker een schaars recht te verwerven. Dat kan ook zo zijn, en dat is niet intuïtief, wanneer wordt geloot. In het aanbestedingsrecht kan ik mij nog iets voorstellen bij de redenering dat overheidsopdrachten juist naar grote partijen zouden moeten gaan, bijvoorbeeld omdat die door schaalvoordelen nu eenmaal efficiënter kunnen werken. Maar dat het eenvoudiger zou moeten zijn voor een grote onderneming om een fietstaxivergunning te verwerven dan voor een eenmanszaak, ligt niet zo voor de hand. Het is ook een wat merkwaardige consequentie van toepassing van het gelijkheidsbeginsel.

Transparantie resulteert in efficiëntie bij overheidsinkopen

Transparante competitieve verdeelprocedures reduceren transactiekosten: marktpartijen kunnen goed inschatten of het zinvol is een inschrijving te doen, en maken relatief weinig kosten. Bovendien hoeven zij niet extra te investeren in het vergaren van informatie. Daarnaast kunnen dergelijke procedures in het aanbestedingsrecht ervoor zorgen dat overheden minder geld kwijt zijn aan eenzelfde soort product of dienst. Belastinggeld wordt daarmee efficiënter besteed. Om met dat laatste punt

215 Torvatn & De Boer 2017, p. 20.
216 Baume & Papodopoulos 2018, p. 179.
217 Robbe 2019, p. 362.

te beginnen: dit varieert al naar gelang de aard van het schaarse recht. Bij het verlenen van een vergunning heeft de overheid doorgaans geen financieel belang. De kosten van het optuigen van een transparante verdeelprocedure worden dus niet terugverdiend. Het kan wel zo zijn dat een vergunninghouder wordt geselecteerd die meer maatschappelijke waarde toevoegt, maar dat is lastig op geld te waarderen. Daarvoor is overigens wel weer noodzakelijk dat de procedure de betreffende partij ook selecteert. Een vergelijkende toets is dus sowieso nodig, en wederom moet het criterium dat alle voorwaarden duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn onverkort worden toegepast. Is dat niet het geval, dan gaan de transactiekosten voor gegadigden omhoog en gaat het voordeel weer verloren. Bij loten en verdeling op volgorde van binnenkomst is er geen voordeel qua efficiëntie. Dergelijke procedures brengen kosten met zich mee voor verdelende bestuursorganen en gegadigden, en er staan geen additionele baten tegenover. Bij subsidies is wellicht wel een financieel voordeel te behalen: een vergelijkende toets kan leiden tot meer waar voor overheidsgeld, en ook selecteren op laagste prijs is denkbaar, waarbij de subsidie wordt verleend aan die partij die met het laagste bedrag genoegen neemt om de gewenste activiteit uit te voeren. Ook voor subsidies geldt dat aselecte transparante verdeelprocedures alleen maar geld kosten, terwijl er weinig tot geen baten tegenover staan, en wederom moet onverkort worden vastgehouden aan het criterium dat voorwaarden duidelijk, ondubbelzinnig en precies moeten zijn. Zo niet, dan lopen de transactiekosten voor geïnteresseerden op, met alle problemen van dien. Transparante verdeelprocedures kunnen dus efficiënter zijn, maar dat is zeker geen gegeven. De uitbreiding van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn naar interne situaties verergert de problemen rond efficiëntie. Daarmee is het strenge regime voor de verdeling van schaarse vergunningen nu ook van toepassing op vergunningen die niet zo'n hoge waarde vertegenwoordigen, en waar geen geïnteresseerden uit andere lidstaten zijn. De kosten van een vergelijkende toets zijn dan moeilijk te rechtvaardigen. De kosten wegen niet op tegen het te verwachten voordeel, en dus nemen bestuursorganen hun toevlucht tot aselecte procedures, met alle ellende en perverse effecten van dien.

Kijken we nog even terug naar het aanbestedingsrecht, dan zien we dat de verplichting een transparante competitieve procedure te organiseren geheel vervalt voor gevallen waarin dat duidelijk niet efficiënt is. Dergelijke opdrachten mogen op basis van artikel 32 Aanbestedingsrichtlijn dan ook onderhands verleend worden. Dat betekent niet dat willekeur en favoritisme ineens vrij spel hebben: de opdracht moet nog steeds openbaar gemaakt worden, aldus artikel 50 Aanbestedingsrichtlijn, en artikel 83 verplicht lidstaten te controleren of de regels daadwerkelijk worden nageleefd. Op basis van lid 3 van dat artikel moet iedere drie jaar gerapporteerd worden aan de Commissie, en die rapportage moet ook beschikbaar worden gesteld aan het publiek. Van de aanbestedingsprocedure zelf moet bovendien steeds een proces-verbaal worden opgemaakt.[218] Aanbestedende diensten moeten voldoende documentatie bijhouden om de besluiten in alle stadia van de aanbestedingsprocedure te kunnen motiveren, zoals documentatie over communicatie met ondernemers en interne beraadslagingen, het opstellen van de aanbestedingsstukken,

218 Art. 84 Aanbestedingsrichtlijn.

eventuele dialoog of onderhandelingen en selectie en gunning van de opdracht. De documentatie wordt ten minste gedurende drie jaar bewaard vanaf de datum van gunning van de opdracht. Zo'n proces-verbaal moet op verzoek aan de nationale toezichthouder of de Commissie beschikbaar worden gesteld.[219] Het is daardoor achteraf goed te controleren of een aanbestedende dienst terecht van deze uitzondering gebruik heeft gemaakt.

6.4 Op welke punten schiet het verdelingsrecht tekort?

Anders dan in hoofdstuk 5 reflecteert het verdelingsrecht de inzichten over de transparante verdeling van schaarse rechten niet. Rechten worden nu gealloceerd op een wijze die niet leidt tot het maximaliseren van maatschappelijke waarde, die geïnteresseerden tekort doet, en die tot hoge kosten voor verdelende bestuursorganen leidt, vaak zonder dat daar veel van waarde tegenover staat.

De kans tegen redelijke kosten de beste gegadigde te selecteren is vanzelfsprekend niet groot bij een aselecte verdeelprocedure. Bij selectieve procedures kan dat wel, maar het is niet eenvoudig en dus kostbaar. De inspanningen die vereist zijn om dit doel te bereiken wegen naar verwachting lang niet altijd op tegen de baten. Het verdelende bestuursorgaan is daarnaast lang niet altijd in staat te bepalen hoe die beste gegadigde er dan uit ziet, zowel omdat het moeite heeft de eigen doelstellingen in voldoende scherpe criteria te vertalen, alsook omdat het hem aan inzicht in de behoeften van eindgebruikers ontbreekt. In dergelijke gevallen is de verleiding groot terug te grijpen op aselecte procedures of onduidelijke criteria.

Transparante verdeelprocedures bieden gelijke kansen, maar alleen in de zin dat iedereen een kans heeft deel te nemen aan de verdeelprocedure. De mogelijkheden die kans ook daadwerkelijk te grijpen zijn niet gelijk verdeeld. Helaas kan dat ertoe leiden dat de in theorie meest gekwalificeerde gegadigde niet deelneemt aan de procedure. Met name het mkb wordt op achterstand gesteld, omdat het minder administratieve en financiële capaciteit heeft. Het aanbestedingsrecht erkent dit probleem en ontwikkelt instrumenten om het mkb te ondersteunen, maar in het algemene verdelingsrecht ontbreken die. Mogelijk zijn er wel voordelen voor geïnteresseerden uit andere lidstaten en draagt transparant verdelen bij aan het openen van markten. Binnen de nationale context komt aan dit belang echter weinig gewicht toe. Loten is voor het realiseren van gelijke kansen nog minder geschikt dan een vergelijkende toets. Het aanbestedingsrecht kent een dergelijke procedure dan ook niet, maar in het algemene verdelingsrecht is ze naar geldend recht gewoon toegestaan. Sterker nog, het gebrek aan flexibiliteit in dat verdelingsrecht leidt ertoe dat bestuursorganen hun toevlucht nemen tot loting omdat het ondoenlijk is duidelijke, precieze en ondubbelzinnige voorwaarden en selectiecriteria op te stellen.

Het verdelingsrecht erkent daarnaast onvoldoende dat een niet-transparante procedure zonder mededingingsruimte niet per definitie in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, het gaat erom dat er geen informatievoorsprong is voor bepaalde partijen. Als het bestuursorgaan niet per se de vergunningen wil uitgeven kan het dus in

219 Art. 84 lid 3 Aanbestedingsrichtlijn.

beginsel rustig afwachten zonder dat enig belang wordt geschaad. Iedereen heeft dan een gelijke kans te informeren naar de beschikbaarheid van een recht en de voorwaarden waaronder het verkregen kan worden.

Transparante verdeelprocedures kunnen bijdragen aan het voorkomen van favoritisme en willekeur. Het huidige verdelingsrecht slaagt daar wat betreft favoritisme vrij goed in. Maar loting leidt per definitie tot willekeur. Daarnaast geldt dat hoe vager de selectiecriteria zijn, hoe meer ruimte er is voor favoritisme en willekeur. Ook daarom is het verontrustend dat de Afdeling het criterium van 'duidelijk, precies, en ondubbelzinnig' lijkt te hebben ingeruild voor 'voldoende richtinggevend.' Toch is dit geen echt punt van zorg: voor het voorkomen van favoritisme en willekeur is met name transparantie achteraf belangrijk. Dergelijke transparantie maakt het ook mogelijk te controleren of overheden zich aan de regels houden. In het aanbestedingsrecht zijn extra ex-posttransparantieverplichtingen opgenomen die garanderen dat ook wanneer minder transparante aanbestedingsprocedures worden gebruikt controle achteraf mogelijk is en het risico op willekeur en favoritisme zo veel mogelijk wordt voorkomen. Dat transparantie pas achteraf wordt geboden, betekent overigens niet dat er geen preventieve werking van uitgaat. Als een verdelend bestuursorgaan weet dat onoorbaar gedrag aan het licht zal komen, voorspelt de literatuur dat het zich alleen daarom al beter zal gedragen.

De relatie tussen transparantie en efficiëntie is tweeledig. Enerzijds zijn er kosten verbonden aan transparante procedures, anderzijds kunnen ze tot kostenbesparingen leiden. In het aanbestedingsrecht hoeft geen of minder transparantie te worden geboden wanneer de kosten van transparante procedures niet opwegen tegen de baten. In het algemene verdelingsrecht ontbreekt een dergelijke afweging. Transparante procedures zijn ook verplicht als dat tot kosten leidt voor verdelende bestuursorganen en geïnteresseerde partijen zonder dat daar baten tegenover staan. Ook loten is uit efficiëntieoogpunt niet aan te bevelen. De kosten voor de overheid nemen weliswaar af ten opzichte van verdeling door middel van een vergelijkende toets, maar gegadigden moeten mogelijk meer kosten maken om een vergunning te verwerven omdat zij geen invloed kunnen uitoefenen op de uitkomst. Hetzelfde geldt voor compromissen wat betreft de duidelijkheid van de gecommuniceerde informatie. Dat leidt in eerste instantie weliswaar tot lagere kosten voor het verdelende bestuursorgaan, maar die kosten worden afgewenteld op gegadigden. Bovendien neemt het risico toe dat niet de beste gegadigde wordt geselecteerd.

Een transparante vergelijkende toets is dus soms te rechtvaardigen, maar alleen als de baten van een dergelijke procedure opwegen tegen de kosten én het bestuursorgaan in staat is zijn wensen om te zetten in duidelijke, precieze, ondubbelzinnige voorwaarden en criteria. Soms is een tussenoplossing nodig, waarbij bestuursorganen de mogelijkheid wordt geboden te onderhandelen en in samenspraak met geïnteresseerden de criteria nader aan te scherpen. Dat is beter dan het hanteren van vage criteria, wat uiteindelijk voor iedereen nadelig is. Soms ook wegen de kosten van een vergelijkende toets niet op tegen de baten. In die gevallen ligt een niet-transparante verdeling à la onderhandse gunning van aanbestedingsopdrachten voor de hand. Voor het beginsel van gelijke kansen is dat niet zo problematisch als soms wordt gedacht, als bestuursorganen maar niet, zoals gebeurde in de Vlaardingse speelautomatenhal, een voorkeursbehandeling geven aan bepaalde partijen.

Loting daarentegen is bijzonder problematisch. Het zorgt er niet voor dat de beste partij wordt geselecteerd, het is problematisch vanuit het oogpunt van gelijke kansen, en het is inefficiënt. Er staan nauwelijks baten tegenover de kosten die met het organiseren van, en openbaarheid geven aan, een loterij zijn gemoeid. In het aanbestedingsrecht is loten een *no-go*, maar ook buiten die context toont het Hof van Justitie zich kritisch over loting.[220] In *Bressol* sprak het Hof zich uit over een beperking van het aantal niet-Belgische studenten dat zou worden toegelaten tot een medische studie, in het belang van de volksgezondheid. Het Hof zegt weliswaar niet met zoveel woorden dat loten niet mag, maar geeft wel aan de verwijzende rechter mee dat die dient te beoordelen of een loting wel noodzakelijk is om het beoogde doel van de regeling te realiseren. Hoe een loting meer bijdraagt aan het beschermen van de volksgezondheid dan een verdeelmethode waarin rekening wordt gehouden met de capaciteiten van de betrokken studenten, waarvoor het Hof een voorkeur uitspreekt, valt lastig in te zien.

Een en ander gaat ervan uit dat we de waarden accepteren die aan het Europeesrechtelijke kader voor de verdeling van schaarse rechten ten grondslag liggen. Dat kader is immers niet waardevrij. Er ligt wel degelijk een opvatting in besloten over wie een schaars recht zou moeten bemachtigen, namelijk degene die tegen de laagste kosten het best tegemoet kan komen aan de wensen van het verdelende orgaan. Daartoe moeten markten geopend, gelijke kansen geboden, en integriteit gegarandeerd worden. Delen we die opvatting, dan kunnen we alleen maar concluderen dat het huidige verdelingsrecht er maar matig in slaagt die waarden te realiseren.

Zien we het anders, dan rijst de vraag wat wij naar nationaal recht dan beogen met de verdeling van schaarse rechten. Is dat niet meer dan het formeel bieden van gelijke kansen, ook al resulteert dat er feitelijk in dat sommige partijen nu minder kans maken een recht te bemachtigen, zonder dat daar een overtuigende reden voor te vinden is? Die bovendien tot hogere maatschappelijke kosten leiden, zowel voor gegadigden als voor de overheid? Die de overheid ervan weerhouden langetermijnrelaties met rechthebbenden op te bouwen, die ertoe kunnen leiden dat partijen elkaar over en weer gaan vertrouwen, en rechthebbenden leren beter tegemoet te komen aan de noden van de overheid? Het zou kunnen, maar het lijkt mij dat er op die manier iets te veel gewicht wordt toegekend aan het beginsel van gelijke kansen.

Het is dus nodig dat de wetgever actie onderneemt om te verduidelijken wanneer een transparante verdeling van schaarse rechten *niet* is vereist. Dat kan bijvoorbeeld zo zijn bij schaarse vergunningen die niet per se verdeeld hoeven te worden, die een geringe waarde vertegenwoordigen. In algemene zin is zou transparantie niet vereist moeten zijn, wanneer de kosten voor het optuigen van een vergelijkende toets niet opwegen tegen het te verwachten voordeel van die procedure. Het gelijkheidsbeginsel legt daarbij nauwelijks gewicht in de schaal, omdat weliswaar formeel gelijke kansen worden geboden, maar in de praktijk de barrières om deel te nemen aan de procedure vooral verschoven worden naar partijen met minder financiële en administratieve capaciteit. Indien gewenst kunnen extra verantwoordingsmechanismen worden ingevoerd om willekeur en favoritisme te voorkomen, zoals

220 HvJ EU 13 april 2010, C-73/08, ECLI:EU:C:2010:181 (*Bressol*).

de verplichting een proces-verbaal op te maken van alle beslissingen die genomen zijn in de aanloop naar het besluit een schaars recht toe te kennen. Ik denk echter dat de algemene motiveringsplicht prima volstaat. Verder moet er terstond een verbod komen op loten, dat onder het mom van een eenvoudige manier gelijke kansen te verzekeren, potentieel geïnteresseerden op kosten jaagt waarna ze vervolgens aan volstrekte willekeur worden onderworpen. Het criterium dat alle voorwaarden en modaliteiten van verdeelprocedures duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn, moet bij vergelijkende toetsen dwingend worden voorgeschreven. Waar dat onmogelijk is, moet ruimte worden geboden voor bestuursorganen om die voorwaarden en modaliteiten in samenwerking met gegadigden verder uit te werken, zoals in het aanbestedingsrecht gebruikelijk is.

Een alternatieve optie is overigens om het verdelen van schaarse rechten aan de markt over te laten. Dat kan door vergunningen verhandelbaar te maken. Deze oplossing, die voor emissierechten realiteit is, garandeert marktwerking. Wie een vergunning wil bemachtigen kan een zittende vergunninghouder benaderen, en proberen de vergunning van hem te kopen. Als de waarde voor de geïnteresseerde partij groter is dan de waarde voor de zittende partij, zouden zij tot een vergelijk moeten kunnen komen. Deze optie is niet uitgebreid onderzocht, maar zou wel potentieel kunnen hebben. Ik raad aan de mogelijkheid verder te onderzoeken.[221]

221 Zie over dit onderwerp Neerhof 2011. Neerhof bespreekt verschillende manieren waarop schaarse rechten kunnen worden overgedragen, maar gaat niet in op de vraag wat de consequenties zijn voor het realiseren van de doelstellingen van verdelingsrecht.

7 Conclusie: transparantie als toverwoord verhult onderliggende waardenconflicten

In hoofdstuk 1 van dit preadvies werd de vraag gesteld in hoeverre het recht de inzichten reflecteert over de mate waarin en de wijze waarop transparantie bijdraagt aan het realiseren van publieke waarden. De literatuur laat zien dat het niet zo zeer transparantie in brede zin is die bijdraagt aan het realiseren van allerhande juridische desiderata, maar dat het zinvoller is te kijken naar de effecten van concrete transparantieverplichtingen. Dan ontstaat het beeld dat transparantie weliswaar velerlei positieve effecten kan hebben, maar dat het sterk afhangt van de precieze transparantieverplichting welke effecten optreden, en misschien nog wel meer van de context waarin die transparantieverplichting wordt uitgevoerd. Transparantie draagt soms wel, maar soms ook niet bij aan het faciliteren van democratie, vertrouwen in de overheid, efficiëntie in de overheidsuitgaven, en het bestrijden van corruptie en willekeur.

Als een transparantiemaatregel bijdraagt aan alle in hoofdstuk drie besproken belangen, is de keuze snel gemaakt. Vanzelfsprekend moet dan transparantie betracht worden. Maar als sommige van die belangen gebaat zijn bij transparantie, en andere er door geschaad worden, is die keuze minder vanzelfsprekend. Er moet dan nagedacht worden over hoe met die spanning wordt omgegaan. Als we als juristen transparantie te veel als tovermiddel zouden zien, zou dat leiden tot verkeerde keuzes. Belangen die door transparantie geschaad worden, raken dan ondergesneeuwd. Je zou kunnen zeggen dat transparantie als toverwoord onderliggende waardenconflicten verhult. Anderzijds leidt ook een te eenzijdige nadruk op één aspect of effect van transparantie tot onwenselijke uitkomsten, omdat dan niet alle relevante belangen worden meegewogen bij het beantwoorden van de vraag of en op welke wijze transparantie moet worden betracht.

De juridische vertaling van inzichten over transparantie leidt niet altijd tot problemen. Uit hoofdstuk 5 blijkt dat het recht niet naïef is over de verhouding tussen transparantie en vertrouwen, al zou men op basis van het politieke debat soms anders vermoeden. Het recht toont bewustzijn dat transparantie soms het vertrouwen in de overheid zou kunnen schaden. Dat is alleen geen reden ervan af te zien, althans, niet waar het gaat om informatie die door de overheid wordt geopenbaard die het vertrouwen *van het publiek in de overheid* zou kunnen schaden. Informatie waarvan openbaarmaking het vertrouwen schaadt in andere partijen, hoeft mogelijk niet openbaar gemaakt te worden. Daar volgt een belangenafweging, en als het belang van openbaarheid niet opweegt tegen de schade die wordt toegebracht aan die andere partij, kan een informatieverzoek geweigerd worden. Ook kan informatie

geweigerd worden wanneer openbaarmaking zou leiden tot beschadiging van het vertrouwen van partijen waarmee de overheid een bijzondere relatie onderhoudt. Ook dan is het overigens niet zozeer het vertrouwen op zich dat van belang is, maar veeleer de consequenties van vertrouwensverlies. Partijen zouden terughoudender kunnen worden met het verstrekken van informatie aan een overheid die zij onbetrouwbaar achten. Dat is nadelig voor het realiseren van andere doelen. Verstrekken zij geen informatie meer aan toezichthouders, dan komt de effectiviteit van het toezicht in gedrang. Vrezen onderzoekers dat door toedoen van de overheid gevoelige onderzoeksgegevens op straat komen te liggen, dan zal de overheid minder gedegen informatie hebben om haar besluiten op te baseren. Zodoende is op dit punt sprake van een voldoende genuanceerde benadering. De vrees van bestuurskundigen die empirisch de effecten van transparantie onderzoeken dat transparantie aan gewicht zal verliezen als duidelijk wordt dat het niet altijd bijdraagt aan het vertrouwen in de overheid lijkt niet gegrond. Dit feit is immers al verdisconteerd in het recht.

Deze blijde conclusie gaat echter niet altijd op. De huidige regels over de verdeling van schaarse rechten lijken gebaseerd op de gedachte dat transparante verdeelprocedures voordelig zijn voor de overheid, voor gegadigden, en voor het publiek. Gegeven die gedachte is het niet vreemd dat er maar heel weinig ruimte is om uitzonderingen te maken op de plicht schaarse rechten transparant te verdelen. Er doet zich echter een drietal problemen voor. De aannames over de voordelen van transparante verdeelprocedures kloppen niet altijd. De verdeling van bijvoorbeeld schaarse vergunningen verschilt op belangrijke punten van aanbestedingsprocedures. Wat in het aanbestedingsrecht werkt, werkt daarbuiten niet noodzakelijk op dezelfde manier. Daarnaast is ook in het aanbestedingsrecht duidelijk dat transparante verdeelprocedures niet voor iedereen gunstig zijn. Dat feit is genoegzaam bekend en is verdisconteerd in het aanbestedingsrecht, dat bijvoorbeeld maatregelen stimuleert om de nadelige gevolgen van openbaar aanbesteden voor het mkb te compenseren. Dergelijke mechanismen ontbreken in het algemene verdelingsrecht. Het is onduidelijk hoe zulke maatregelen vormgegeven zouden moeten worden om te voorkomen dat ze afketsen op het gelijkheidsbeginsel. Ten slotte is transparantie alleen vaak niet voldoende om die voordelen te realiseren: ook andere factoren spelen een rol. Aan de min of meer geïsoleerde transparantieverplichting die voortvloeit uit het gelijkheidsbeginsel zou daarom bij de verdere rechtsontwikkeling minder gewicht moeten toekomen dan momenteel het geval is. De nadelige gevolgen van transparante verdeelprocedures zouden juist meer aandacht moeten krijgen. Daarbij moet bovendien in ogenschouw worden genomen dat de voordelen die wel degelijk kleven aan transparante verdeelprocedures in ieder geval voor een deel ook op andere manieren zouden kunnen worden bereikt: door transparantie achteraf, of door democratische controle op het besluitvormingsproces. Ten slotte lijkt het verdelingsrecht te zijn vergeten dat transparantie over de beschikbaarheid van schaarse rechten wel *een* manier is om gelijke kansen te creëren, maar niet *de enige* manier. Dat steekt nog meer omdat in de praktijk niet alle geïnteresseerden dezelfde mogelijkheid hebben deel te nemen aan een transparante verdeelprocedure.

Op dit punt kunnen we, anders dan wanneer het gaat om de wijze waarop het recht omgaat met de relatie tussen transparantie en vertrouwen, dus niet op onze lauweren rusten. Het juist vormgeven van transparantieverplichtingen bij de verdeling van schaarse rechten vergt een interdisciplinaire benadering. Een ad-hocbenadering,

waarbij de bestuursrechter aan de hand van toevallige casus de regels nader nuanceert, lijkt mij niet te volstaan. Ook kan van bestuursorganen niet gevergd worden dat zij steeds de gevolgen overzien van de keuzes die zij maken bij de verdeling van schaarse rechten. Evenmin kan het aan hen worden overgelaten manieren te vinden om de nadelen van dergelijke procedures te compenseren terwijl onduidelijk is wat daar de juridische ruimte voor is. Er ligt dus bij uitstek een taak voor de wetgever in de verdere rechtsontwikkeling. Daar is ook ruimte voor. Zoals de Afdeling overwoog: 'De verplichting om mededingingsruimte te bieden, kan worden beperkt door het wettelijk voorschrift dat in de schaarse vergunning voorziet.'[222] Ook Wolswinkel ziet een rol voor de wetgever.[223] Wat hem betreft moet die de balans vinden tussen het bieden van houvast aan het verdelende bestuur, en het geven van voldoende vrijheid voor verdelingsmaatwerk.[224] Ik stel voor dat de wetgever in ieder geval aandacht moet geven aan de vraag wanneer een transparante verdeling van schaarse rechten *niet* is vereist. In algemene zin is dat het geval, wanneer de kosten voor het optuigen van een vergelijkende toets niet opwegen tegen het te verwachten voordeel van die procedure. Het gelijkheidsbeginsel legt daarbij nauwelijks gewicht in de schaal, maar indien gewenst kunnen extra verantwoordingsmechanismen worden ingevoerd om willekeur en favoritisme te voorkomen. Ik denk echter dat de algemene motiveringsplicht prima volstaat. Verder moet er terstond een verbod komen op loten, dat onder het mom van een eenvoudige manier om gelijke kansen te verzekeren, potentieel geïnteresseerden op kosten jaagt waarna ze vervolgens aan volledige willekeur worden onderworpen. Het criterium dat alle voorwaarden en modaliteiten van verdeelprocedures duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn, moet bij vergelijkende toetsen dwingend worden voorgeschreven. Waar dat onmogelijk is, moet ruimte worden geboden voor bestuursorganen om die voorwaarden en modaliteiten in samenwerking met gegadigden verder uit te werken, zoals in het aanbestedingsrecht gebruikelijk is.

Die optie is er niet wanneer het gaat om de verdeling van een schaarse vergunning die binnen de reikwijdte van het Unierecht, in het bijzonder de Dienstenrichtlijn, ligt. Dat is ongelukkig, en naar ik meen ook onbedoeld. Door de uitbreiding van de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn is die nu ook van toepassing in situaties waarin dat afbreuk doet aan de doelstellingen die zij beoogt te realiseren. Het is aan de Europese wetgever dit te corrigeren. Aan Nederland de schone taak daar in Brussel voor te pleiten.

Meer in algemene zin tonen de *case studies* aan dat bij het vormgeven van transparantieverplichtingen nauwgezet moet worden gelet op de te verwachten effecten. Dat vereist een interdisciplinaire benadering en een inspanning van de wetgever.

222 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, r.o. 8.
223 Wolswinkel 2017.
224 Wolswinkel 2017, p. 29.

8 Stellingen

1. Het inzicht dat transparantie veelal niet bijdraagt aan het vergroten van vertrouwen in de overheid leidt voor juristen niet tot een andere benadering van transparantie.
2. De wetgever moet duidelijk maken welke ruimte er is voor verdelende bestuursorganen om rechten onderhands, zonder voorafgaande bekendmaking, te verdelen.
3. Uit het beginsel van gelijke kansen vloeit logischerwijs geen verplichting voort om schaarse rechten transparant te verdelen, omdat een dergelijke procedure er niet toe leidt dat geïnteresseerde partijen dezelfde mogelijkheid hebben om aan de procedure deel te nemen en omdat alternatieve procedures niet per se tot ongelijke kansen leiden.
4. Voor de verdeling van schaarse rechten moet een alternatief komen analoog aan de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog, waarbij verdelende bestuursorganen in samenspraak met geïnteresseerde partijen selectie- en gunningscriteria kunnen aanscherpen.
5. Het door middel van loting verdelen van schaarse rechten zou per direct verboden moeten worden.

Literatuur

Abelson e.a. 2004
J. Abelson, F. Gauvin, M.P. MacKinnon & J. Watling, *Transparency, trust and citizen engagement*, Ottawa: Canadian Policy Research Networks Inc. 2004.

Adams & Broeren 2013
M. Adams & D. Broeren, 'Transparantie 2.0', *NJB* 2013/2121, p. 2500-2505.

Arrowsmith 2013
S. Arrowsmith, 'The Purpose of the EU Public Procurement Directives: Ends, Means and Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies', in C. Barnard, M. Gehring & I. Solane (red.), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14 (2011-2012), Oxford: Hart Publishing 2013, p. 1-47.

Arrowsmith 2018
S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement Volume 2: Regulation in the EU and the UK*, London: Sweet & Maswell 2018.

Arrosmith e.a. 2000
S. Arrowsmith, J. Linarelli & D. Wallace Jr., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2000.

Arroyo Jimenez & Fernandez-Bermejo 2016
L. Arroyo Jimenez & D.U. Fernandez-Bermejo, 'The allocation of limited public rights: an analytical and constitutional approach', in: P. Adriaanse, F. van Ommeren, W. den Ouden & J. Wolswinkel (red.), *Scarcity and the State I: The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge: Intersentia 2016, p. 27-54.

Ball 2009
C. Ball, 'What is Transparency?', *Public Integrity* 2009, nr. 4, p. 295-297.

Banisar 2006
D. Banisar, *Freedom of Information around the World*, Privacy International 2006.

Bari & Naz 2016
S. Bari & R. Naz, *Bangladesh RTI Act: A powerful tool against poverty*, 16 juni 2016, www.freedominfo.org/2016/06/bangladesh-rti-act-a-powerful-tool-against-poverty/.

Barnard 2019
C. Barnard, *The substantive law of the EU*, Oxford: Oxford University Press 2019.

Baume & Papadopoulos 2018
S. Baume & Y. Papadopoulos, 'Transparency: from Bentham's inventory of virtuous effects to contemporary evidence-based scepticism', *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 2018, nr. 2, p. 169-192.

Birkinshaw 2006
P. Birkinshaw, 'Transparency as a Human Right', in: Chr. Hood & D. Heald (red.), *Transparency, the Key to Better Governance?*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 47-58.

Van den Bos & Brenninkmeijer 2012
K. van den Bos & A.F.M. Brenninkmeijer, 'Vertrouwen in de wetgeving, de overheid, en de rechtspraak: De mens als informatieverwerkend individu', *NJB* 2012/2016, p. 1451-1457.

Bovens 2007
M.A.P. Bovens, 'Analysing and assessing Accountability: A conceptual framework', *European Law Journal* 2007, nr. 4, p. 447-468.

Buijze 2013a
A. Buijze, *The Principle of Transparency in EU Law* (diss. Utrecht), Universiteit Utrecht 2013.

Buijze 2013b
A. Buijze, 'The six faces of transparency', *Utrecht Law Review* 2013, nr. 3, p. 3-25.

Buijze 2016
A. Buijze, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBplus* 2016, nr. 4, p. 241-251.

Broeders e.a. 2013
D. Broeders, C. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst & M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, WRR-Verkenningen nr. 26, 2013.

Burchi 2011
F. Burchi, 'Democracy, institutions and famines in developing and emerging countries', *Canadian Journal of Development Studies* 2011, nr. 1, p. 17-31.

Chortareas e.a. 2011
G.E. Chortareas, D. Stasavage & G. Sterne, *Does it pay to be transparent?*, Bank of England Working Paper no. 143, 2001, p. 19-24.

Cook e.a. 2018
F.L. Cook, L.R. Jacobs & D. Kim, 'Trusting what you know: Information, knowledge, and confidence in social security', *The Journal of Politics* 2018, nr. 2, p. 397-412.

Craig 2018
P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Cucinello e.a. 2017
M. Cucciniello, G.A. Porumbescu & S. Grimmelikhuijsen, '25 years of transparency research: Evidence and future directions', *Public Administration Review* 2017, nr. 1, p. 32-44.

Curtin 2000
D.M. Curtin, 'Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital passepartout?', *Common Market Law Review* 2000, nr. 1, p. 7-41.

Curtin 2009
D.M. Curtin, *Executive Power of the European Union. Law, Practices and the Living Constitution*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Curtin & Meijer 2006
D.M. Curtin & A. Meijer, 'Does Transparency Strengthen Legitimacy?', *Information Policy* 2006, p. 109-122.

Daalder 2018
E.J. Daalder, 'Leidt de Wet open overheid tot meer openbaarheid en transparantie voor de burger?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu ... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 301-319.

Drahmann 2015
A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden) (Meijersreeks), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Drahmann 2020
A. Drahmann, 'Het veilen van schaarse vergunningen door gemeentebesturen: een verkenning van twee mogelijke belemmeringen', NTB 2020/173, p. 386-397.

Etzioni 2010
A. Etzioni, 'Is Transparency the Best Disinfectant?', *The Journal of Political Philosophy* 2010, nr. 4, p. 389-398.

Europese Commissie 2001
European Commission, European Governance – a White Paper, *PbEU* 2001, C 287/1-29, 12 oktober 2001.

Van der Feltz 2011
G.C.W. van der Feltz, 'Openbaarheid van overheidsinformatie: onbetaalbaar goed', Gst. 2011/2, p. 4-13.

De Fine Licht 2011
J. de Fine Licht, 'Do we really want to know? The potentially negative effect of transparency in decision making on perceived legitimacy', *Scandinavian Political Studies* 2011, nr. 3, p. 183-201.

Franzen e.a. 2020
N. Franzen, A. Ziegler, G. Romagnoli, V.P. Retèl, T.J. Offerman & W.H. van Harten, 'Affordable Prices Without Threatening the Oncological R&D Pipeline – An Economic Experiment on Transparency in Price Negotiations', *Cancer Research Communications* 2020, nr. 1, p. 49-57.

Gianotten 2019
H.J. Gianotten, *Schaarse vergunningen op de markt. Een onderzoek naar de gevolgen*, Capelle aan den IJssel: Garma 2019.

Giessen 2015
I. Giessen, *Asser Procesrecht 1: Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Grimmelikhuijsen 2012a
S. Grimmelikhuijsen, 'A good man but a bad wizard. About the limits and future of transparency of democratic governments', *Innovation and the Public Sector* 2012, nr. 3-4, p. 293-302.

Grimmelikhuisen 2012b
S. Grimmelikhuijsen, 'Linking transparency, knowledge and citizen trust in government: An experiment', *International Review of Administrative Sciences* 2012, nr. 1, p. 50-73.

Grimmelikhuijsen 2012c
S.G. Grimmelikhuijsen, *Transparency and trust. An experimental study of online disclosure and trust in government* (diss. Utrecht), Universiteit Utrecht 2012.

Grimmelikhuijsen e.a. 2020
S.G. Grimmelikhuijsen, S.J. Piotrowski & G. van Ryzin, 'Latent transparency and trust in government: Unexpected findings from two survey experiments', *Government Information Quarterly* 2020, nr. 4, 101497.

Grimmelikhuijsen e.a. 2013
S. Grimmelikhuijsen, G. Porumbescu, B. Hong & T. Im, 'The effect of transparency on trust in government: A cross-national comparative experiment', *Public administration review* 2013, nr. 4, p. 575-586.

Grimmelikhuijsen & Meijer 2014
S.G. Grimmelikhuijsen & A. Meijer, 'Effects of transparency on the perceived trustworthiness of a government organization: Evidence from an online experiment', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2014, nr. 1, p. 137-157.

Hardy & Verboeket 2019
E.M.J. Hardy & L.W. Verboeket, 'Prematuur over het primaat', *NTB* 2019/35, p. 114-118.

Haverkort & Broesterhuizen 2013
L. Haverkort & A. Broesterhuizen, 'Een boeiend intermezzo: Aanbestedingswet 2012 (Deel II)', *Bouwrecht* 2013, afl. 5, p. 328-339.

Heald 2006
D. Heald, 'Varieties of Transparency', in: Chr. Hood & D. Heald (red.), *Transparency, the Key to Better Governance?*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 25-46.

Hebly & Pellegrom 2020
J.M. Hebly & B.J.A. Pellegrom, 'De ACM in het aanbestedingrecht: toezicht naast boete', in: C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, H.B.Krans & A. Wissink, *Sluitertijd.* Reflecties op het werk van Jaap Hijma, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 373-388.

Hins & Voorhoof 2007
W. Hins & D. Voorhoof, 'Access to State-Held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights, *European Constitutional Law Review* 2007, p. 114-122.

Hood 2006
C. Hood, 'Transparency in Historical Perspective', in: C. Hood & D. Heald (red.), *Transparency: the Key to Better Government?*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 3-24.

Houweling & Tonino 2020
M.S. Houweling & B.T. Tonino, 'Inschrijfkosten gaan voor de baat uit', *TBR* 2020/16, p. 98-106.

Huijbers 2019
H.S. Huibers, 'Verslag wetenschappelijke vergadering NVvA', *TAAN* 2019/4.

Islam 2003
R. Islam, *Do more transparent governments govern better?*, World Bank policy research working paper, World Bank Institute, Poverty Reduction and Economic Management Division 2003.

Kaufmann & Bellver 2005
D. Kaufmann & A. Bellver, *Transparenting transparency: Initial empirics and policy applications*, 2005, beschikbaar via SSRN 808664.

Kierkegaard 2009
S. Kierkegaard, 'Open access to public documents – More secrecy, less transparency!', *Computer Law and Security Review* 2009, nr. 1, p. 3-27.

Klemperer 2018
P. Klemperer, *Auctions: Theory and Practice*, New Jersey: Princeton University Press 2018.

Kuijken 2021
W. Kuijken, *Schurende korrels: Rapportage over integriteit, rolvastheid en ambtelijk vakmanschap in de casus granuliet*, Ministerie van IenW, 21 november 2021.

Loader 2013
K. Loader, 'Is public procurement a successful small business support policy? A review of the evidence', *Environment and Planning C: Politics and Space* 2013, nr. 1, p. 39-55.

Mabilard & Pasquier 2016
V. Mabillard & M. Pasquier, 'Transparency and trust in government (2007-2014): A comparative study', *NISPAcee Journal of Public Administration and Policy* 2016, nr. 2, p. 69-92.

Malsch 2013
M. Malsch, 'Een transparanter rechtssysteem in Nederland? Mogelijkheden en onmogelijkheden van meer openbaarheid', in: D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst & M. Sax (red.), *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2013, p. 265-296.

Mansbridge 2009
J. Mansbridge, 'A "selection model" of political representation', *Journal of Political Philosophy* 2009, nr. 4, p. 369-398.

Matheus & Janssen 2020
R. Matheus & M. Janssen, 'A systematic literature study to unravel transparency enabled by open government data: The window theory', *Public Performance & Management Review* 2020, nr. 3, p. 503-534.

Meijer 2007
A. Meijer, 'Does transparency lead to more compliance?' *Eur. Food & Feed L. Rev.* 2007, nr. 5, p. 264-269.

Meijer e.a. 2010
A. Meijer, G.J. Brandsma & S. Grimmelikhuijsen, 'Transparantie als fictieve verantwoording', *Bestuurswetenschappen* 2010, nr. 4, p. 8-27.

Molina 2011
A. Molina, 'Modernisering van de aanbestedingsrichtlijnen', NJB 2011/2051, p. 2724-2726.

Morgeson e.a. 2011
F.V. Morgeson III, D. VanAmburg & S. Mithas, 'Misplaced trust? Exploring the structure of the e-government-citizen trust relationship', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2011, nr. 2, p. 257-283.

Munneke 2008
S.A.J. Munneke, 'Intern beraad: ramen open of deuren dicht? De bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen in de Wet openbaarheid van bestuur en de Britse Freedom of Information Act', *Gst.* 2008/124, p. 609-620.

Mutabazi 2014
S. Mutabazi, *Access to Information as a tool for the sustainable development of road in Uganda*, 11 december 2014, www.freedominfo.org/2014/12/uganda.

O'Neill 2006
O. O'Neill, 'Transparency and the Ethics of Communication', in: Chr. Hood & D. Heald (red.), *Transparency: the Key to Better Government?*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 75-89.

O'Neill 2002
O. O'Neill, *A question of trust: The BBC Reith Lectures 2002*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.

Neerhof 2011
A.R. Neerhof, 'Overgang van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 323-359.

Pellegrom & Drahmann 2021
B.J.A. Pellegrom & A. Drahmann, 'Eerlijk zullen we alles (ver)delen: Kan een meervoudig onderhandse procedure een relevante verdeelmethode zijn voor de verdeling van schaarse vergunningen?', *Gst.* 2021/25, p. 366-376.

Politt & Hupe 2011
C. Pollitt & P. Hupe, 'Talking about government: The role of magic concepts', *Public management review* 2011, nr. 5, p. 641-658.

De Poorter 2020
J. de Poorter, 'De rol van empirische assumpties in de rechtsvorming door de hoogste (bestuurs)rechters', *NJB* 2020/2567, p. 2906-2915.

Porumbeschu 2015
G.A. Porumbescu, 'Using transparency to enhance responsiveness and trust in local government: can it work?', *State and Local Government Review* 2015, nr. 3, p. 205-213.

Prat 2016
A. Prat, 'The more closely we are watched, the better we behave?', in: Chr. Hood & D. Heald (red.), *Transparency, the Key to Better Governance?*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 91-106.

Prechal 2008
S. Prechal, 'De emancipatie van het algemene transparantiebeginsel', *SEW* 2008, afl. 9, p. 316-322.

Prechal & De Leeuw 2007
S. Prechal & M. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: the Building Blocks of a New Legal Principle', *REAL* 2007, nr. 1, p. 51-61.

Prechal & Widdershoven 2017
S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

ROB 2012
Raad voor het openbaar bestuur, *Gij zult openbaar maken, naar een volwassen omgang met overheidsinformatie*, Den Haag 2012.

Robbe 2019
T.H.G. Robbe, 'Hoe verdeel je een chocoladetaart?', *NTB* 2019/35, p. 357-364.

Roberts 2006
A. Roberts, *Blacked Out: Government Secrecy in the Information Age*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

Sas Institute 2022
SAS Institute, 'Wat brengt 2022? Het toverwoord is transparantie', *Binnenlands Bestuur* (digitaal), www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/vooruitblik-op-2022-data-wordt-steeds-belangrijker.

Savage 2006
J.D. Savage, 'Member-State Budgetary Transparency in the Economic and Monetary Union', in: Chr. Hood & D. Heald (red.), *Transparency, the Key to Better Governance?*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 145-164.

Schlössels & Zijlstra 2017
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van der Sloot 2015
B. van der Sloot, 'Van openbaarheid naar hergebruik van overheidsinformatie', *NJB* 2015/1788, p. 2537-2543.

Van der Sluis 2021
C.N. van der Sluis, 'De Wet open overheid in de gemeentelijke praktijk; wat brengt de novelle? (deel III)', *Gst.* 2021/77.

Van der Sluis 2017
C.N. van der Sluis, 'Openbaarheid van overheidsinformatie en bescherming van de privacy: De Wet openbaarheid van bestuur en de Wet open overheid bezien vanuit privacy-oogpunt', *Gst.* 2017/131.

Stake 2016
J. Stake, 'Evaluating quality or lowest price: consequences for small and medium-sized enterprises in public procurement', *The Journal of Technology Transfer* 2016, nr. 5, p. 1143-1169.

Stasavage 2006
D. Stasavage, 'Does Transparency Make a Difference?', in: Chr. Hood & D. Heald (red.), *Transparency, the Key to Better Governance?*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 165-179.

Stiglitz 2009
J.E. Stiglitz, *Selected Works of Joseph E. Stiglitz*, Vol. 1, Oxford: Oxford University Press 2009.

Tienhaara 2020
K. Tienhaara, 'Beyond accountability: Alternative rationales for transparency in global trade politics', *Journal of Environmental Policy & Planning* 2020, nr. 1, p. 112-124.

Tolbert & Mossberger 2006
C.J. Tolbert & K. Mossberger, 'The effects of e-government on trust and confidence in government', *Public administration review* 2006, nr. 3, p. 354-369.

Torvatn & De Boer 2017
T. Torvatn & L. de Boer, 'Public procurement reform in the EU: start of a new era?', *IMP Journal* 2017, nr. 3, p. 27-30.

Van der Veldt & Kesseboom 2017
B. van der Veldt & J. Kesseboom, *Welke doelstellingen kan een aanbesteder nastreven bij een aanbesteding?*, https://rwv.nl/nieuws/2017/01/welke-doelstellingen-kan-een-aanbesteder-nastreven-bij-een-aanbesteding.

Vesterdorf 1998
B. Vesterdorf, 'Transparency, Not Just a Vogue Word', *Fordham International Law Journal* 1998, nr. 3, p. 902-929.

Webb e.a. 2017
J. Webb, C. Excell & R. Petersen, *Protecting Forests With Freedom of Information Laws*, 23 maart 2017, www.freedominfo.org/2017/03/protecting-forests-freedom-information-laws/.

Wildemors & Wolswinkel 2019
R.G.J. Wildemors & C.J. Wolswinkel, 'Inbesteding bij schaarse vergunningen? Institutionele excepties op de transparantieverplichting', *NtEr* 2019/3-4, p. 119-127.

Witteveen 2012
W. Witteveen, 'Transparante rechters', *NJB* 2012/1817, p. 2193-2194.

Wolswinkel 2014
C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publiekrechtelijke rechten. Een algemeen leerstuk gerelativeerd', *NTB* 2014/7, afl. 2/3, p. 58-66.

Wolswinkel 2017
C.J. Wolswinkel, 'De rollen van de wetgever bij de verdeling van schaarse vergunningen', *RegelMaat* 2017, afl. 1, p. 6-30.

Wolswinkel 2020
C.J. Wolswinkel, 'Lang leve de veiling! De betekenis van de Nobelprijs voor de Economie voor juristen', *NJB* 2020/2897, p. 3235-3236.

Wyatt 2018
D. Wyatt, *The Many Dimensions of Transparency: A Literature Review*, Helsinki Legal Studies Research Paper No. 53, 2018, beschikbaar via SSRN 3213821.

De Wet open overheid is slechts een tussenstap

Een preadvies over mogelijkheden tot verbetering van de openbaarheid van overheidsinformatie

Mr. dr. A. Drahmann[*]

1	**Inleiding**	**73**
2	**Wat is het nut van de openbaarheid van overheidsinformatie?**	**76**
2.1	Inleiding	76
2.2	Een recht op informatie	76
2.3	De keerzijde van het recht op informatie	79
2.4	Wie moet informatie openbaar maken?	81
2.5	Wie kan er een beroep doen op het recht op informatie?	84
2.6	Tussenconclusie	86
3	**De informatiehuishouding van de overheid**	**88**
3.1	Inleiding	88
3.2	Juridisch kader voor het bewaren van overheidsinformatie	89
3.2.1	De Wob en de Woo	89
3.2.2	De AVG	90
3.2.3	De Archiefwet	91
3.2.4	Tussenconclusie	95
3.3	Twee praktijkvoorbeelden: de toeslagenaffaire en de coronafiles	95
3.3.1	De toeslagenaffaire	95
3.3.2	De coronafiles	97
3.3.3	Tussenconclusie	99
3.4	Oplossingen om de informatiehuishouding op orde te krijgen	99
3.4.1	Actieplannen en meerjarenplannen	99
3.4.2	Regeringscommissaris	100
3.4.3	Adviescollege O&I	101
3.5	Tussenconclusie	102

[*] Annemarie Drahmann is universitair hoofddocent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Dit preadvies is afgerond op 1 februari 2022.

4 Actieve openbaarmaking 104
4.1 Inleiding 104
4.2 Van Wob naar Woo 104
4.3 Van documentenregister naar PLOOI 107
4.4 Heeft actieve openbaarmaking de toekomst? 109
4.5 Tussenconclusie 112

5 Passieve openbaarmaking 113
5.1 Inleiding 113
5.2 Van Wob- naar Woo-verzoek 113
5.3 De Woo: handhaving van een hybride stelsel? 116
5.4 De uitdaging van het tijdig afhandelen van omvangrijke verzoeken 119
5.5 Tussenconclusie 125

6 Uitzonderingen op het recht op informatie 127
6.1 Inleiding 127
6.2 Van Wob naar Woo 127
6.3 Weg met de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen? 130
6.4 Uitvoerbaarheid van de uitzonderingsgronden 136
6.5 Tussenconclusie 138

7 Toezicht, klachtrecht en rechtsbescherming 139
7.1 Inleiding 139
7.2 Toezicht 139
7.3 Klachtrecht 140
7.4 Rechtsbescherming 142
7.5 Tussenconclusie 146

8 Afronding 147

9 Stellingen 151

Literatuur 152

Jurisprudentie 159

1 Inleiding

Sinds de toeslagenaffaire staat de openbaarheid van overheidsinformatie weer volop in de belangstelling. Want hoe kon het toch dat 9000 beroepsdossiers voortijdig zijn vernietigd?[1] En waarom is het memo-Palmen niet gearchiveerd?[2] Naast deze klachten over de gebrekkige informatiehuishouding, werd in de media regelmatig betoogd dat bestuursorganen te vaak, te veel informatie zouden redigeren (zwart lakken). Met name de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren kreeg daarbij veel kritiek.[3] Het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (hierna: POK)[4] heeft ertoe geleid dat er hernieuwde aandacht kwam voor het (gewijzigde) wetsvoorstel voor de Wet open overheid (Woo). Deze wet is op 1 mei 2022 in werking getreden.

In dit preadvies staat de vraag centraal in hoeverre de Woo een oplossing biedt voor een aantal veel gehoorde kritiekpunten op de voorganger van de Woo, de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Startpunt daarbij is de vraag in hoeverre er een recht op overheidsinformatie bestaat. De titel van het eindrapport van de Evaluatiecommissie wet openbaarheid uit 1983 was heel treffend 'Openbaarheid tussen gunst en recht'. Volgens de commissie ziet men in emancipatieprocessen dat wat eerst een gunst was, later een recht en ten slotte een vanzelfsprekendheid werd. In 1983 bevond men zich volgens de commissie in het stadium tussen gunst en recht.[5] Waar staan we nu? Kan worden gesteld dat het recht op informatie een wettelijk recht is of zelfs een grondrecht? Deze vraag staat centraal in hoofdstuk 2 van dit preadvies. In de discussies rondom de toeslagenaffaire is veelvuldig gepleit voor een 'nieuwe bestuurscultuur'. De voorstanders van deze nieuwe bestuurscultuur (die steeds meer mythische proporties lijkt te krijgen) wijzen op de voordelen van een transparante overheid. Maar wat zijn die voordelen dan en zijn er ook nadelen verbonden aan het openbaar maken van overheidsinformatie? Het antwoord op de vraag of het openbaar maken van overheidsinformatie een gunst of een recht is, hangt onlosmakelijk samen met de vraag naar het nut van die openbaarheid. Ook hierop wordt ingegaan in hoofdstuk 2.[6]

---

1 O.a. 'Duizenden toeslagendossiers te vroeg vernietigd bij Belastingdienst', NOS nieuwsbericht 2 juli 2020.

2 O.a. Kleinnijenhuis, *Trouw* 4 oktober 2021.

3 Zie bijvoorbeeld dit fragment uit Zondag met Lubach: www.youtube.com/watch?v=yFYxBhMiQWw.

4 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 9.

5 Evaluatiecommissie wet openbaarheid 1983, p. 34.

6 Waarbij ik er hier reeds op wijs dat dit onderwerp uitvoeriger aan de orde komt in het preadvies van Buijze.

De vervolgvraag die in dit preadvies aan de orde komt, is welke informatie voor openbaarheid in aanmerking komt. Daarbij heb ik ervoor gekozen om te beginnen bij het begin, namelijk bij het moment dat een ambtenaar informatie creëert of ontvangt. Moet iedere e-mail, memo, brief of ander document[7] worden bewaard of mag informatie ook worden vernietigd? Om deze vraag te beantwoorden zal niet alleen worden gekeken naar hetgeen de Woo bepaalt, maar ook naar de Archiefwet en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Naast de wetgeving zal ook worden gekeken naar de praktijk. Eén van de grote problemen waar de POK op heeft gewezen is namelijk de gebrekkige informatiehuishouding van de overheid. Als informatie niet of niet eenvoudig kan worden gevonden, holt dit het recht op die informatie uit. Daarom zal in hoofdstuk 3 worden ingegaan op de voorgestelde oplossingen om de informatiehuishouding te verbeteren en de vraag of dit voldoende is.

Pas als is vastgesteld dat informatie moet worden bewaard (fase 1), komt de vraag naar voren of deze ook openbaar moet worden gemaakt en zo ja, hoe: actief (uit eigen beweging) of passief (op verzoek). In hoofdstuk 4 wordt beschreven wat de Woo bepaalt over actieve openbaarmaking en of actieve openbaarmaking de voorkeur verdient boven passieve openbaarmaking. Voor informatie die (nog) niet actief openbaar wordt gemaakt, blijft het mogelijk een informatieverzoek in te dienen. Na een korte beschrijving van hetgeen de Woo hierover bepaalt, wordt in hoofdstuk 5 ingezoomd op twee specifieke knelpunten uit de praktijk. Het eerste is dat Nederland een hybride stelsel kent, waarbij eenieder mag vragen om informatie en het vervolgens aan het bestuursorgaan is om de documenten die bij dat informatieverzoek horen te vergaren. Dit zoeken naar informatie in documenten is tijdrovend en wordt door zowel bestuursorganen als informatieverzoekers als knelpunt ervaren. Een alternatief voor het Nederlandse stelsel is een documentenstelsel zoals Zweden dat kent, waarbij specifiek om documenten kan en moet worden gevraagd, en deze documenten vervolgens vaak binnen een dag kunnen worden toegezonden. Zou dit stelsel aantrekkelijk voor Nederland kunnen zijn? Het tweede knelpunt zijn de omvangrijke informatieverzoeken. Bij het ministerie van VWS zijn meer dan honderd juristen de afgelopen maanden bezig geweest met het beoordelen van 241 informatieverzoeken over de Corona-aanpak. Zijn dergelijke verzoeken onredelijk? In ieder geval maakt de Woo vooralsnog slechts beperkt onderscheid tussen verschillende soorten informatieverzoeken. In hoofdstuk 5 wordt verkend of, en zo ja hoe, hier verbetering mogelijk is.

Nadat is besloten dat informatie (actief of passief) openbaar moet worden gemaakt (fase 2), is de vraag of de informatie onverkort of geredigeerd openbaar moet worden. Met andere woorden: welke uitzonderingsgronden kent de Woo? In hoofdstuk 6 wordt wederom eerst kort beschreven welke (absolute en relatieve)

7 Mede gelet op het aantal woorden dat een preadvies mag hebben, ziet dit preadvies uitsluitend op informatie neergelegd in documenten. Dat betekent dat niet wordt ingegaan op de openbaarmaking van data. Zie bijvoorbeeld over de vraag of besluiten ook kunnen kwalificeren als open data: Wolswinkel, *JBplus* 2020/3, par. 3.2.2.

uitzonderingsgronden de Woo kent. Vervolgens wordt één gepercipieerd knelpunt nader belicht, namelijk de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad. Ingegaan wordt op het doel van deze uitzonderingsgrond en de roep om de eerder genoemde 'nieuwe bestuurscultuur'.

Nadat fase 3 (toetsing aan de uitzonderingsgronden) is afgerond, wordt een besluit genomen. Tegen dit besluit is rechtsbescherming mogelijk. Dit is de vierde en laatste fase. Met name voor journalisten is deze rechtsbescherming alleen effectief als deze snel is. Dit komt omdat voor journalisten de nieuwswaarde van de informatie vaak zal afnemen naarmate de tijd vordert. In hoofdstuk 7 zal daarom worden ingegaan op de vraag of het toezicht en de rechtsbescherming moeten worden versterkt. Bijzondere aandacht zal daarbij worden besteed aan de mogelijkheid die de Woo gaat bieden om klachten in te dienen bij het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding (Adviescollege O&I).

Door de openbaarmaking van overheidsinformatie op te delen in deze vier fases, is het mogelijk om in hoofdstuk 8 de vraag te beantwoorden in hoeverre met de Woo de openbaarheid van overheidsinformatie wordt verbeterd. Is de Woo slechts een eerste, maar noodzakelijke tussenstap voor de verbetering van de openbaarheid van overheidsinformatie, en zo ja, hoe kan deze openbaarheid dan verder worden verbeterd?

2 Wat is het nut van de openbaarheid van overheidsinformatie?

2.1 Inleiding

'Waar blijft de brede discussie over toegang tot overheidsinformatie?', verzuchtte Aline Klingenberg in 2007.[8] Geheel terecht betoogt zij dat de discussie over de openbaarheid van overheidsinformatie niet alleen moet gaan over de nieuwste jurisprudentie over de uitzonderingsgronden, maar dat er ook een fundamentele discussie moet worden gevoerd over toegang tot overheidsinformatie. Anoeska Buijze gaat in haar preadvies uitgebreid in op de voor- en nadelen van transparantie.[9] De vraag *welke* overheidsinformatie *hoe* openbaar moet worden gemaakt, is een vervolgvraag op *waarom* overheidsinformatie openbaar moet worden gemaakt. Daarom zal ik in dit hoofdstuk kort stilstaan bij de voor- en nadelen van openbaarheid van overheidsinformatie.

Kort gezegd zijn er twee uitersten denkbaar. U kunt het recht op informatie zien als een fundamenteel grondrecht dat zo min mogelijk moet worden beperkt. Maar het is ook mogelijk dat u het openbaar maken van informatie vooral ziet als een belemmering voor de beleidsintimiteit die nodig is om tot goede besluitvorming te komen. U kunt zich voorstellen dat beide 'kampen' een geheel andere visie hebben op hetgeen de Woo zou moeten regelen.

Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Eerst wordt ingegaan op de vraag in hoeverre er een recht op informatie bestaat (par. 2.2) en vervolgens op de keerzijde van het recht op informatie (par. 2.3). Daarna wordt ingegaan op de vraag hoe ver het recht op informatie zich uitstrekt: welke overheidsinstanties vallen onder de verplichting om overheidsinformatie openbaar te maken (par. 2.4) en wie kunnen er allemaal een beroep doen op dit recht (par. 2.5).

2.2 Een recht op informatie

> 'Democratie verdraagt geen geheimhouding; alleen een goed geïnformeerd publiek kan overwogen keuzes maken. (...) Het toegankelijk maken van publieke informatie is geen gunst van de overheid, maar een recht van de burger dat hem of haar in staat

8 Klingenberg, NJB 2007/637.
9 Buijze 2022, m.n. par. 3-5.

stelt de overheid te controleren, fundamentele rechten uit te oefenen en economische en culturele waarde te creëren.'[10]

Dit was de aanleiding voor Peters om in 2012 het wetsvoorstel voor de Woo in te dienen. Dat de beginselen van democratie en een democratische rechtstaat de grondslag vormen voor de openbaarheid van overheidsinformatie, bleek ook al uit de considerans van de Wob, waarin staat dat 'het, mede gelet op artikel 110 van de Grondwet, met het oog op een goede en democratische bestuursvoering wenselijk is gebleken de regelen met betrekking tot de openheid en openbaarheid van bestuur aan te passen en deze zoveel mogelijk in de wet op te nemen'.[11]

Dat openbaarmaking bijdraagt aan de democratische rechtsstaat is een relatief abstracte notie. Het is dan ook wenselijk om die notie te operationaliseren naar de functies van openbaarheid. De Raad voor het openbaar bestuur (Rob) onderscheidt de volgende zes functies:

1. Openbaarheid dient de controleerbaarheid van bestuur.
2. Openbaarheid heeft een reinigende werking: de integriteit van het handelen van de overheid loopt risico's wanneer zaken plaatsvinden in beslotenheid.
3. Openbaarheid kan gezien worden als een prestatie van de overheid naar de burger: de publiek bekostigde overheid heeft de plicht om zo transparant mogelijk te zijn in haar doen en laten. Niet alleen bij beleidsverantwoording, maar ook bij verzoeken om specifieke informatie.
4. Openbaarheid is een randvoorwaarde voor modern burgerschap: de overheid kan geen volwaardig burgerschap propageren zonder burgers de gegevens toe te vertrouwen die nodig zijn om die rol te kunnen vervullen.
5. Openbaarheid heeft een rol in de verbetering van doelmatigheid en de bevordering van het lerend vermogen van de overheid.
6. Openbaarheid en economische groei: door hergebruik van overheidsgegevens kan de informatiemarkt worden aangeboord. Dit is een potentieel macro-economisch rendement.[12]

In de literatuur en in rapporten is meermaals bepleit dat het belang van openbaarheid voor de democratische rechtsstaat reden zou moeten zijn om te spreken van een (grond)recht op informatie. In het bijzonder wijs ik hierbij op de adviezen van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (beter bekend als de commissie-Franken) en de Staatscommissie Grondwet (ook wel de commissie-Thomassen genoemd).[13] De commissie-Franken heeft erop gewezen dat de zich in snel tempo ontwikkelende informatiesamenleving veranderingen met zich brengt die het functioneren van de democratische rechtsstaat beïnvloeden. Digitale informatieverstrekking van overheidswege 'kan de traditionele vormen van democratische controle versterken en tot revitalisering van het democratisch proces leiden. Een snelle

10 *Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 3, p. 2.
11 Zie hierover uitgebreider Daalder 2015, p. 20-26.
12 Rob 2012, p. 20.
13 Zie naast deze adviezen ook Bovens 1999, Groothuis 2014, Klingenberg 2011 en Daalder 2015, p. 20-26.

en eenvoudige verstrekking van informatie beslecht de van oudsher bestaande barrières voor meer directe vormen van controle door de individuele burger'.[14] De grootst mogelijke meerderheid van de commissie pleit daarom voor invoering van een nieuw grondrecht met betrekking tot overheidsinformatie.[15]

Tien jaar later waren nog maar drie van de leden van de Staatscommissie Grondwet van mening dat de toegang tot informatie onvoldoende in de Grondwet is gewaarborgd. De commissie stelt dat de beschikbaarheid van overheidsinformatie in het publieke domein een kernelement van de democratische rechtsstaat is. Deze beschikbaarheid is niet alleen van belang met het oog op een democratische besluitvorming, maar ook om overheidsbesluiten te kunnen controleren en de integriteit van het bestuur te bewaken. De commissie wijst er daarnaast op dat de openbaarheid van bestuur, die in het digitale tijdperk veel ruimere mogelijkheden kent, mede ten dienste staat van het vergaren van informatie door de pers. Die kan zijn maatschappelijke rol slechts vervullen indien de overheid voldoende transparant is. Toegang tot informatie is essentieel voor het publieke debat. Vandaar dat dit recht steeds sterker een grondrechtendimensie krijgt. Een belangrijk motief van de drie leden van de commissie-Thomassen om dit grondrecht in de Grondwet op te willen nemen is het evenwicht in het stelsel van grondwettelijke informatierechten, in het bijzonder bij de belangenafweging van – botsende – openbaarheidsaanspraken en de grondrechten op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op de bescherming van persoonsgegevens. Ook zou dit grondrecht een complementaire functie in relatie tot de vrijheid van meningsuiting vervullen.[16]

Dat openbaarheid van overheidsinformatie wordt gezien als een belangrijke voorwaarde voor de democratische rechtsstaat, blijkt ook uit diverse Europese rechtsbronnen waarin het recht op openbaarheid is vastgelegd. De VAR Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht heeft in 2021 uiteengezet hoe de Europeesrechtelijke beginselen van openbaarheid en democratie en het transparantiebeginsel, doorwerken in het nationale recht.[17] Volgens de commissie zou het (Europese) transparantiebeginsel een positieve bijdrage kunnen leveren aan vooral de democratische dimensie van de (nationale) algemene rechtsbeginselen.[18] Recentelijk wordt er ook op gewezen dat proactieve communicatie over nieuwe regels

14 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 186 en 235.

15 Het eerste lid van dit artikel zou als volgt moeten luiden: 'Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt' (Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 190).

16 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 90-91.

17 Daarbij wijzen zij op het Verdrag van Aarhus, art. 41 en 42 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, art. 15 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), de Eurowob en de Renual model rules en artikel 10 EVRM (Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 39, 61-63, 67, 75-76 en 93).

18 Ook zouden wetgever en rechter vaker en gestructureerder uitwerking moeten geven aan (deelaspecten van) het recht op goed bestuur, waaronder het transparantiebeginsel (Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht 2021, p. 84).

en beleid desinformatie kan voorkomen. Dit is nodig, omdat desinformatie wordt gezien als een bedreiging voor het open democratisch debat.[19]

Over het transparantiebeginsel en de status van dit beginsel is al een preadvies te schrijven, en dat is dan ook wat Buijze elders in deze bundel heeft gedaan. Ik rond daarom af met de constatering dat met de inwerkingtreding van de Woo het recht op informatie bij wet is vastgelegd. Artikel 1.1 bepaalt namelijk: 'Eenieder heeft recht op toegang tot publieke informatie zonder daartoe een belang te hoeven stellen, behoudens bij deze wet gestelde beperkingen.' Daarmee is de discussie of het recht op openbaarheid van overheidsinformatie een grondrecht is of zou moeten zijn nog niet afgerond, maar duidelijk is dat het openbaar maken van informatie meer is dan een gunst. Dit recht zal bovendien mogelijk nog verder worden versterkt als Nederland het Verdrag van Tromsø[20] ratificeert. Artikel 2 lid 1 van dit verdrag bepaalt namelijk: 'Each Party shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities.'[21] In het debat over de Woo heeft minister Ollongren aangegeven om in het voorjaar van 2022 de Tweede Kamer te informeren over de eventuele belemmeringen die er nog zijn om tot ratificatie over te kunnen gaan.[22]

2.3 De keerzijde van het recht op informatie

Transparantie zou dus bijdragen aan de controleerbaarheid van de overheid en daarmee aan de democratische rechtsstaat. Het is echter de vraag of dit daadwerkelijk zo is en of, zelfs als dit zo zou zijn, er dusdanige nadelen aan die transparantie zitten dat het recht op informatie beperkt moet worden.

De eerste vraag is of transparantie werkelijk bijdraagt aan de democratische rechtsstaat. Uit onderzoek blijkt dat dit niet altijd het geval is. Frissen maakt de vergelijking met het geheim van de kok dat op allerlei manieren de culinaire appreciatie versterkt: de schoonheid van het compromis is dat de hypocrisie en het opportunisme van de uitruil verborgen blijven.[23] Grimmelikhuijsen heeft onderzocht of actieve openbaarmaking van overheidsinformatie leidt tot meer vertrouwen in de overheid. Hij heeft diverse experimenten verricht, waaronder naar het effect van het lezen van complete of incomplete informatie over de besluitvorming over het gemeentelijke luchtkwaliteitsbeleid op het vertrouwen van mensen.[24] Uit de resultaten

19 Met proactieve communicatie wordt bedoeld dat voordat nieuwe regels of beleid worden gepresenteerd, een narratief wordt geschetst met een uitleg van: wat/ waarom/hoe? (Ministerie van BZK, *Handreiking omgaan met desinformatie*, januari 2022, p. 3 en 8).

20 Council of Europe Convention on Access to Official Documents no. 205.

21 Art. 3 Verdrag van Tromsø bepaalt vervolgens welke uitzonderingsgronden gehanteerd mogen worden.

22 *Handelingen I* 2021/22, nr. 1, item 11, p. 67.

23 Frissen 2016, p. 129.

24 Eén groep deelnemers fungeerde als controlegroep en kreeg geen informatie voorgelegd. Een tweede groep kreeg slechts een korte samenvatting van het besluitvormingsproces te zien, terwijl een derde groep 'complete' informatie ontving. De complete informatie is een bijna letterlijke transcriptie van een besluitvormingsdiscussie in de gemeenteraad (Grimmelikhuijsen 2012, p. 281-282).

blijkt dat mensen die complete informatie voorgelegd kregen, de gemeenteraad als minder competent, maar wel als eerlijker zagen. Volgens Grimmelikhuijsen komt dit omdat zowel de verwachtingen van de burger rondom transparantie als die van het overheidsbeleid zelf hooggespannen zijn.[25] Interessant is ook het recente vervolgonderzoek van Grimmelikhuijsen e.a. naar latente transparantie: hangt het vertrouwen van de burger af van de bekendheid met het recht op informatie? De conclusie van de onderzoekers is (tot hun eigen verrassing) dat dit – in ieder geval op korte termijn – niet het geval is.[26] Ondanks deze bevindingen is transparantie volgens hem desalniettemin van groot belang, onder meer omdat hoge niveaus van transparantie op algemeen niveau samenhangen met minder corruptie op de middellange termijn. Als meer en betere informatie over de besluitvormingsprocessen van overheden beschikbaar is kan namelijk ongewenst gedrag of misbruik van macht worden voorkomen.[27] Kuipers maakt in haar onderzoek onderscheid tussen de openbaarmaking van juiste en onjuiste informatie: als burgers open en regelmatig worden geïnformeerd over bepaalde risico's dan wordt dat gewaardeerd, maar als later blijkt dat de gegeven informatie onwaarheden bevat, dan leidt dat tot wantrouwen jegens de overheid.[28] Ook wijst zij erop dat het openbaar maken van documenten weinig meerwaarde heeft als de burger deze (bijvoorbeeld door het juridische karakter ervan) onvoldoende kan doorgronden.[29]

Een tweede veelgehoord risico van te veel openbaarheid van overheidsinformatie is dat het niet in het belang van de beleidsintimiteit (of 'bestuurlijke intimiteit') zou zijn. In de evaluatie van de Wob wordt gesteld dat voor een zorgvuldige en behoorlijke voorbereiding van overheidsbeleid een zekere mate van beslotenheid van dat proces onontbeerlijk is. Het garandeert de ruimte voor een ongehinderde gedachtevorming voor de betrokken personen. Daarnaast zou zowel de overheid als de burger er niet bij gebaat zijn dat plannen waarvan de status nog niet vaststaat, openbaar worden, omdat dit voor verwarring en onnodige onrust kan zorgen. Hoe groot de ruimte voor beleidsintimiteit moet zijn, lijkt volgens de onderzoekers vooral cultureel bepaald.[30] Heremans wijst erop dat het ontbreken van een 'space to think or negotiate' negatieve gevolgen kan hebben voor de besluitvorming. Het kan ertoe leiden dat betrokkenen niet tot overeenstemming komen en er geen besluiten worden genomen. Ook kan het de kwaliteit van de beraadslaging negatief beïnvloeden. Het is daarbij nodig om een balans te vinden tussen 'stimulerende' en 'verlammende' openheid. Het risico dat 'alles wat je zegt tegen je kan worden gebruikt' kan ertoe leiden dat ambtenaren vermijden om kritiek te uiten, terwijl transparantie juist ook zou kunnen leiden tot eerlijkere of kritischere standpunten, omdat de openbaarheid ervan ertoe leidt dat deze standpunten moeilijker te negeren zullen zijn. In het verlengde hiervan kan dit tot gevolg hebben dat zich een verschuiving zal voordoen van

25 Grimmelikhuijsen 2012, p. 284-286.
26 Grimmelikhuijsen e.a. 2020.
27 Grimmelikhuijsen 2012, p. 286-287.
28 Kuipers 2021, p. 479.
29 Kuipers 2021, p. 475.
30 Brandsen e.a. 2004, p. 56.

schriftelijk naar mondeling overleg over onderwerpen die controversieel of gevoelig zijn.[31] Volgens Scholtes kan veel democratische controle ondernemerschap bij ambtenaren de kop indrukken en al te veel nadruk op integriteit zal leiden tot procedureel gedreven gedrag, in plaats van efficiënt en effectief handelen. Veel nadruk op verantwoording zal leiden tot suboptimale besluiten in plaats van tot betere prestaties.[32] Of het belang van beleidsintimiteit de uitzonderingsgrond in de Woo die ziet op de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen rechtvaardigt, zal hierna in paragraaf 6.3 worden besproken.

Een derde negatief effect van het openbaar maken van veel overheidsinformatie is dat hierdoor inflatie van de aandacht kan optreden en echt relevante zaken onopgemerkt blijven.[33] Met andere woorden: als alles openbaar wordt, zie je door de bomen het bos niet meer. Dit is een reëel risico, maar het lijkt mij geen fundamentele reden om het recht op overheidsinformatie vooraf te beperken. Dit risico kan bovendien gemitigeerd worden door context te bieden bij de openbaarmaking, bijvoorbeeld door het geven van een samenvatting of een inhoudsopgave. Daarnaast zou door middel van het aanbrengen van metadata aan documenten en het inzetten van artificial intelligence (AI) in zoekmachines, informatie beter kunnen worden ontsloten. Hoe informatie niet alleen actief openbaar kan worden gemaakt, maar ook bruikbaar kan worden ontsloten, is een van de uitdagingen van het PLOOI. Hierop zal in paragraaf 4.3 worden ingegaan.

Naast de hiervoor genoemde nadelen, kunnen er nog meer risico's aan de openbaarmaking van overheidsinformatie kleven.[34] Zo kan (onevenredige) schade worden berokkend bij degene van wie informatie openbaar wordt gemaakt. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan 'naming and shaming' in het kader van toezicht en handhaving.[35] Ook bestaat er een inherente spanning tussen het (grond)recht op informatie en het recht op privacy.[36] Deze risico's van het openbaar maken van overheidsinformatie hebben ertoe geleid dat in zowel de Wob als de Woo uitzonderingsgronden zijn opgenomen die hierop zien. Door middel van deze uitzonderingen worden deze risico's gemitigeerd.

2.4 Wie moet informatie openbaar maken?

Hiervoor is gesteld dat een belangrijk doel van openbaarheid van overheidsinformatie is dat het bijdraagt aan de democratische rechtsstaat, omdat het controle op de overheid mogelijk maakt. Maar tot wie richt zich dan deze verplichting om openbaarheid te betrachten? Artikel 110 Grondwet bepaalt dat 'de overheid' bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet dient te stellen. De

31 Heremans 2011, p. 66-67 en 70-71.
32 Scholtes 2012, p. 56.
33 Scholtes 2012, p. 56-57.
34 Specifiek voor de kansen en risico's van actieve openbaarmaking wordt gewezen op KOOP 2018, bijlage G.
35 Scholtes 2012, p. 59.
36 Groothuis 2007.

Grondwet maakt niet duidelijk wat onder overheid wordt verstaan.[37] In de wetsgeschiedenis is de vraag gesteld of de bepaling zich ook uitstrekt tot instellingen die met eigen rechtspersoonlijkheid een deel van de overheidstaak vervullen, zoals instellingen van wetenschappelijk onderwijs en de (toenmalige) PTT. Deze vraag is bevestigend beantwoord: in beginsel vallen ook deze instellingen onder de werking van het grondwetsartikel, maar de wetgever dient te bepalen in hoeverre dit zal geschieden.[38] In de Woo is de werkingssfeer uitgebreid ten opzichte van de Wob.[39] De wet is allereerst van toepassing op alle bestuursorganen.[40] Daarnaast is de Woo ook van toepassing op de Eerste en Tweede Kamer en de Staten-Generaal; de Raad voor de rechtspraak en het College van afgevaardigden; de Raad van State;[41] de Algemene Rekenkamer; en de Nationale ombudsman[42].[43] In de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat deze uitbreiding in lijn is met de Archiefwet en met internationale ontwikkelingen, in het bijzonder het Verdrag van Tromsø. De organen die nu binnen de reikwijdte van de Woo worden gebracht maken geen deel uit van de uitvoerende macht. Het ligt daarom voor de hand dat deze organen zijn uitgezonderd van het begrip bestuursorgaan. Voor toepassing van de openbaarheidswetgeving is er volgens de initiatiefnemers van de Woo echter geen principiële reden om ze uit te zonderen.[44]

Daarnaast bepaalt zowel de Wob als Woo dat een informatieverzoek niet alleen kan worden gericht tot bestuursorganen, maar ook tot 'een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf'.[45] Als een Woo-verzoek wordt ingediend bij een dergelijke entiteit dan moet het 'verantwoordelijke bestuursorgaan' op het verzoek beslissen.[46] De onder de Wob ontwikkelde jurisprudentie over de vraag wanneer een entiteit werkzaam is onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, zal dus ook onder de Woo relevant blijven. Kort samengevat is hiervoor bepalend in welke mate het bestuursorgaan opdrachten of aanwijzingen kan geven aan die entiteit en/of in hoeverre die entiteit zich moet richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan. Dit kan worden afgeleid uit bijvoorbeeld de statuten van de entiteit of een door het bestuursorgaan

37 Bovend'Eert, T&C Grondwet en Statuut, art. 110 Grondwet.
38 *Kamerstukken II* 1978/79, 14348, nr. 7, p. 2-3.
39 Art. 1a Wob bepaalde dat die wet van toepassing was op (a) ministers; (b) bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie; (c) bestuursorganen die onder de verantwoordelijkheid van bovengenoemden werkzaam zijn; en (d) andere bestuursorganen, voor zover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd. In het Besluit bestuursorganen WNo en Wob werden vervolgens de NOS, DNB en AFM uitgezonderd.
40 Art. 2.2 lid 1 onder a Woo.
41 Tenzij de Raad het koninklijk gezag uitoefent, en met uitzondering van de Afdeling bestuursrechtspraak.
42 Alsmede de substituut-ombudsmannen als bedoeld in Wet Nationale ombudsman, en ombudsmannen en ombudscommissies als bedoeld in de Algemene wet bestuursrecht.
43 Art. 2.2 Woo.
44 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 44-45.
45 Art. 3 lid Wob resp. art. 4.1 lid 1 Woo.
46 Art. 4.1 lid 1 Woo.

en de instelling, de dienst of het bedrijf gesloten overeenkomst.[47] Peters is kritisch op deze constructie, omdat het tot gevolg kan hebben dat er jarenlang wordt geprocedeerd over de vraag of een entiteit werkzaam is onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan. De burger wordt door deze constructie volgens hem daarmee eigenlijk op het verkeerde been gezet. Als deze figuur zou worden geschrapt dan zou er volgens hem eerder rechtstreeks een informatieverzoek bij het bestuursorgaan worden ingediend en zou daarop een inhoudelijke beslissing volgen.[48] Ik ben het niet met Peters eens dat de constructie geen toegevoegde waarde heeft, omdat de publieke informatie die berust bij een dergelijke entiteit vaak andere informatie zal zijn dan die aanwezig is bij het verantwoordelijke bestuursorgaan. Wel ben ik het met hem eens dat een bestuursorgaan een dergelijk doorgezonden informatieverzoek ruim moet uitleggen. Als geen sprake is van een entiteit die onder de Woo valt, maar wel sprake is van publieke informatie die bij het bestuursorgaan berust of behoort te berusten dan zou dit direct bij de beslissing moeten worden betrokken als ware het een informatieverzoek ingediend bij dat bestuursorgaan.

In het initiële wetsvoorstel was daarnaast ook een bepaling opgenomen over de openbaarheid van gegevens van de semipublieke sector. Bij algemene maatregel van bestuur (amvb) konden (categorieën van) privaatrechtelijke rechtspersonen worden aangewezen die aan bepaalde criteria voldeden. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan een rechtspersoon die voor meer dan € 100.000 per jaar uit algemene middelen wordt bekostigd; een publiek belang behartigt; of die voor meer dan 50% publiekrechtelijke rechtsperso(o)n(en) als aandeelhouder heeft.[49] In de amvb zou ook bepaald worden welke informatie openbaar zou moeten worden gemaakt over de aangewezen semipublieke instelling. Het zou gaan om informatie over de besteding van de bekostiging, de uitvoering van de taak of de totstandkoming van besluitvorming. De semipublieke instelling zou die informatie niet zelf openbaar moeten maken, maar een bij amvb aangewezen bestuursorgaan zou dit doen. De aangewezen semipublieke instelling zou de benodigde gegevens op eerste vordering aan het aangewezen bestuursorgaan moeten verstrekken. De reden voor dit voorstel was dat de overheid niet alle publieke taken zelf uitvoert, maar met geld of andere middelen faciliteert dat anderen die taak uitvoeren. Uit oogpunt van democratische controle, ten behoeve van inzicht in de besteding van publieke middelen en uitvoering van wettelijke taken, zou daarom de semipublieke sector eigenlijk onder de werking van deze wet moeten worden gebracht.[50] In de Woo, zoals die inmiddels in werking is getreden, is het voorgestelde artikel komen te vervallen. In het hiertoe strekkende amendement wordt gesteld dat de eventuele uitbreiding naar de semipublieke sector ongedaan moet worden gemaakt, omdat dit niet zou passen 'in de in Nederland geldende staatsrechtelijke verhoudingen'.[51] Naar mijn mening is het een

47 Zie bijvoorbeeld recent ABRvS 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:658. Zie tevens Jak, NJB 2016/1475.
48 AB 2022/17. Zie tevens Jak, NJB 2016/1475.
49 Art. 2.3 van het wetsvoorstel Woo.
50 *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 28-29.
51 *Kamerstukken II* 2020/21, 35112, nr. 23.

gemiste kans dat de reikwijdte van de Woo niet via de voorgestelde getrapte wijze is uitgebreid tot de semipublieke sector.[52] De initiatiefnemers wezen er in 2013 terecht op dat in het maatschappelijk debat over de besteding van publieke middelen en de uitvoering van wettelijke taken buiten de publieke sector, behoefte zou gaan bestaan aan openbare verantwoordingsinformatie. Daarbij werden de zorg, het onderwijs, de woningcorporaties en staatsdeelnemingen genoemd.[53] In 2016 stelden Van den Brink en Den Ouden: '"Publiek geld verplicht" immers. Maar waartoe precies?'. Zij wezen erop dat er op brede schaal door overheden wordt gekozen voor subsidies 'nieuwe stijl', waarbij wordt gekozen voor financiering door middel van publiek geld, maar door een privaatrechtelijke entiteit. Deze semipublieke instellingen zijn niet gebonden aan algemene beginselen van bestuur, hun beslissingen worden niet getoetst door de bestuursrechter én zij vallen niet binnen de reikwijdte van de Wob en Woo.[54] In 2016 wees de Algemene Rekenkamer erop dat publieke middelen altijd om publieke, democratische, controle vragen, hoezeer de wereld om ons heen ook verandert.[55] Juist nu de Woo als doel heeft om controle van de overheid mogelijk te maken, had het gepast om in de Woo vast te leggen dat semipublieke instellingen die grote bedragen aan publieke middelen uitgeven en/of een publieke taak uitoefenen, ook tot op zekere hoogte publieke verantwoording moeten afleggen door informatie openbaar te maken. Zeker nu het begrip 'overheid' niet vastomlijnd is in de Grondwet, had de voorgestelde getrapte werkwijze waarbij een bestuursorgaan informatie openbaar zou maken over een semipublieke instelling (en niet die instelling zelf), mijns inziens juist goed gepast binnen de staatsrechtelijke verhoudingen. Democratie verdraagt immers geen geheimhouding.

2.5 Wie kan er een beroep doen op het recht op informatie?

Eenieder kan een verzoek om informatie indienen,[56] maar niet iedereen heeft behoefte aan dezelfde informatie. In een onderzoek van het Kennis- en Exploitatiecentrum Officiële Overheidspublicaties (KOOP)[57] worden acht verschillende gebruikersgroepen onderscheiden:

1. *Burgers* zoeken vaak naar informatie over beleid en regelgeving die direct betrekking heeft op hun persoonlijke leefsituatie.
2. *Wetenschappers* zijn vaak geïnteresseerd in statistische gegevens van departementen, provincies en gemeenten.
3. Voor *maatschappelijke organisaties* (ngo's) is uitgebreide informatie over beleid en uitvoeringsinformatie op de voor hun achterban relevante terreinen van groot belang.

52 Kritisch op de regeling was Jak (Jak, NJB 2016/1475).
53 Art. 2.3 Woo en *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 28.
54 Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000, p. 2888. Zie hierover ook: Rfv 2014, p. 19.
55 Algemene Rekenkamer 2016, p. 4.
56 Art. 4.1 Woo.
57 KOOP 2018.

4. Voor *bedrijven* kan het beschikbaar stellen van open data commercieel interessant zijn. Daarnaast zijn ondernemers geïnteresseerd in informatie over relevante regelgeving, belastingen en bestaand beleid.
5. *Journalisten* hebben behoefte aan overheidsinformatie als achtergrondinformatie voor uiteenlopende nieuwsitems. Uniciteit en actualiteit ('nieuwswaarde') zijn daarbij relevant.
6. *Ambtenaren* maken beroepshalve veel gebruik van overheidsinformatie.
7. *Volksvertegenwoordigers*: de regering heeft een informatieplicht jegens het parlement op grond van artikel 68 Grondwet.
8. *Toekomstige gebruikers*: wetenschappers en onderzoekers maken graag gebruik van historische informatie en archiefmateriaal.[58]

In de Wob werd geen onderscheid gemaakt tussen deze verschillende gebruikersgroepen. Tot op zekere hoogte is dit ook niet vreemd, nu een (grond)recht op informatie voor eenieder gelijkelijk zou moeten gelden. Toch zou aan journalisten een bijzondere status toegekend kunnen worden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft meermaals geoordeeld dat het ontzeggen van toegang tot overheidsinformatie het recht op vrijheid van meningsuiting, zoals verankerd in artikel 10 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), kan aantasten als die toegang instrumenteel is voor de uitoefening van dit recht. Van een inbreuk op het recht op overheidsinformatie kan sprake zijn als de informatie relevant is voor journalistieke activiteiten of andere activiteiten die verband houden met het publieke debat.[59] Het EHRM heeft hiermee dus een bijzondere positie gecreëerd voor journalisten en andere '*public watchdogs*'.[60] De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft in navolging van deze jurisprudentie geoordeeld dat journalisten aan artikel 10 EVRM een recht op inlichtingen van de overheid ontlenen, maar dat dit artikel niet vereist dat alle informatie openbaar wordt gemaakt. Volgens de Afdeling mag er in het algemeen van worden uitgegaan dat de wetgever bij het formuleren van de uitzonderingsgronden in de Wob (en thans Woo) heeft voorzien in beperkingen die noodzakelijk zijn in een democratische samenleving met het oog op de in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde belangen. Een journalist zal daarom zeer bijzondere omstandigheden moeten stellen en aannemelijk moeten maken die meebrengen dat hij wordt belemmerd in zijn rechten zonder dat dit op grond van artikel 10 lid 2 EVRM is gerechtvaardigd.[61]

Op grond van deze EHRM-jurisprudentie was de hoedanigheid van de verzoeker dus al van belang bij de vraag of het absolute karakter van een uitzonderingsgrond doorbroken zou moeten worden op grond van artikel 10 EVRM. In de Woo wordt de

58 KOOP 2018, p. 13-15.
59 O.a. EHRM 8 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011.
60 *Public watchdogs* zijn organisaties en personen wier activiteiten essentieel zijn voor het publieke debat in een democratische samenleving.
61 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883.

bijzondere positie van journalisten op twee manieren erkend.[62] Ten eerste bepaalt artikel 5.7 Woo dat een bestuursorgaan ten behoeve van historisch, statistisch, wetenschappelijk of journalistiek onderzoek toegang kan bieden tot informatie die op grond van de uitzonderingsgronden niet openbaar kan worden gemaakt. Hiermee wordt dus de wettelijke basis gecreëerd voor bestuursorganen om journalisten toegang te geven tot informatie, zelfs als hierop een absolute uitzonderingsgrond van toepassing is. Op de voorwaarden waaronder deze toegang kan worden gegeven, wordt ingegaan in paragraaf 5.2 van dit preadvies.

Daarnaast creëert de Woo voor journalisten, wetenschappers en andere *public watchdogs* de mogelijkheid om klachten in te dienen bij het Adviescollege O&I over de wijze waarop een bestuursorgaan publieke informatie openbaar maakt.[63] Voor journalisten is de actualiteit van de gevraagde informatie van belang, waardoor juist voor deze gebruikersgroep een korte, effectieve rechtsbeschermingsprocedure nodig is. Op de vraag in hoeverre deze klachtprocedure daaraan zal bijdragen wordt ingegaan in paragraaf 7.3 van dit preadvies. Interessant in dit verband is dat de Afdeling in oktober 2021 heeft geoordeeld dat de minister van VWS onvoldoende voortvarend heeft gehandeld bij de afhandeling van de 241 corona-informatieverzoeken. De coronapandemie heeft tot ingrijpende maatregelen en hevige maatschappelijke discussies geleid. Mede in het licht van het aan artikel 10 EVRM ontleende recht van journalisten en andere *public watchdogs* om inlichtingen van de overheid te ontvangen, had de minister daarom zo spoedig mogelijk op de informatieverzoeken van journalisten moeten besluiten.[64] In de Woo is geen afwijkende beslistermijn opgenomen voor informatieverzoeken die zijn ingediend door journalisten.[65] Dit lijkt mij in beginsel ook niet nodig, ervan uitgaande dat het uitgangspunt zou moeten zijn dat op alle informatieverzoeken binnen vier weken kan worden beslist. Voor omvangrijke informatieverzoeken, waar soms tienduizenden documenten worden opgevraagd, zal deze termijn (ook als de informatiehuishouding op orde is) vaak niet haalbaar zijn. De uitspraak van de Afdeling is dan ook een belangrijk signaal naar bestuursorganen dat zij bij (omvangrijke) informatieverzoeken rekening moeten houden met de bijzondere rol die journalisten spelen in de democratische samenleving. Het past binnen de veel bepleite nieuwe bestuurscultuur om juist deze verzoeken voortvarend ter hand te nemen.

2.6 Tussenconclusie

Op basis van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat, hoewel er ook risico's zijn verbonden aan het openbaar maken van overheidsinformatie, het belang van de democratische rechtsstaat moet prevaleren. Openbaarmaking van overheidsinformatie maakt het mogelijk dat burgers de overheid controleren. Ik vind het dan ook een goede stap dat de mogelijkheid om overheidsinformatie te verkrijgen voor het eerst in de Woo is geformuleerd als een recht. Hiermee wordt tot uitdrukking

62 Zie over art. 10 EVRM en de Woo ook uitgebreid: Tingen & Jak, *JBplus* 2019/3.
63 Art. 7.2 Woo.
64 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2348.
65 Art. 4.4 Woo.

gebracht dat, wat de wetgever betreft, de fase waarin het verstrekken van deze informatie als een gunst kon worden beschouwd nu echt voorbij is. Dat betekent echter niet dat gestreefd moet worden naar volledige transparantie. Soms is het nu eenmaal wenselijk om bepaalde informatie (nog) niet openbaar te maken. Het recht op informatie wordt terecht begrensd door de uitzonderingsgronden in de Woo. Op deze uitzonderingsgronden – met name de persoonlijke beleidsopvattingen – wordt ingegaan in hoofdstuk 6.

Een andere vaak gehoorde verzuchting is dat het openbaar maken van overheidsinformatie – in het bijzonder het afhandelen van informatieverzoeken – veel ambtelijke capaciteit kost. Problemen bij de uitvoering kunnen het wettelijke recht op informatie uithollen. Na de vraag *waarom* overheidsinformatie openbaar moet worden gemaakt, zal daarom in de volgende hoofdstukken worden stilgestaan bij de vraag *hoe* die informatie openbaar moet worden gemaakt. Om informatie openbaar te kunnen maken, zal deze eerst bewaard moeten worden. Hierover gaat het volgende hoofdstuk.

3 De informatiehuishouding van de overheid

3.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat er een recht bestaat op openbaarmaking van overheidsinformatie, tenzij een wettelijke uitzonderingsgrond van toepassing is. Dit recht wordt echter illusoir als de documenten waarin die informatie is neergelegd niet worden gevonden of zijn verwijderd.[66] Daarom wordt in dit hoofdstuk stilgestaan bij de informatiehuishouding van de overheid. Al in 2004[67] en 2005[68] werd aanbevolen om het informatiemanagement te versterken. Dat de informatiehuishouding nog altijd een reëel probleem is, blijkt onder meer uit onderzoek van de Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (hierna: Inspectie O&E).[69] De Inspectie O&E constateert dat de duurzame toegankelijkheid van informatie bij de centrale overheid moeizaam is (gebleven). Het is vaak onduidelijk welke informatie wordt bewaard, en welke vernietigd, alsmede wie verantwoordelijk is voor het beheer van welke informatie. De Inspectie constateert daarom 'in de actuele situatie, ondanks alle gedane inspanningen, nog steeds een toename van de risico's voor de transparantie en de betrouwbaarheid van de overheid'.[70]

De Woo ziet op informatie die is neergelegd in documenten. Daarom is van belang wat onder het begrip 'document' valt. In de Woo is dit gedefinieerd als 'een (...) opgemaakt of ontvangen schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens dat naar zijn aard verband houdt met de publieke taak (...)'.[71] Onder het begrip valt dus alles dat 'gegevens' vastlegt. Dit kunnen brieven en notities zijn, maar ook e-mails en zelfs Signal- of whatsappberichten.[72] Voor het antwoord op de vraag wanneer

66 De Archiefwet bevat een regeling voor de (rechtmatige) vernietiging van documenten. Daarom is het terminologisch zuiverder om te spreken over het 'verwijderen' van documenten bij handelen in strijd met de Archiefwet.

67 Brandsen e.a. 2004, p. vi.

68 Rijksarchiefinspectie 2005, p. 27.

69 Inspectie O&E 2021. De Inspectie O&E heette tot 1 maart 2019 Erfgoedinspectie en is voortgekomen uit een fusie tussen de Rijksinspectie voor de Archeologie, de Rijksarchiefinspectie, de Inspectie Cultuurbezit en de Rijksinspectie Monumentenzorg.

70 Inspectie O&E 2021, p. 4.

71 Art. 2.1 Woo.

72 Als werkgerelateerde berichten via een privételefoon of e-mails via een privé-emailadres worden verzonden dan vallen zij ook onder dit begrip, want het bericht houdt dan verband met de publieke taak. Vgl. ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899 en ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477.

de informatiehuishouding van de overheid op orde is, is de weg van belang die een document doorgaans door de overheid heen maakt. Allereerst wordt een document opgesteld of ontvangen door een ambtenaar en vervolgens opgeslagen. Dat kan in een documentmanagementsysteem (DMS), maar ook op een netwerkschrijf, persoonlijke schijf, vakapplicatie of (gedeelde of persoonlijke) mailbox. En zelfs op meerdere van deze plaatsen tegelijk, waardoor meerdere exemplaren (of 'kopieën') van hetzelfde document ontstaan. Nadat het document is opgeslagen, blijft het binnen het bestuursorgaan aanwezig, totdat het wordt overgedragen naar de archiefbewaarplaats (bijvoorbeeld het Nationaal Archief op Rijksniveau of een gemeentelijk archief op decentraal niveau) of wordt vernietigd. In dit preadvies ga ik niet in op de wijze waarop documenten worden bewaard door de archiefbewaarplaats. Ik beperk mij tot de vraag hoe binnen bestuursorganen documenten worden opgeslagen en bewaard op een zodanige manier dat deze kunnen worden gevonden als een Woo-verzoek wordt ingediend. Dit bewaren van documenten binnen een bestuursorgaan wordt ook wel aangeduid als 'archiveren', maar moet dus goed worden onderscheiden van het archiveren zoals het gemeentelijk of nationaal archief dat doet.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Eerst wordt beschreven wat het wettelijk kader is voor het bewaren van overheidsinformatie (par. 3.2). Vervolgens wordt aan de hand van de toeslagenaffaire en de coronafiles geschetst welke problemen er in de praktijk zijn (par. 3.3) alsmede de inmiddels voorgestelde oplossingen om de informatiehuishouding op orde te krijgen (par. 3.4). Afgesloten wordt met een conclusie (par. 3.5).

3.2 Juridisch kader voor het bewaren van overheidsinformatie

3.2.1 De Wob en de Woo

De Wob bevatte geen enkele bepaling over het bewaren van informatie. De Afdeling heeft onder de Wob twee jurisprudentielijnen ontwikkeld die ook onder de Woo relevant blijven. De eerste lijn ziet op de situatie dat een bestuursorgaan een Wob-verzoek afwijst omdat de gevraagde informatie niet bij het bestuursorgaan zou berusten.[73] De Afdeling beoordeelt dan of deze informatie bij het bestuursorgaan *behoort* te berusten. Als dat het geval is dan moet het bestuursorgaan 'al hetgeen redelijkerwijs mogelijk is' doen om deze informatie alsnog te achterhalen. Als bijvoorbeeld vaststaat dat een document (zoals een e-mail) naar externen is verstuurd en ten onrechte niet aanwezig is bij het bestuursorgaan, mag van het bestuursorgaan worden verwacht dat het navraag doet bij die externen of de ontbrekende informatie daar nog beschikbaar is.[74] Voor de vraag of de informatie bij een bestuursorgaan behoort te berusten, vormt de Archiefwet het toetsingskader.[75] Onder de Woo zal deze lijn worden versterkt. Als een Woo-verzoek betrekking heeft op informatie die bij het bestuursorgaan had behoren te berusten, moet het bestuursorgaan

73 Zie hierover uitgebreider: Bakkum & Drahmann, NJB 2021/1226.
74 O.a. ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477.
75 O.a. ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1189.

de gevraagde informatie van degene die over de informatie beschikt vorderen.[76] Degene die over de gevraagde informatie beschikt, moet deze per omgaande aan het bestuursorgaan verstrekken. Als diegene dat niet doet dan kan het bestuursorgaan een last onder dwangsom opleggen.[77] Opvallend is dat artikel 4.2 lid 2 Woo het heeft over informatie die 'op grond van enig wettelijk voorschrift' bij het bestuursorgaan had behoren te berusten. Peters vraagt zich af of dit een restrictie is.[78] Ik denk echter niet dat hier sprake is van een beperking ten opzichte van de jurisprudentie onder de Wob, nu de Afdeling reeds beoordeelde of de informatie op grond van de Archiefwet bij het bestuursorgaan behoorde te berusten en de Archiefwet een wettelijk voorschrift is.

De tweede jurisprudentielijn is dat een bestuursorgaan na indiening van een Wob-verzoek niet meer de vrijheid heeft om documenten waarop dat verzoek betrekking heeft te vernietigen. Vanaf dat moment dient het behoud daarvan volledig te worden gewaarborgd.[79] Deze jurisprudentielijn is gecodificeerd in artikel 4.1a Woo.

Anders dan de Wob, bevat de Woo wel enkele bepalingen over het bewaren van informatie. Allereerst bevat artikel 2.4 Woo een zorgplicht. Deze zorgplicht houdt in dat een bestuursorgaan er zorg voor moet dragen dat de documenten die het ontvangt, vervaardigt of anderszins onder zich heeft, zich in goede, geordende en toegankelijke staat bevinden en dat de informatie die het verstrekt, actueel, nauwkeurig en vergelijkbaar is. Een vergelijkbare verplichting is opgenomen in de Archiefwet.[80] Ten tweede betreft hoofdstuk 6 van de Woo de digitale informatiehuishouding. Bestuursorganen moeten maatregelen treffen ten behoeve van het duurzaam toegankelijk maken van de digitale documenten.[81] Daartoe zullen meerjarenplannen worden opgesteld[82] en komt er een Adviescollege openbaarheid en informatiehuishouding (hierna: Adviescollege O&I) dat hierover mag adviseren.[83] Op deze instrumenten om de informatiehuishouding op orde te krijgen, wordt ingegaan in paragraaf 3.4.

3.2.2 De AVG

Tussen het recht op informatie en het recht op privacy bestaat een inherent spanningsveld. De Archiefwet en de Woo hebben als uitgangspunt om informatie te bewaren en openbaren, terwijl de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) juist persoonsgegevens wil beschermen en daarom dataminimalisatie als uitgangspunt neemt. Als beide rechten in samenhang met elkaar worden beschouwd, dan leidt dat tot het volgende beeld. De AVG stelt dat persoonsgegevens niet langer

76 Art. 4.2 lid 2 Woo.
77 Art. 8.5 Woo.
78 AB 2021/17, onder 6.
79 O.a. ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477.
80 Art. 3 Archiefwet.
81 Art. 6.1 Woo.
82 Art. 6.2 Woo.
83 Art. 7.1 en 7.2 Woo.

moeten worden bewaard dan nodig voor het doel waarvoor ze worden verwerkt.[84] In de AVG is niet vastgelegd op welke wijze dat moet gebeuren. De Archiefwet biedt hiervoor het kader.[85] Deze wet bepaalt namelijk dat overheidsorganisaties selectielijsten moeten vaststellen (waarover hierna meer) en die selectielijsten bevatten bewaartermijnen. Om de bewaartermijn van een document te bepalen, moet dus niet alleen het algemeen belang van archiveren worden meegenomen, maar ook de noodzaak van het bewaren ervan op grond van de AVG. Selectielijsten die dateren van vóór de AVG[86] houden dus mogelijk nog onvoldoende rekening met de belangen die de AVG beoogt te beschermen.[87] Voor sommige categorieën van documenten zal die belangenafweging ertoe leiden dat het document blijvend moet worden bewaard, maar soms zal tot een kortere bewaartermijn worden besloten. Als die beperkte bewaartermijn is verstreken, moet de informatie worden vernietigd, omdat anders in strijd met de AVG persoonsgegevens langer worden bewaard dan noodzakelijk.

E-mails, sms- en whatsappberichten die bij het uitvoeren van overheidstaken zijn gebruikt, zijn documenten in de zin van de Woo en moeten dus worden bewaard. Dit betekent echter niet dat volledige mailboxen en 'digitaal postvakken met sms- of whatsapp-berichten' moeten worden bewaard, zeker niet als het een postvak op een privételefoon betreft. Die postvakken zijn volgens de Afdeling geen archiefbescheid in de zin van de Archiefwet. De Afdeling betrekt bij dit oordeel de AVG. Het bewaren van digitale postvakken impliceert het (blijven) verwerken van veel persoonsgegevens en daarvoor gelden op grond van de AVG eisen van grondslag, noodzaak en proportionaliteit. Daarom is het niet bewaren van dergelijk digitale postvakken op een privételefoon niet in strijd met de Archiefwet.[88]

3.2.3 De Archiefwet

Op grond van de Archiefwet (Aw) zijn overheidsorganen[89] verplicht de onder hen berustende archiefbescheiden[90] in goede, geordende en toegankelijke staat te

84 Zie art. 5 AVG voor de beginselen die gelden voor de verwerking van persoonsgegevens. Er moet sprake zijn van een rechtmatige gegevensverwerking op grond van art. 6 AVG. Alleen rechtmatig verwerkte gegevens mogen vervolgens worden gearchiveerd in het algemeen belang (art. 5 lid 1 onder e en art. 89 AVG).

85 Uit art. 17 lid 3 AVG volgt dat op het bestuur geen plicht rust om persoonsgegevens zonder onredelijke vertraging te wissen als op hem een wettelijke verwerkingsplicht rust. Op grond van de Archiefwet en op basis daarvan vastgestelde selectielijsten, zijn bestuursorganen verplicht om documenten gedurende een bepaalde termijn te bewaren. Gegevens kunnen dan niet op grond van art. 17 lid 1 AVG eerder worden gewist. Zie in deze zin ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1028.

86 De AVG is sinds 25 mei 2018 van toepassing.

87 Zie hierover ook KIA 2020, p. 13-14.

88 ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477. Zie uitgebreider: Informatieblad archiveren chatberichten van het Nationaal archief.

89 Art. 1 onder b Aw bevat een definitie van overheidsorgaan die overeenkomt met die van een bestuursorgaan uit art. 1:1 lid 1 Algemene wet bestuursrecht (Awb), maar deze omvat daardoor ook de in art. 1:1 lid 2 Awb uitgezonderde organen.

90 Het begrip 'archiefbescheiden' komt overeen met het begrip 'document' in de Wob/Woo. Art. 1 onder c sub 1 Aw definieert archiefbescheiden namelijk als: 'bescheiden, ongeacht hun vorm,

brengen en te bewaren, alsmede zorg te dragen voor de vernietiging van de daarvoor in aanmerking komende archiefbescheiden.[91] Deze verplichting (die dus ook is opgenomen in de Woo) wordt uitgewerkt in het Archiefbesluit 1995 (Ab)[92] en de Archiefregeling (Ar).

De Aw bepaalt daarnaast dat de zorgdrager[93] verplicht is tot het ontwerpen van selectielijsten waarin wordt aangegeven welke archiefbescheiden voor vernietiging in aanmerking komen.[94] Archiefbescheiden die niet voor vernietiging in aanmerking komen en ouder zijn dan twintig jaar moeten worden overgebracht naar een archiefbewaarplaats.[95] Bij het ontwerpen en vaststellen van selectielijsten moet niet alleen rekening worden gehouden met de waarde van de archiefbescheiden als bestanddeel van het cultureel erfgoed en het belang ervan voor recht- of bewijszoekenden en voor historisch onderzoek, maar ook met de taak van het desbetreffende overheidsorgaan.[96] Een selectielijst moet een systematische opsomming bevatten van categorieën archiefbescheiden, waarin bij iedere categorie is aangegeven of de archiefbescheiden bewaard worden dan wel na welke termijn zij voor vernietiging in aanmerking komen.[97] Ook moeten in een selectielijst criteria worden opgenomen op basis waarvan archiefbescheiden die eigenlijk voor vernietiging in aanmerking komen, toch van vernietiging worden uitgezonderd.[98] Dit worden ook wel 'hotspots' genoemd. Een hotspot is een gebeurtenis of kwestie die leidt tot een opvallende of intensieve interactie tussen overheid en burgers of tussen burgers onderling. Het gaat dus om zaken die veel maatschappelijke beroering veroorzaken.[99] Op de hotspotlijst van het ministerie van Financiën zijn bijvoorbeeld opgenomen: de MH17-vliegramp, de coronacrisis en de toeslagenaffaire.[100]

Om te concretiseren hoe selectielijsten werken, zal hierna een voorbeeld worden gegeven.

Casus
Gemeenten werken met de Selectielijst gemeenten en intergemeentelijke organen 2020 die door de VNG is opgesteld. Aan de selectielijst liggen procestypen ten grondslag. Voorbeelden van procestypes zijn 'beleid en

---

door de overheidsorganen ontvangen of opgemaakt en naar hun aard bestemd daaronder te berusten'.

91 Art. 3 Aw.

92 Art. 11-14 Ab.

93 Art. 1 onder d Aw bepaalt dat de zorgdrager degene is die bij of krachtens de wet belast is met de zorg voor de archiefbescheiden. Dit is voor gemeenten het college van burgemeester en wethouders (art. 30 Aw), voor provincies zijn dat Gedeputeerde Staten (art. 27 Aw) en voor het Rijk de Eerste en de Tweede Kamer, de andere Hoge Colleges van Staat, de directeur van het Kabinet van de Koning en de ministers (art. 23 Aw).

94 Art. 5 Aw.

95 Art. 12 Aw.

96 Art. 2 Ab.

97 Art. 5 lid 1 onder c Ab.

98 Art. 5 lid 1 onder e Ab.

99 Nationaal Archief 2015, p. 21.

100 www.nationaalarchief.nl/archiveren/kennisbank/hotspots-ministerie-van-financien-2014.

regelgeving', 'toestemming verlenen' en 'geschillen afhandelen'. Een procestype ziet op een bepaald procesobject. Een voorbeeld van een projectobject is een vergunning of een overeenkomst.
Stel nu dat een ondernemer een vergunning aanvraagt voor de exploitatie van een speelautomatenhal en een omgevingsvergunning voor bouwwerkzaamheden aan die hal. De exploitatievergunning wordt op grond van de APV verleend voor de duur van vijftien jaar. Tegen beide vergunningen wordt een bezwaarschrift en vervolgens een beroepschrift ingediend door omwonenden. Zowel het bezwaar als beroep wordt ongegrond verklaard.
Vanuit het perspectief van (de advocaat van) de ondernemer en de omwonenden is hier wellicht sprake van één zaak. Vanuit het perspectief van de gemeentelijke organisatie is echter sprake van (ten minste) vier zaken.
De APV en, op basis van de APV opgestelde, beleidsregels vallen onder het procestype 'beleid en regelgeving'. Omdat sprake is van beleid met een externe werking (categorie 2.1.1) geldt hiervoor de (volledige) bewaartermijn van twintig jaar, waarna de documenten worden overgedragen naar de archiefbewaarplaats.
De verleende exploitatievergunning valt in het procestype 'toestemming verlenen', met als procesobject 'verleende toestemming'. Voor de documenten die betrekking hebben op deze vergunningverlening geldt een bewaartermijn van één jaar vanaf het moment dat de geldigheidsduur van de vergunning verstrijkt (categorie 11.1.2). Verleende omgevingsvergunningen vallen echter in categorie 11.1.6. Deze categorie heeft geen beperkte bewaartijd.[101] Dit betekent dat de APV-vergunning na (vijftien+één=) zestien jaar mag worden vernietigd en de omgevingsvergunning blijvend wordt bewaard door de archiefbewaarplaats.
De bezwaar- en beroepsprocedure vallen binnen het procestype 'geschillen behandelen'. Hiervoor geldt een termijn van vijf jaar die gaat lopen op het moment dat het geschil is afgerond (categorie 13.1).

Van belang is dat concepten[102] volgens de VNG selectielijst niet hoeven te worden bewaard. Ook kopieën kunnen worden vernietigd, tenzij zij een rol hebben gespeeld in het werkproces, bijvoorbeeld als er op de kopieën aantekeningen zijn gemaakt die niet op het origineel voorkomen en die van belang zijn voor de reconstructie van een zaak.[103] De vraag is hoe deze theorie van de selectielijst wordt toegepast in de dagelijkse praktijk. Daarover gaan de volgende twee paragrafen, maar eerst nog een korte opmerking over toezicht en handhaving. Op Rijksniveau houdt de Inspectie O&E toezicht.[104] De Inspectie O&E brengt regelmatig inspectierapporten uit

101 Geweigerde vergunningaanvragen vallen in categorie 11.2. Hiervoor geldt een bewaartermijn van vijf jaar.
102 Hieronder wordt verstaan: '(al dan niet automatisch opgeslagen) versies van archiefbescheiden die verder geen rol of status hebben in het proces'.
103 VNG Selectielijst 2020, p. 9.
104 Art. 25a i.s.m. het Aanwijzingsbesluit ambtenaren Erfgoedinspectie tot toezichthoudende ambtenaren Archiefwet en Archiefwet BES.

waarin het bevindingen van het toezicht en aanbevelingen opneemt. De Inspectie O&E beschikt niet over de bevoegdheid om een last onder dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen. Voor gemeenten is de gemeentearchivaris belast met het toezicht op de archiefbescheiden van de gemeentelijke organen.[105] Daarnaast gelden de regels van interbestuurlijk toezicht.[106]

In november 2021 is een wetsvoorstel voor een nieuwe Archiefwet (de Archiefwet 2021) bij de Tweede Kamer ingediend.[107] De aanleiding voor de Archiefwet 2021 is dat de regels uit de Archiefwet 1995 niet altijd goed zijn toe te passen of te begrijpen in de nieuwe context van digitaal informatiebeheer. Dat geldt ten eerste voor de duurzaamheid van digitale informatie. Ten tweede is de hoeveelheid informatie die overheidsorganen onder zich hebben exponentieel gegroeid. Met andere woorden: de wet was aan modernisering toe.[108] Zo worden onder meer de in de wet gebruikte begrippen gemoderniseerd. Het wetsvoorstel heeft het over documenten (in plaats van archiefbescheiden), archiefdiensten (in plaats van archiefbewaarplaats) en duurzame toegankelijkheid (in plaats van goede geordende en toegankelijke staat). Het systeem van archivering blijft echter grotendeels ongewijzigd. Ook de Archiefwet 2021 werkt met selectielijsten (in art. 5.1 aangeduid als selectiebesluiten) als basis voor wat bewaard moet worden en wat vernietigd. De termijn om documenten over te brengen naar de archiefdienst wordt verkort van twintig jaar naar tien jaar. Dat betekent dat de archiefdiensten tien jaar eerder de verantwoordelijkheid krijgen om die documenten voor de eeuwigheid te bewaren en duurzaam toegankelijk te houden.[109]

Ten Cate heeft in 2019 vijf knelpunten beschreven in de verhouding tussen de huidige Archiefwet en de Wob. Deze knelpunten zien met name op het overbrengingsproces. Zo signaleert zij dat de goede ordening en een inschatting van de openbaarheid vaak pas bij de overbrenging geregeld worden. Dit is niet alleen arbeidsintensief, maar kan er ook toe leiden dat informatie onbedoeld 'dicht' blijft of juist openbaar wordt. Ook heeft de toename van het aantal informatieverzoeken tot gevolg dat de vraag actueler is geworden welke informatie moet worden bewaard. Hiervoor wordt naar de selectielijsten gekeken, maar deze vereisen nog een interpretatie naar de praktijk.[110] Ik ben het met haar eens dat de Woo en de nieuwe Archiefwet deze knelpunten naar verwachting niet zullen oplossen.[111] De genoemde knelpunten waar de praktijk mee worstelt, zullen onderdeel moeten zijn van de meerjarenplannen die de komende jaren worden opgesteld om de informatiehuishouding bij de overheid op orde te brengen (waarover meer in par. 3.4).

105 Art. 32 Gemeentewet
106 De taakverwaarlozingsregeling is neergelegd in art. 124 Gemeentewet, art. 121 Provinciewet en art. 60 Waterschapswet.
107 *Kamerstukken II* 2021/22, 35968, nr. 2.
108 *Kamerstukken II* 2021/22, 35968, nr. 3, p. 3.
109 *Kamerstukken II* 2021/22, 35968, nr. 3, p. 10.
110 Ten Cate, *Gst.* 2019/134, p. 677.
111 Ten Cate, *Gst.* 2019/134, p. 678-679.

3.2.4 Tussenconclusie

In het voorgaande heb ik geschetst hoe de Woo, AVG en Archiefwet met elkaar zijn verbonden als het gaat om de vraag welke informatie moet worden bewaard. Het recht op informatie kan niet los worden gezien van de archivering van die informatie. Als de archivering niet correct geschiedt, kan de gevraagde informatie immers niet openbaar worden gemaakt. Door beide aspecten in twee verschillende wetten neer te leggen – en ook onder te brengen bij twee verschillende ministeries[112] – bestaat het risico dat die samenhang verloren raakt. Zo valt op dat in de Woo het algemeen belang van openbaarheid van publieke informatie voor de democratische samenleving is vastgelegd. Dit belang wordt niet wordt genoemd in de Archiefwet 2021,[113] terwijl de Archiefwet wel de basis vormt voor hetgeen wordt bewaard. Ik zou er dan ook voor willen pleiten dat de Archiefwet 2021 wordt geïntegreerd in de Woo.[114]

Een tweede punt dat ik wil benadrukken, is dat een belangrijk onderdeel van archiveren vernietigen is. Het uitgangspunt van de Archiefwet is uitdrukkelijk niet dat alle informatie waarover de overheid beschikt, blijvend moet worden bewaard. Het recht op privacy, zoals beschermd door de AVG, is een belangrijke rechtvaardiging om documenten niet langer dan noodzakelijk te bewaren. Daarnaast is er ook een praktische reden. De laatste jaren is de hoeveelheid informatie enorm toegenomen, denk bijvoorbeeld alleen maar aan de hoeveelheid e-mails die een ambtenaar per dag ontvangt. Hoewel dit preadvies gaat over het openbaar maken van overheidsinformatie, zou ik dan ook eveneens willen pleiten voor het (uiteraard gecontroleerd) vernietigen van overheidsinformatie. Door betekenisloze e-mails niet (centraal) te bewaren, kan sneller en beter gezocht worden in de e-mails die er wel toe doen. Dit komt ook de Woo-uitvoeringspraktijk ten goede.

3.3 Twee praktijkvoorbeelden: de toeslagenaffaire en de coronafiles

Hiervoor is het juridisch kader geschetst voor de informatiehuishouding, zoals deze met name volgt uit de Archiefwet. De praktijk is echter weerbarstig, zoals zal blijken uit onderstaande twee voorbeelden.

3.3.1 De toeslagenaffaire

Een van de onderwerpen die in het onderzoek van de POK aan de orde is gekomen, is de informatiehuishouding van Belastingdienst/Toeslagen. De POK constateert dat de informatievoorziening richting de Tweede Kamer en richting de POK zelf onvoldoende was. De Tweede Kamer is bij herhaling geconfronteerd met ontijdige, onvolledige en onjuiste informatie. Deze slechte informatievoorziening heeft geleid tot een ernstige belemmering van het (politiek) functioneren van bewindspersonen.

---

112 De minister van BZK is verantwoordelijk voor de Woo, terwijl de minister van OCW verantwoordelijk is voor de Archiefwet.

113 Art. 2.5 Woo resp. 1.3 Aw 2021.

114 Vgl. het Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie uit 2016 waarin ook werd voorgesteld om de Archiefwet (als tweede tranche) in die wet op te nemen.

Achter de gebrekkige informatievoorziening gaat volgens de POK een tekortschietende informatiehuishouding schuil. De POK betwijfelt of enkele ministeries wel voldoen aan wet- en regelgeving omtrent archivering. De POK is van mening dat het op orde brengen van de informatiehuishouding een prioriteit moet zijn, omdat dat nodig is voor het goed functioneren van de ministeries, van de parlementaire democratie en van de controlerende functie van de media.[115]

Ook de Inspectie O&E heeft onderzoek gedaan naar de informatiehuishouding van Belastingdienst/Toeslagen in de periode 2013-2020.[116] De Inspectie constateert dat de informatie over de kinderopvangtoeslag van ouders waarvan de toekenning niet automatisch verliep,[117] niet altijd goed toegankelijk is en niet goed is terug te vinden. Dit wordt veroorzaakt door de volgende situatie:

> 'De systemen van Toeslagen zijn ruim tien jaar geleden ontworpen ter ondersteuning van de eigen bedrijfsvoering. Zij zijn niet ontworpen om informatie in samenhang te genereren; er bestaat niet zoiets als een ouderdossier. Er zijn twee belangrijke systemen waar veel informatie over burgers in staat: het Toeslagen Verstrekkingen Systeem (TVS) van Toeslagen en het digitaal archiefsysteem (DAS) van de Belastingdienst, dat de inkomende en uitgaande correspondentie bevat. Wanneer een burger onderdeel wordt van een handmatige behandeling of onderzoek van Toeslagen, zijn deze systemen echter niet toereikend. De medewerkers van Toeslagen wijken dan uit naar diverse lokaal ontwikkelde applicaties en de netwerkschijven om de informatie op te slaan. In één geval wordt informatie daarnaast nog op papier opgeslagen. Bij het samenstellen van informatie over een burger kan dit betekenen dat er op tenminste 11 mogelijke plaatsen naar informatie moet worden gezocht. Omdat de systemen TVS en DAS zijn ingericht per BSN, kan ook de informatie over CAF-zaken en MT-verslagen niet in deze systemen opgeslagen worden. Toeslagen heeft geen document management systeem voor opslag en beheer van documenten. In die situatie is dus ook gebruik gemaakt van alternatieve opslaglocaties. Informatie die relevant is voor de toeslagenaffaire is dus, naast de systemen TVS en DAS, op (vele) netwerkschijven, persoonlijke schijven, in persoonlijke e-mailboxen en in papieren dossiers opgeslagen.'[118]

De Inspectie stelt dat deze gefragmenteerde opslag heeft geleid tot een verminderde toegankelijkheid van informatie en dat dit verklaart waarom het samenstellen van een volledig ouderdossier in het kader van de hersteloperatie toeslagen in het begin 400 uur kostte. Volgens de Inspectie moet het op basis van de Archiefwet mogelijk zijn 'om de informatie die een organisatie over een burger bezit binnen een redelijke termijn te reconstrueren. Voor de burger, maar bijvoorbeeld ook voor het voeren van een beroepszaak voorzien van alle relevante informatie.' Daarvan is in dit geval

115 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 6 en 87-91.
116 Inspectie O&E 2021b.
117 In het rapport wordt ook gesteld dat hoewel de informatiehuishouding van Toeslagen weliswaar verbeterd moet worden, de huidige situatie voor het grootste gedeelte van de toekenning van toeslagen geen problemen oplevert.
118 Inspectie O&E 2021b, p. 5-6.

geen sprake. Het is in principe niet noodzakelijk dat alle informatie met betrekking tot een zaak bij elkaar staat, maar als dat niet het geval is, dan is wél vereist dat een organisatie overzicht heeft over waar de informatie over een bepaald proces of zaak zich bevindt. Bij Toeslagen ontbrak centrale regie op de manier waarop informatie werd opgeslagen en geordend in mappenstructuren.[119] De Inspectie O&E concludeert daarnaast dat 9000 papieren beroepsdossiers voortijdig zijn vernietigd. Dit heeft kunnen gebeuren door het gebrek aan overzicht over de aanwezige informatie, in combinatie met gebreken in de toepassing van bewaartermijnen en in de uitvoering van de vernietigingsprocedure.[120] Al met al een zorgwekkend beeld. De Inspectie O&E stelt dan ook dat een integraal beleidsplan voor de informatiehuishouding dringend nodig is en de uitvoering van dat plan de komende twee à drie jaren prioriteit moet krijgen.[121]

3.3.2 De coronafiles

Een andere zaak die het afgelopen jaar veel aandacht heeft gekregen, is de afhandeling van de 241 Wob-verzoeken over het coronabeleid die zijn ingediend bij de minister van VWS. Op de afhandeling van deze omvangrijke Wob-verzoeken zal in hoofdstuk 5 nog worden ingegaan. Hier wordt stilgestaan bij de informatiehuishouding van VWS.

De 241 Wob-verzoeken hebben allemaal betrekking op de aanpak van de coronacrisis, maar zien op verschillende aspecten daarvan, bijvoorbeeld over testen, vaccinaties of de getroffen maatregelen. Naar aanleiding van de Wob-verzoeken heeft VWS informatiespecialisten ingehuurd die met behulp van software geautomatiseerd alle documenten over corona uit de e-mailboxen, de digitale gegevensdragers en het DMS van VWS hebben opgezocht. Dit leverde meer dan 5,6 miljoen documenten op. Vervolgens heeft diezelfde software de duplicaten zo veel mogelijk uit de informatie gefilterd, waarna er nog 'maar' 1,8 miljoen documenten overbleven. Die documenten zijn vervolgens naar onderwerp gecategoriseerd en opgesplitst in 'batches' per maand. Alle documenten worden nu per batch beoordeeld door meer dan honderd Wob-juristen. Informatie over namen, telefoonnummers en e-mailadressen wordt automatisch geredigeerd en vervolgens handmatig door de juristen gecontroleerd op overige uitzonderingsgronden.[122] VWS heeft van bovenstaande werkwijze deze *infographic* gemaakt:[123]

---

119 Inspectie O&E 2021b, p. 6.
120 Inspectie O&E 2021b, p. 7.
121 Inspectie O&E 2021b, p. 8.
122 Zie over deze werkwijze onder meer de Kamerbrieven van 21 juli 2021 (kenmerk 3233572-1013191-WJZ) en 7 september 2021 (kenmerk 3250821-1014852-WJZ).
123 www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-volksgezondheid-welzijn-en-sport/aanpak-vws-wob-verzoeken-corona.

Als gekeken wordt naar de informatiehuishouding, dan valt ten eerste op dat ook bij VWS de informatie op verschillende plaatsen wordt opgeslagen. De hectiek van de coronacrisis kan dit wellicht mede verklaren, maar het gevolg is dat externe specialisten ingehuurd moeten worden om op basis van trefwoorden al deze vindplaatsen te doorzoeken. Als deze specialisten niet zouden zijn ingehuurd dan zouden de ambtenaren zelf deze miljoenen documenten hebben moeten zoeken en aanleveren bij de Wob-juristen. Ten tweede valt op dat doordat op veel plaatsen is gezocht, er veel duplicaten zijn gevonden.[124] VWS heeft geïnvesteerd in software om deze duplicaten te identificeren, maar veel bestuursorganen beschikken niet over deze software met als gevolg dat Wob-juristen in de praktijk vaak onnodig tijd kwijt zullen zijn aan deze duplicaten.

124 Dit kunnen, aldus Zylab, soms meer dan 60% van de documenten betreffen: www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/kennispartners/zylab-technologies-b-v/soms-meer-dan-60-duplicaten-bij-het-afhandelen.19091179.lynkx.

De Inspectie O&E heeft in november 2021 aangekondigd naar aanleiding van deze casus onderzoek te gaan doen naar e-mailarchivering bij de centrale overheid.[125] Volgens de Inspectie is e-mail het voornaamste schriftelijke communicatiemiddel binnen de overheid, maar is het opslaan van e-mail in de praktijk problematisch. Om tegen te gaan dat e-mails verdwijnen, is een oplossing gezocht in de zogeheten '*capstone*-methodiek'.[126] Dit houdt in dat alle e-mails van ambtenaren voor tien jaar wordt bewaard. De e-mails van sleutelfiguren wordt na tien jaar overgebracht naar een archiefbewaarplaats en de overige e-mails worden vernietigd. Het hanteren van deze methode is beter dan geen methode, maar het nadeel is dat de e-mails één grote vergaarbak blijven en e-mails niet worden opgeslagen bij andere stukken die over dat onderwerp gaan (de processen uit de selectielijsten). Dit heeft gevolgen voor het afhandelen van informatieverzoeken, omdat bij het doorzoeken van deze vergaarbakken ook veel duplicaten en irrelevante e-mails (handmatig) moeten worden doorzocht.

3.3.3 Tussenconclusie

Was de toeslagenaffaire een exces? Wellicht, maar in de inleiding wees ik al op het rapport 'De Dementerende overheid 2.0' van de Inspectie O&E waaruit volgt dat bij vrijwel alle overheden de (digitale) informatiehuishouding niet op orde is. Ik denk dat de veelheid aan plaatsen waar documenten worden opgeslagen (e-mailboxen, netwerk- en lokale schijven) voor veel mensen herkenbaar is. Hoewel het voor de individuele ambtenaar wellicht prima werkt om informatie gefragmenteerd in een eigen mappenstructuur op te slaan, is het voor de afhandeling van informatieverzoeken problematisch omdat informatie verloren raakt en het afhandelen van de verzoeken onnodig veel tijd kost. In reactie op het rapport van de POK heeft de regering een aantal maatregelen aangekondigd die de informatiehuishouding op orde moet brengen. Deze maatregelen worden in de volgende paragraaf beschreven.

3.4 Oplossingen om de informatiehuishouding op orde te krijgen

In de kabinetsreactie op het rapport van de POK is een aantal plannen aangekondigd die ervoor moeten zorgen dat de informatievoorziening op orde komt.[127] Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op de actie- en meerjarenplannen, de Regeringscommissaris en het Adviescollege O&I.

3.4.1 Actieplannen en meerjarenplannen

Naar aanleiding van de kabinetsreactie is het generiek actieplan informatiehuishouding 'Open op orde' opgesteld. Dit actieplan is een analyse van de huidige stand van de informatiehuishouding op rijksniveau. Uit de analyse is gebleken dat de informatiehuishouding van het hele rijk over vier assen een grote veranderopgave

125 www.inspectie-oe.nl/actueel/nieuws/2021/11/08/inspectie-e-mailarchivering-bij-de-centrale-overheid.

126 Zie over deze methodiek uitgebreider de ontwerpselectielijst e-mailbewaring van de VNG en de Model selectielijst voor automatisch bewaarde e-mail van de RDDI.

127 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4.

heeft. Het betreft knelpunten bij de capaciteit aan informatieprofessionals en de rol van medewerkers in het primaire proces, de grote hoeveelheid en aard van informatie, de veelheid en kwaliteit van de informatiesystemen en de sturing en naleving op dit vraagstuk. Ingeschat wordt dat deze verbeteringsoperatie tot en met 2026 zal duren.[128] Zo zal er onder meer een Besluit Informatiehuishouding rijksoverheid komen waarin verantwoordelijkheden en eisen met betrekking tot informatiebeheer en publicatie van overheidsinformatie voor de gehele rijksoverheid worden vastgelegd.[129] Naast dit generieke actieplan hebben alle departementen en organisaties een eigen actieplan opgesteld met een nulmeting van hun informatiehuishouding. Voor de verbetering van de informatiehuishouding is tot en met 2026 € 787 miljoen beschikbaar gesteld.[130]

Opvallend vind ik dat in de Kamerbrieven met name wordt gesproken over het op orde krijgen van de informatiehuishouding op rijksniveau. In het generiek actieplan wordt geen aandacht besteed aan de informatiehuishouding van decentrale overheden, terwijl zij met vergelijkbare problemen worstelen. De Woo is deze decentrale overheden niet vergeten. Naar aanleiding van het rapport van de POK is aan de Woo een nieuw hoofdstuk 6 toegevoegd.[131] Dit hoofdstuk bevat twee verplichtingen voor overheden. De eerste verplichting is dat bestuursorganen maatregelen moeten treffen ten behoeve van het duurzaam toegankelijk maken van hun digitale documenten.[132] Deze verplichting richt zich tot alle bestuursorganen, dus ook op decentraal niveau. De tweede verplichting richt zich tot de ministers van BZK en OCW. Zij moeten een meerjarenplan naar de Staten-Generaal sturen over de wijze waarop bestuursorganen hun digitale overheidsinformatie duurzaam toegankelijk maken. Dit meerjarenplan moet langetermijndoelen voor de verbetering van de informatiehuishouding bevatten.[133] Ook dit artikel is dusdanig geformuleerd dat het meerjarenplan niet alleen de informatiehuishouding van het rijk kan omvatten.

3.4.2 Regeringscommissaris

Een rijksbrede verbeteroperatie van zes jaar is een grote uitdaging. Dat is de reden waarom in de kabinetsreactie is aangekondigd dat er een regeringscommissaris wordt benoemd. Deze is verantwoordelijk voor de uitvoering van het generieke actieplan en moet de uitvoering van de plannen coördineren.[134] Inmiddels lijkt het er echter op dat het kabinet tot voortschrijdend inzicht is gekomen. Naast de regeringscommissaris zal er namelijk ook een Adviescollege O&I komen (waarover in de volgende paragraaf meer) dat onder meer als taak heeft om te adviseren over de informatiehuishouding. Ook krijgt de Inspectie O&E er structureel geld bij, waardoor zij meer en diepgaander onderzoek kan doen. De staatssecretaris van BZK

128 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 29362, nr. 291, p. 3.
129 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2020/21, 29362, nr. 291, p. 21.
130 *Kamerstukken II* 2021/22, 29362, nr. 299, p. 2.
131 Het past niet goed in het systeem van de Woo en Archiefwet dat de Woo bepalingen over de informatiehuishouding bevat. Het is daarom de bedoeling dat hoofdstuk 6 vervalt zodra de doelstelling van art. 6.1 is gerealiseerd (art. 10.2f Woo).
132 Art. 6.1 Woo.
133 Art. 6.2 Woo.
134 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4, p. 20. *Kamerstukken II* 2020/21, 29362, nr. 291, p. 2.

heeft aangegeven dat hij het van belang vindt dat de sturing en het toezicht op de verbetering van de informatiehuishouding een effectieve en efficiënte structuur kent. Daarom is het voornemen nu dat de regeringscommissaris een rol krijgt in de 'opbouwfase' door een verbindende rol te spelen tussen de verschillende actoren op het terrein van de informatiehuishouding. Daarom zal de regeringscommissaris slechts parttime worden aangesteld voor de duur van naar schatting twee jaar.[135] Ik ben het met de staatssecretaris eens dat de regeringscommissaris gaat opereren in een complex bestuurlijk veld. De ministeries gaan immers primair zelf over hun eigen informatiehuishouding en bij de uitvoering van de verbeteropgave is een groot aantal gremia betrokken.[136] Ik vraag me dan ook af of een parttime regeringscommissaris met slechts een mandaat voor twee jaar voldoende slagkracht zal hebben om snel voortgang te boeken, maar hopelijk ben ik op dit punt te sceptisch.

3.4.3 Adviescollege O&I

Artikel 7.1 Woo bepaalt dat er een Adviescollege openbaarheid en informatiehuishouding (Adviescollege O&I) komt. Het Adviescollege krijgt twee taken: een adviestaak[137] en een bemiddelingstaak.[138] Op die bemiddelingstaak – die een beperkt klachtrecht behelst – wordt ingegaan in hoofdstuk 7. De adviestaak heeft betrekking op de informatiehuishouding die centraal staat in dit hoofdstuk. Die adviestaak omvat onder meer dat het Adviescollege de regering en de beide Kamers gevraagd en ongevraagd adviseert over zowel voorstellen voor regels als de uitvoering van regels over openbaarmaking van informatie. Daarnaast adviseert het de minister van BZK periodiek over actualisatie van het meerjarenplan.[139] Interessant is dat het Adviescollege de toepassing van de Woo moet bevorderen door onder meer het geven van voorlichting aan bestuursorganen en anderen en het publiceren van richtsnoeren ter bevordering van de openbaarmaking uit eigen beweging en de ontsluiting van informatie. Het Adviescollege kan ook onderzoek doen en rapporteren over de openbaarmaking van informatie in algemene zin of door specifieke organen in het bijzonder. En *last but not least* zal het Adviescollege ook nog personen moeten gaan opleiden die betrokken zijn bij de uitvoering van openbaarmaking van informatie.[140]

Ten tijde van het afronden van dit preadvies moet het Adviescollege nog worden opgericht. Het is dan ook nog onduidelijk hoe het Adviescollege deze omvangrijke adviseringstaak zal gaan oppakken. Ik denk dat het Adviescollege een duidelijke meerwaarde kan krijgen als het heldere richtsnoeren en andere vormen van voorlichting opstelt die gebruikt kunnen worden door alle bestuursorganen, zowel centraal als decentraal. Met de mogelijkheid om onderzoek te doen bij bestuursorganen en hierover te rapporteren lijkt, zeker in combinatie met het (beperkte)

135 *Kamerstukken II* 2021/22, 29362, nr. 299, p. 2 en 4.
136 Een belangrijke rol is daarbij weggelegd voor het Rijksprogramma Duurzaam Digitale Informatiehuishouding (RDDI).
137 Art. 7.2 Woo.
138 Art. 7.2 lid 4 en 7.3 Woo.
139 Art. 7.2 lid 1-3 Woo.
140 Art. 7.2 lid 5 Woo.

klachtrecht, het Adviescollege een nieuwe ombudsman voor overheidsinformatie te kunnen worden. De taakafbakening met de Inspectie voor O&E zal wel een aandachtspunt zijn, nu deze ook onderzoek doet naar de wijze waarop de Archiefwet wordt nageleefd. Ik zie echter twee belangrijke verschillen. De eerste is dat de regeringscommissaris en de Inspectie alleen toezien op de informatiehuishouding op rijksniveau, terwijl het Adviescollege ook een rol heeft bij de informatiehuishouding op decentraal niveau. Het tweede verschil is dat de Inspectie en regeringscommissaris zien op de informatiehuishouding (waarvoor primair de Archiefwet het kader biedt) terwijl het Adviescollege (ook) adviseert over de openbaarmaking van die informatie op grond van de Woo. Mede gelet op de onlosmakelijke samenhang tussen archiveren en openbaar maken, kan ik mij echter voorstellen dat bij de evaluatie van de Woo over vijf jaar[141] wordt bezien in hoeverre het wenselijk is om de Inspectie en het Adviescollege samen te voegen tot één toezichthouder.

3.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is ingegaan op de informatiehuishouding van de overheid. Mede door de toeslagenaffaire is het belang van een goede informatiehuishouding duidelijk geworden, alsook dat de huidige staat van die informatiehuishouding slecht is. De verbeteropgave die de komende jaren zal plaatsvinden is met name een uitvoeringsvraagstuk en minder een juridisch vraagstuk.

Als gekeken wordt naar de uitvoeringskant dan zijn er ten minste twee belangrijke aspecten. De eerste is de noodzaak om de informatieopslag te verbeteren door middel van het investeren in (digitale) informatiesystemen die zowel voldoen aan de eisen die de Archiefwet daaraan stelt (waarbij met name de bewaartermijnen uit de selectielijsten relevant zijn) als gebruiksvriendelijk zijn voor de 'werkvloer'. Dit wordt ook wel aangeduid als '*archiving by design*'. Door alle relevante informatie direct op de juiste plaats op te slaan, kan informatie gesystematiseerd worden bewaard én vernietigd.[142] Zowel het gecontroleerd bewaren als vernietigen van informatie draagt bij aan het beter vindbaar maken van die informatie als een Woo-verzoek wordt ingediend. Het tweede aandachtspunt aan de uitvoeringskant is wat inmiddels wordt aangeduid als de 'nieuwe bestuurscultuur'.[143] Het investeren in ICT alleen is onvoldoende. Het is ook van belang dat eenieder binnen de organisatie bereid is dat informatiesysteem te gebruiken.[144] Ook moeten ambtenaren de tijd krijgen om (voortvarend) informatieverzoeken af te handelen. Nu is het vaak een extra taak in een toch al volle werkweek.[145] Het is van belang dat ambtenaren zich realiseren dat, zoals in het vorige hoofdstuk is betoogd, het openbaar maken van informatie geen

141 Art. 8.9 Woo.

142 Zie over ICT en *tooling* ook OSF en IMI 2022, p. 26.

143 Ook in de hoofdlijnenbrief van de minister van BZK wordt benadrukt dat openbaarheid als speerpunt voor een goed functionerende overheidsorganisatie wordt gezien (Kamerbrief d.d. 24 januari 2022, met kenmerk 2022-0000044215, p. 5).

144 Volgens Berenschot en IMI omzeilt 37% van de rijksambtenaren de door het rijk beschikbaar gestelde (digitale) tools en voorzieningen (Berenschot en IMI 2021, p. 29).

145 Vgl. ook OSF en IMI 2022, p. 22-23 waar wordt gewezen op Noorwegen als voorbeeld van een land waar informatieverzoeken prioriteit krijgen.

gunst is maar een recht. Daarbij is wel van belang dat ambtenaren zich veilig voelen om informatie centraal op te slaan. Zij moeten weten dat er uitzonderingsgronden in de Woo zijn opgenomen en dat deze ervoor zorgen dat vertrouwelijke informatie, vertrouwelijk blijft. Op het belang van die uitzonderingsgronden, in het bijzonder de grond om persoonlijke beleidsopvattingen niet openbaar te maken, wordt ingegaan in hoofdstuk 6.

Naast deze uitvoeringsaspecten kunnen er op basis van het voorgaande ook twee juridische aandachtspunten worden geformuleerd. Ten eerste is er een onlosmakelijke samenhang tussen het archiveren (en vernietigen) van overheidsinformatie en het openbaar maken van die informatie. De keuze om dit in twee verschillende wetten (en bij twee verschillende ministers) neer te leggen vind ik ongelukkig, omdat die samenhang daarmee verloren gaat. Nu er een wetsvoorstel is ingediend voor een nieuwe Archiefwet, zou ik ervoor willen pleiten om hetgeen deze nieuwe wet bepaalt op te nemen in de Woo. Mijn tweede punt van aandacht – dat hiermee samenhangt – is de versnippering van het toezicht op de informatiehuishouding over het Adviescollege O&I (op grond van de Woo) en de Inspectie O&E (op grond van de Archiefwet). Als de wens van de regering is om het toezicht op de informatiehuishouding te versterken dan zou ik ervoor willen pleiten om de Inspectie en het Adviescollege te fuseren tot één toezichthouder.

Duidelijk is in ieder geval dat het verbeteren van de informatiehuishouding een langdurig traject zal zijn. Omdat een goede informatiehuishouding een absolute randvoorwaarde is voor het openbaar kunnen maken van die informatie, hoop ik dat het momentum dat er nu is, wordt vastgehouden. In de volgende hoofdstukken wordt stilgestaan bij de wijze waarop informatie actief of passief openbaar kan worden gemaakt. Zolang de informatiehuishouding echter nog niet op orde is, zal dit in de weg staan aan een verbetering van die openbaarmaking.

4 Actieve openbaarmaking

4.1 Inleiding

Het openbaar maken van informatie kan op twee manieren, namelijk uit eigen beweging of op verzoek. Openbaarmaking uit eigen beweging wordt ook wel aangeduid als 'actieve openbaarmaking'. Eén van de doelen van de Woo is dat bestuursorganen meer informatie actief openbaar maken. In paragraaf 4.2 en 4.3 wordt kort beschreven welke informatie op grond van de Woo actief openbaar moet worden gemaakt en hoe die openbaarmaking zal plaatsvinden. In paragraaf 4.4 wordt vervolgens gereflecteerd op deze keuze van de wetgever: wat is eigenlijk het nut van actieve openbaarmaking boven passieve openbaarmaking?

4.2 Van Wob naar Woo

Actieve openbaarmaking is niet nieuw. Artikel 8 lid 1 Wob bepaalde dat een bestuursorgaan uit eigen beweging informatie verschaft over het beleid, inclusief de voorbereiding en de uitvoering daarvan, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering. De Wob geeft hiermee volgens de initiatiefnemers een algemene opdracht om uit eigen beweging informatie over het beleid te verschaffen. Zij constateren echter dat de ruimte die artikel 8 Wob biedt in de praktijk niet wordt benut. Actieve openbaarheid is te veel afhankelijk gebleven van de goede wil van bestuurders en ambtenaren, terwijl ook juist de informatie die men niet naar buiten wil brengen, van groot belang kan zijn voor individuele burgers of de samenleving. Daarom is het volgens de initiatiefnemers nodig om de actieve openbaarheid te versterken. Het Wob-adagium 'openbaar, tenzij', zou 'actief openbaar, tenzij' moeten worden. Actieve openbaarheid biedt volgens de initiatiefnemers voordelen, zoals een breder bereik, meer mogelijkheden voor burgerparticipatie en versterking van de verantwoording.[146] Op deze vermeende voordelen wordt hierna onder 4.4 ingegaan. Hierna wordt eerst de in de Woo opgenomen regeling beschreven.

Allereerst bevat artikel 3.1 Woo een bepaling die – net als artikel 8 Wob – ziet op actieve openbaarmaking als inspanningsverplichting. Het artikel bepaalt dat een bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak uit eigen beweging de bij het bestuursorgaan berustende informatie neergelegd in documenten[147] voor eenieder

146 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 49-51. Duyvendak pleitte ook al voor meer actieve openbaarheid in de nota 'Open de oester'(*Kamerstukken II* 2004/05, 30214, nr. 1, p.4 en 13-14).

147 Deze informatie betreft aldus hetzelfde artikellid in ieder geval informatie over het beleid, inclusief de voorbereiding, uitvoering, naleving, handhaving en evaluatie.

openbaar maakt, indien dit zonder onevenredige inspanning of kosten redelijkerwijs mogelijk is, tenzij een van de uitzonderingsgronden aan openbaarmaking in de weg staan of met de openbaarmaking geen redelijk belang wordt gediend.[148]

Gelet op het feit dat onder de Wob deze inspanningsverplichting er niet toe heeft geleid dat veel informatie actief openbaar werd gemaakt, gaat de Woo een stap verder. Artikel 3.3 bevat namelijk een verplichting om bepaalde categorieën informatie actief openbaar te maken. Dit – zeer lange – artikel wordt in de praktijk[149] vereenvoudigd weergegeven door een onderverdeling te maken in de volgende informatiecategorieën:

1. wet- en regelgeving: algemeen verbindende voorschriften (avv's) en overige besluiten van algemene strekking;[150]
2. ontwerpen van wetten, andere avv's en besluiten van algemene strekking waarover extern advies is aangevraagd;[151]
3. organisatiegegevens;[152]
4. stukken bedoeld voor behandeling in de Eerste en Tweede Kamer (Kamerstukken), Provinciale Staten, gemeenteraden en algemene besturen van de waterschappen;[153]
5. vergaderstukken en verslagen van de onder 4 genoemde organen;[154]
6. agenda's en besluitenlijsten van de vergaderingen van de ministerraad, Gedeputeerde Staten, colleges van burgemeester en wethouders en dagelijkse besturen van waterschappen en dagelijkse besturen van openbare lichamen als bedoeld in de Wgr;[155]
7. adviezen van adviescolleges of -commissies;[156]
8. convenanten;[157]
9. jaarplannen en -verslagen;[158]
10. verplichtingen tot verstrekking van subsidies, anders dan met een beschikking;[159]

---

148 Bontje en Pietermaat bepleiten in hun preadvies dat dit artikel toegepast zou moeten kunnen worden voor de openbaarmaking van processtukken als er een bijzonder belang bij openbaarheid is (Bontje en Pietermaat 2022, par. 4.4 en 4.5).

149 Zie bijvoorbeeld www.informatiehuishouding.nl/Producten+%26+publicaties/vragen-en-antwoorden/vac-actieve-openbaarmaking/wat-zijn-de-woo-categorieen.

150 Art. 3.3 lid 1 aanhef en onder a en b.

151 Art. 3.3 lid 1 aanhef en onder c.

152 Art. 3.3 lid 1 aanhef en onder d en e.

153 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder a.

154 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder b en c.

155 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder d.

156 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder e.

157 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder f. Een convenant is een schriftelijke en door partijen ondertekende afspraak of een samenstel van zulke afspraken, hoe ook genoemd, van een bestuursorgaan met een of meer wederpartijen, die betrekking of mede betrekking heeft op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, of anderszins gericht of mede gericht is op het voorbereiden dan wel realiseren van overheidsbeleid (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 60).

158 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder g.

159 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder h. Volgens de wetsgeschiedenis komen dit soort overeenkomsten alleen voor bij het ministerie van Buitenlandse Zaken, omdat voor andere bestuursorganen geen uitzondering geldt van de verplichting op grond van de Awb om een subsidie bij beschikking te verlenen (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 60).

11. informatieverzoeken, de beslissingen daarop en de verstrekte informatie;[160]
12. onderzoeksrapporten die betrekking hebben op de wijze van functioneren van de eigen organisatie; of de voorbereiding of de evaluatie van beleid;[161]
13. beschikkingen,[162] tenzij sprake is van een van de 21 uitzonderingen;[163]
14. schriftelijke oordelen in klachtprocedures.[164]

Voor categorie 4 tot en met 14 geldt dat voordat deze informatie openbaar wordt gemaakt, eerst moet worden bezien in hoeverre één van de uitzonderingsgronden uit de Woo van toepassing is. De meeste informatiecategorieën moeten binnen twee weken openbaar worden gemaakt.[165]

Voor een aantal categorieën geldt dat deze (vaak) al openbaar worden gemaakt, bijvoorbeeld wet- en regelgeving, vergaderstukken en agenda's. Voor andere categorieën is dat niet het geval. Met name convenanten, subsidiebesluiten en andere beschikkingen worden nog niet standaard actief openbaar gemaakt. Bestuursorganen hebben aangegeven nog niet op 1 mei 2022 in staat te zijn om alle informatiecategorieën actief openbaar te maken. Daarom is dit artikel nog niet in werking getreden. Daarnaast maakt de Woo het mogelijk om de verplichting gefaseerd in werking te laten treden. Bij tijdelijke regeling zal worden bepaald dat de actieve openbaarmakingsverplichting nog niet gaat gelden voor bepaalde informatiecategorieën of voor bepaalde bestuursorganen (bijvoorbeeld wel op rijksniveau, maar nog niet op decentraal niveau).[166] De Woo bepaalt daarnaast dat deze verplichting tot actieve openbaarmaking uitsluitend geldt voor documenten die zijn vastgesteld of ontvangen nadat de verplichting is gaan gelden voor een bestuursorgaan.[167] Het artikel heeft dus geen terugwerkende kracht.

Het actief openbaar maken van beschikkingen kan, zeker voor bestuursorganen waar grote aantallen beschikkingen worden genomen, tijdrovend zijn. Daarom maakt artikel 3.3a Woo het ook mogelijk om te werken met overzichten. Het doel

160 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder i.
161 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder j.
162 De verplichting tot openbaarmaking ziet blijkens de wetsgeschiedenis enkel op de beschikking, niet op de aanvraag of andere onderdelen van het onderliggende dossier, maar bijlagen kunnen wel onderdeel van de beschikking zijn (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 62).
163 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder k. Enkele van deze uitzonderingen zijn beschikkingen over: (1) belastingen, heffingen, leges en vergelijkbare betalingsverplichtingen; (2) sociale verzekeringen, sociale voorzieningen en zorg; (3) financiële bijstand, rechtsbijstand, schuldhulpverlening, toeslagen of studiefinanciering; (4) oplegging van een bestuurlijke bestraffende sanctie of een bestuurlijke herstelsanctie die geen betrekking heeft op het omgevingsrecht, het milieurecht of anderszins betrekking heeft op emissies in het milieu; (5) verlening of vaststelling van subsidie aan natuurlijke personen; (6) tegemoetkoming in schade en nadeelcompensatie. Zie over de openbaarmaking van beschikkingen ook het preadvies van Wolswinkel (Wolswinkel 2022, par. 3.4.1).
164 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder l.
165 Art. 3.3 lid 4 en 5 Woo. Zo is onder meer bepaald dat de openbaarmaking van een (niet uitgezonderde) herstelsanctie pas geschiedt uiterlijk twee weken nadat de beschikking onherroepelijk is geworden.
166 Art. 10.2 Woo.
167 Art. 10.2a Woo.

van deze bepaling is dus de vermindering van de uitvoeringslasten, maar onder handhaving van het gewenste niveau van openbaarheid. Ook wordt in de wetsgeschiedenis de vraag gesteld of het actief openbaar maken van grote aantallen min of meer gelijkluidende documenten in alle gevallen de doelmatigste vorm van actieve openbaarmaking is. Bij dit soort beschikkingen kan de gezochte informatie wellicht sneller worden gevonden als het in een overzicht is opgenomen.[168] Als gekozen wordt voor een overzicht dan moet zo'n overzicht ten minste iedere twee weken worden bijgewerkt. Voor subsidiebeschikkingen is bepaald dat in dat overzicht onder meer moet worden opgenomen: de grondslag van de subsidie, de ontvanger, de activiteiten waarvoor de subsidie wordt verstrekt en de hoogte van het subsidiebedrag. Voor andere beschikkingen moet in het overzicht worden opgenomen: de grondslag, het rechtsgevolg, de voorschriften, de duur en de geadresseerde. Ook voor klachten kan worden gewerkt met een overzicht.[169] Voor Europese landbouwsubsidies werkt de Rijksdienst voor ondernemend Nederland (RVO) al met overzichten.[170] Ook het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) publiceert overzichten waarin staat aan wie NOW-voorschotten zijn toegekend.[171] Dat vraag is naar het openbaar maken van dergelijke gegevens blijkt wel uit de diverse publicaties die zijn verschenen over bedrijven waaraan NOW-tegemoetkomingen zijn verstrekt.[172]

Ten slotte is vermeldenswaardig dat artikel 3.4 Woo bepaalt dat zelfs als een van de wettelijke uitzonderingsgronden van toepassing is, een bestuursorgaan toch informatie uit eigen beweging openbaar kan maken, als een ander zwaarwegend algemeen belang[173] dat in een concreet geval vergt. In de wetsgeschiedenis wordt als voorbeeld gegeven dat het belang van de bescherming van bedrijfsgegevens of van het door de overheid uitgeoefende toezicht moet wijken voor het belang van de bescherming van de volksgezondheid als blijkt dat een product onverwacht gevaar voor gebruikers oplevert en dat gevaar door een openbare waarschuwing kan worden verminderd.[174]

4.3 Van documentenregister naar PLOOI

Naast de vraag *welke* informatie actief openbaar moet worden gemaakt, is ook de vraag relevant *hoe* deze informatie openbaar moet worden gemaakt. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werden bestuursorganen verplicht om een documentenregister

168 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 71-72.
169 Art. 3.3a Woo.
170 www.rvo.nl/onderwerpen/agrarisch-ondernemen/glb/openbaarmaking-europese-subsidiegegevens.
171 De tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid; zie bijvoorbeeld www.uwv.nl/overuwv/pers/documenten/2021/register-vijfde-aanvraagperiode-now.aspx.
172 Zie bijvoorbeeld van Follow the Money, '7 miljard NOW-subsidies ging naar vastgoed, overnames en de spaarpot', d.d. 9 augustus 2021.
173 Het artikel noemt als zwaarwegend algemeen belang: het belang van openbare veiligheid, de volksgezondheid of het milieu of de bescherming van de democratische rechtsorde.
174 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 73-74. Zie tevens ABDTOPConsult 2016.

bij te houden. Dat register zou een overzicht moeten bevatten van alle documenten die bij dat bestuursorganen berusten.[175] Doel van dat register was onder meer dat burgers konden zien welke informatie bij de overheid aanwezig is. De informatie zou bovendien met een muisklik toegankelijk moeten zijn of met een andere muisklik kunnen worden opgevraagd. Deze ambitie bleek, met name door de staat van de informatiehuishouding, onuitvoerbaar.[176] In het vorige hoofdstuk is al gewezen op de meerjarenplannen die ervoor moeten zorgen dat de informatiehuishouding op orde komt. Die plannen moeten een langetermijnperspectief bieden. Het alsnog realiseren van een documentenregister zou zo'n langetermijnperspectief kunnen zijn.[177] De actieve openbaarmaking die de Woo voorschrijft, is volgens de wetsgeschiedenis een goede proeftuin voor het op orde brengen van de informatiehuishouding, omdat het een vorm van het ontsluiten van overheidsinformatie is waarvoor het proces van vervaardigen zal moeten worden aangepast. Hieruit kan lering worden getrokken om ook overzicht te krijgen in de overige informatie waarover een bestuursorgaan beschikt.[178]

Hoewel het documentenregister voor nu uit de wet is geschrapt, biedt de Woo wel een ander instrument om informatie openbaar te maken. Dat instrument is het platform voor actieve openbaarmaking van overheidsinformatie (PLOOI).[179] De Woo verplicht bestuursorganen om de documenten die actief openbaar gemaakt moeten worden te ontsluiten via PLOOI.[180] Deze digitale infrastructuur wordt door de minister van BZK gebouwd en onderhouden. De gedachte is dat alle bestuursorganen een koppeling realiseren tussen hun eigen informatiesystemen en PLOOI.[181] Dit leidt ertoe dat op PLOOI een volledig overzicht ontstaat van alle verplicht actief openbaar gemaakte documenten van alle bestuursorganen. Wolswinkel wijst er terecht op dat dit betekent dat algemeen verbindende voorschriften op twee platforms zullen worden gepubliceerd, namelijk op grond van de Bekendmakingswet op officiëlebekendmakingen.nl en op grond van de Woo op open.overheid.nl.[182]

Volgens de wetsgeschiedenis is het enorme winst dat met één zoekopdracht bij alle bestuursorganen kan worden gezocht.[183] Hier ben ik het tot op grote hoogte mee eens. Ik denk dat het zeker voor journalisten en wetenschappers winst is dat niet meer op alle losse overheidssites moet worden gezocht, maar dat dit wordt gebundeld. Het risico is echter reëel dat er zoveel informatie op PLOOI wordt geplaatst dat burgers door de bomen het bos niet meer zien. De ontwikkelaar van het platform (KOOP) heeft zich dat ook gerealiseerd. Daarom zullen er eisen worden gesteld aan de documenten die de bestuursorganen aanleveren. Als bijvoorbeeld

175 Art. 3.2 van het wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2011/12, 33328, nr. 2).
176 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 110.
177 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 111.
178 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 110-111.
179 https://open.overheid.nl/.
180 Art. 3.3b Woo.
181 Aanlevering aan PLOOI wordt op twee manieren mogelijk: document en metadata worden of via een generieke push-API aan PLOOI aangeboden of in het PLOOI-aanleverloket aangeboden.
182 Wolswinkel 2022, par. 3.1.2.
183 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 73.

bestuursorganen de documenten voorzien van metadata, dan wordt het mogelijk om binnen die metadata te filteren en zoeken.[184]

Daarnaast spelen er ook nog andere vraagstukken rondom PLOOI. Eén van deze vragen is hoe lang de documenten via PLOOI beschikbaar moeten zijn. Vanuit het perspectief van de wetenschapper zou de informatie natuurlijk bij voorkeur voor altijd beschikbaar blijven, zodat (historisch) onderzoek eenvoudiger wordt. Aan de andere kant zijn de eerdergenoemde bewaartermijnen uit de selectielijsten er niet voor niets. Vanuit bijvoorbeeld privacyoverwegingen kan het wenselijk zijn een beperkte bewaartermijn te hanteren. Daarnaast geldt het uitgangspunt dat documenten die blijvend bewaard moeten worden, worden overgedragen aan de archiefbewaarplaats. Ook is relevant dat de documenten in PLOOI een geredigeerde (bijvoorbeeld geanonimiseerde) versie zijn van de originele documenten. Voor die originele documenten gelden al bewaartermijnen op grond van selectielijsten. Moeten de kopieën uit PLOOI dan ook nog worden bewaard of kunnen deze na een bepaalde termijn worden vernietigd? Ik kan me voorstellen dat de minister van BZK een eigen selectielijst vaststelt die ziet op de documenten in PLOOI. Hierin kan bijvoorbeeld worden bepaald dat na tien jaar (de voorgestelde bewaartermijn uit de nieuwe Archiefwet) de (geredigeerde) documenten die in PLOOI staan worden vernietigd.

Bij het realiseren van PLOOI speelt dus nog een aantal uitvoeringsvraagstukken. Ik acht een spoedige inwerkingtreding van de verplichting tot actieve openbaarmaking echter van groot belang. Daarom pleit ik ervoor om bestuursorganen te verplichten om een bepaalde informatiecategorie actief openbaar te maken zodra dit binnen het bestuursorgaan en PLOOI technisch mogelijk is. Het is al een goede eerste stap dát de informatie openbaar wordt. Het gebruikersvriendelijk presenteren van die informatie is mijns inziens wenselijk, maar geen noodzakelijke voorwaarde voor inwerkingtreding van artikel 3.3 Woo.

4.4 Heeft actieve openbaarmaking de toekomst?

In de Woo is de keuze gemaakt om bestuursorganen te verplichten bepaalde informatie actief openbaar te maken.[185] Hierna wordt stilgestaan bij de argumenten die tot dit besluit hebben geleid, alsmede de vraag of deze argumenten terecht zwaarder wegen dan eventuele tegenargumenten.

Volgens de initiatiefnemers van de Woo is actieve openbaarheid de beste manier om burgers de mogelijkheid te geven te participeren in de politiek en meer betrokken te laten zijn bij bestuur. Een constante en betrouwbare stroom van informatie over de activiteiten en resultaten van bestuursorganen wekt vertrouwen bij burgers

184 Een indicatief overzicht van de metadata is te vinden op www.koopoverheid.nl/voor-overheden/rijksoverheid/plooi-platform-open-overheidsinformatie/veelgestelde-vragen-plooi.

185 Er wordt al lang betoogd dat er meer informatie actief openbaar zou moeten worden gemaakt. Enkele hiervan zijn: de Commissie Toekomst Overheidscommunicatie 2001, Bergfeld e.a. 2001 en Brandsen e.a. 2004.

en verbetert de interactie tussen bestuursorganen en burgers.[186] Burgers worden zonder actieve openbaarmaking onvoldoende betrokken bij politieke besluitvormingsprocessen en voelen zich daardoor buitengesloten. Actieve openbaarmaking sluit beter aan bij de maatschappelijke verwachtingen.[187] Het zou daarmee bijdragen aan een beter imago van de overheid en daarmee de neiging verminderen om vragen om informatie via de juridische, voor beide partijen tijdrovende weg van de Wob/Woo te beantwoorden.[188] Door informatie actief te openbaren, worden bovendien mensen bereikt die moeilijker de weg weten te vinden naar overheden.[189] Het openbaar maken van informatie kan daarmee ook worden gezien als een vorm van dienstverlening naar de burger toe.[190] Ook kan vroegtijdige openbaarmaking vragen of onduidelijkheden voorkomen. Een ander voordeel van actieve openbaarheid is de mogelijkheid voor bestuursorganen om uitgebreid verantwoording af te leggen over het door hen gevoerde beleid.[191] Daarbij komt dat het in een cultuur van uitgebreide actieve openbaarheid moeilijker wordt voor bestuursorganen, bestuurders en ambtenaren om onwelgevallige informatie achter de hand te houden.[192] Het zou daardoor ook verspilling voorkomen: het openbaar maken van bonnetjes draagt bij aan zuinig declareergedrag. Het openbaar maken van bepaalde kengetallen van bijvoorbeeld gemeenten maakt prestatievergelijking mogelijk en kan zo de kwaliteit van het bestuur vergroten.[193] Verder vallen economische voordelen te behalen met het actief openbaren van grote hoeveelheden data die de overheden in hun dagelijkse werkzaamheden verzamelen.[194] In de Woo is er nu voor gekozen om bepaalde categorieën informatie verplicht openbaar te maken. Met deze categorieën wordt volgens de initiatiefnemers prioriteit gelegd op informatie die met name van belang is voor de democratische samenleving.[195]

Een veelgehoord bezwaar tegen actieve openbaarmaking is dat het arbeidsintensief is om bepaalde onderdelen van documenten te redigeren. In de wetsgeschiedenis wordt hiertegenin gebracht dat sjablonen kunnen worden gemaakt voor deze documenten waarin de niet openbaar te maken onderdelen, bijvoorbeeld namen van de geadresseerden van beschikkingen, eenvoudig kunnen worden verwijderd (*privacy by design*).[196] Daarnaast wordt de verwachting uitgesproken dat de investering die

186 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 50, waarbij wordt verwezen naar WRR 2012, p. 90.
187 Rob 2012, p. 68-69.
188 Brandsen e.a. 2004, p. vii.
189 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 50, waarbij wordt verwezen naar Darbishire 2010, p. 12.
190 KOOP 2018, p. 20.
191 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 50-51. Zie ook KOOP 2018, p. 19.
192 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 51.
193 KOOP 2018, p. 20.
194 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 51. Zie ook KOOP 2018, p. 19.
195 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 53, waarbij wordt verwezen naar de informatiecategorieën die volgens Darbishire geschikt zijn voor actieve openbaarmaking op basis van een rechtsvergelijkend onderzoek (Darbishire 2010, p. 21-22). De gekozen categorieën lijken ook sterk op de zestien categorieën die volgens KOOP in aanmerking komen voor de verbetering van de actieve openbaarmaking (KOOP 2018, p. 48).
196 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 53-54. Zie ook OSF en IMI 2022, p. 22 en 27-28.

moet worden gepleegd om meer proactief informatie openbaar te maken, deels zal worden terugverdiend doordat minder vaak reactief moet worden gehandeld naar aanleiding van informatieverzoeken.[197] Meer in algemene zin is de verwachting dat het actief openbaar maken van informatie tijdswinst oplevert voor ambtenaren en burgers omdat ze minder lang hoeven te zoeken naar documenten.[198] Andere risico's van actieve openbaarmaking overlappen met de (al in hoofdstuk 2 besproken) risico's van openbaarheid in het algemeen, zoals dat actieve openbaarheid tot ongenuanceerde beelden kan leiden en kan leiden tot publicitaire schade (afrekencultuur). Ook kan actieve openbaarheid strategisch gedrag tot gevolg hebben, waarbij bepaalde gevoelige informatie vooraf wordt weggefilterd.[199]

Al met al kan worden gesteld dat de keuze voor actieve openbaarmaking voornamelijk een principiële keuze lijkt. De gedachte dat openbaarheid bijdraagt aan het vertrouwen van de burger in de overheid en dat de overheid hierdoor verantwoording aflegt over het gevoerde beleid, is een belangrijke reden voor de keuze voor actieve openbaarmaking. Actieve openbaarmaking wordt daarmee in het belang van de democratische samenleving geacht.[200] Opvallend vind ik dat bij de totstandkoming van de Woo met name de focus lijkt te hebben gelegen op de integrale openbaarmaking van de documenten bij actieve openbaarmaking. Dit is een groot verschil met het Zweedse documentenregister. Kort samengevat worden in Zweden officiële documenten opgenomen in een register.[201] Die registers zijn openbaar of worden op verzoek openbaar gemaakt. Vanuit de registers kan niet worden doorgeklikt naar de documenten zelf, maar ze geven wel een goed overzicht van de officiële documenten die beschikbaar zijn en dus opgevraagd kunnen worden.[202]

De in de Woo gemaakte keuze om direct de documenten zelf openbaar te maken vind ik in beginsel een goede stap, omdat het een belangrijke drempel wegneemt. Een burger kan immers direct de informatie vinden die hij zoekt en hoeft niet eerst een verzoek in te dienen. De keerzijde is echter dat het meer tijd en moeite kost om al die documenten te controleren op uitzonderingsgronden en vervolgens openbaar te maken, dan om van die documenten een documentenregister te maken. De kans

197 Brandsen e.a. 2004, p. vii. KOOP heeft onderzocht wat vaak het onderwerp is van Wob-verzoeken (KOOP 2018, p. 20 en 64). Deze onderwerpen lijken grotendeels overeen te komen met de informatie die nu actief openbaar gemaakt moet gaan worden op grond van de Woo.

198 Teruggerekend is hoeveel minuten zoektijd per document benodigd zijn om de totale kosten 'terug te verdienen' (*break-even point*). Dit blijkt een zoektijd te zijn van 4 minuten per document. De onderzoekers achten deze potentiële efficiencyslag voor ambtenaren en burgers plausibel (Ecorys & PBLQ 2018, p. 14).

199 Zie voor een uitgebreid overzicht van kansen en risico's van actieve openbaarmaking KOOP 2018, p. 70-71.

200 Zie in deze zin ook Van Ommeren 2008, p. 234.

201 De beperking tot officiële documenten is dus een belangrijke beperking ten opzichte van het informatiestelsel dat Nederland kent. Hierop zal in het volgende hoofdstuk worden ingegaan.

202 Soms kan het bestaan van een document, of de beschrijving van het document, al onder een geheimhoudingsgrond vallen. In dat geval zal het document niet in het register zichtbaar zijn. Zie over het Zweedse documentenregister ook ABDTOPConsult 2016, p. 27 en Drahmann & Honée 2021, p. 11-15.

is groot dat een deel van de openbaar gemaakte documenten nooit zal worden ingezien. Ik had me dan ook kunnen voorstellen dat was volstaan met een regeling waarbij alle in artikel 3.3 Woo genoemde documenten opgenomen zouden moeten worden in een (nog niet direct doorklikbaar) documentenregister. Nu echter is aangegeven dat de veel verdergaande verplichting die thans in de Woo is opgenomen ook uitvoerbaar wordt geacht, zal ik uiteraard niet willen pleiten om alsnog minder actief openbaar te maken dan de Woo nu bepaalt. Aan de andere kant zal het mogelijk nog jaren duren voordat alle in de wet opgenomen categorieën daadwerkelijk actief openbaar worden gemaakt. Mocht blijken dat de inwerkingtreding van een deel van die categorieën langdurige vertraging oploopt dan zou alsnog overwogen kunnen worden om (tijdelijk) voor deze categorieën een documentenregister te creëren.

4.5 Tussenconclusie

Een belangrijke wijziging van de Woo ten opzichte van de Wob is dat meer informatie actief openbaar zal worden gemaakt. Artikel 3.3 Woo noemt een groot aantal categorieën van informatie die bestuursorganen verplicht openbaar moeten maken. Deze verplichting gaat minder ver dan het documentenregister dat de initiatiefnemers oorspronkelijk voor ogen hadden en zelfs voor deze verplichting geldt dat deze vooralsnog niet uitvoerbaar is. Eerst zullen stappen moeten worden gezet in het verbeteren van de informatiehuishouding voordat deze informatie openbaar kan worden gemaakt. Daarnaast zal ook de aansluiting van de bestuursorganen op PLOOI nog moeten worden gerealiseerd. Het openbaar maken van informatie wordt om vele redenen bepleit, met name omdat het bijdraagt aan onze democratische rechtsstaat. Actieve openbaarmaking is vanuit dat perspectief in beginsel te prefereren boven passieve openbaarmaking (die in het volgende hoofdstuk centraal staat), omdat het de drempel wegneemt die burgers kunnen ervaren om een informatieverzoek in te dienen. Ik hoop wel dat de thans in de wet opgenomen regeling in de uitvoering niet te complex blijkt te zijn en dus op niet al te lange termijn in werking zal treden.

5 Passieve openbaarmaking

5.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is stilgestaan bij de actieve openbaarmaking van overheidsinformatie door bestuursorganen. Dit hoofdstuk gaat over de passieve openbaarmaking, oftewel de openbaarmaking naar aanleiding van een verzoek. In paragraaf 5.2 wordt eerst kort in algemene zin beschreven welke regels gelden voor zo'n informatieverzoek op grond van de Woo en welke verschillen er zijn ten opzichte van de Wob. Daarbij wordt ook stilgestaan bij de voor- en nadelen van het hybride karakter van het wetssysteem (par. 5.3). Vervolgens wordt ingegaan op één aspect van de Woo-verzoeken, namelijk de tijdige afhandeling van deze verzoeken, in het bijzonder als sprake is van omvangrijke verzoeken (par. 5.4).

5.2 Van Wob- naar Woo-verzoek

Hierna wordt op hoofdlijnen beschreven welke regels gelden voor Woo-verzoeken.[203] De Woo bepaalt dat eenieder een verzoek om publieke informatie[204] kan richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. Een verzoek kan mondeling, schriftelijk of elektronisch worden ingediend.[205] Als een Woo-verzoek te algemeen geformuleerd is, kan het bestuursorgaan de verzoeker vragen om het verzoek te preciseren. Als de verzoeker hier niet aan meewerkt, kan het bestuursorgaan besluiten een verzoek niet te behandelen.[206] Een bestuursorgaan moet zo spoedig mogelijk op een Woo-verzoek beslissen, maar in ieder geval binnen vier weken.[207] Als een verzoek zo omvangrijk is dat niet binnen deze termijn kan worden beslist, dan moet het bestuursorgaan in overleg met de verzoeker treden over de prioritering van de afhandeling van het verzoek. De gevraagde documenten moeten zo veel mogelijk in de door de verzoeker gewenste volgorde worden verstrekt.[208] Op de afhandeling van

203 Voor een uitgebreider overzicht wordt verwezen naar Van der Sluis 2021.

204 Publieke informatie wordt in art. 2.1 Woo gedefinieerd als 'informatie neergelegd in documenten die berusten bij een [bestuursorgaan]'. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat *alle* bij een bestuursorgaan berustende informatie publieke informatie is, tenzij het privaatrechtelijke rechtspersonen zijn die met openbaar gezag zijn bekleed. In die gevallen is de Woo slechts van toepassing op de informatie die betrekking heeft op de uitoefening van dat publiek gezag (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 44). Een informatieverzoek hoeft dus niet langer beperkt te worden tot een bestuurlijke aangelegenheid.

205 Art. 4.1 lid 1 en 2 Woo.

206 Art. 4.1 lid 5 en 6 Woo.

207 Art. 4.4 lid 1 Woo. Deze termijn kan met twee weken worden verdaagd (art. 4.4 lid 2 Woo).

208 Art. 4.2a Woo.

omvangrijke verzoeken zal in de volgende paragraaf worden ingegaan. Als besloten wordt om de informatie openbaar te maken dan wordt de informatie in beginsel tegelijk met het besluit toegezonden.[209]

In een Woo-verzoek kan om informatie worden gevraagd waarvan derde-belanghebbenden mogelijk bezwaar hebben tegen de openbaarmaking ervan, bijvoorbeeld vertrouwelijke bedrijfsgegevens. De Woo bepaalt (net als de Wob) dat derden in de gelegenheid moeten worden gesteld een zienswijze te geven voordat de beslissing op het verzoek wordt genomen.[210] Daarnaast wordt in dat geval de gevraagde informatie niet direct met het Woo-besluit meegezonden. Dit geeft deze derden de tijd om een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen. Een dergelijk verzoek heeft schorsende werking.[211] Als niet om een voorlopige voorziening wordt verzocht, wordt de informatie na twee weken alsnog verstrekt.[212]

Net als onder de Wob geldt dat de verzoeker bij zijn verzoek geen belang hoeft te stellen.[213] Dit past bij de gedachte dat openbaarmaking van informatie in het algemeen belang is.[214] Toch kan de intentie van de Woo-verzoeker wel relevant zijn. Allereerst kan sprake zijn van misbruik. Als de verzoeker kennelijk een ander doel heeft dan het verkrijgen van publieke informatie of als het verzoek evident geen bestuurlijke aangelegenheid betreft,[215] kan het bestuursorgaan besluiten het verzoek niet te behandelen.[216] Daarnaast kan de hoedanigheid van de Woo-verzoeker relevant zijn als een verzoeker om informatie vraagt die de verzoeker zelf betreft.[217] In dat geval wordt het onder de Woo mogelijk dat alleen die verzoeker toegang krijgt tot die informatie. Dit recht van de verzoeker is bedoeld als een vangnet voor het geval andere wettelijke bepalingen, zoals het recht van inzage van de AVG, niet afdoende is.[218] Het bestuursorgaan zal bij een dergelijk Woo-verzoek een andere belangenafweging moeten maken als het beoordeelt of een van de uitzonderingsgronden van toepassing is. Het bestuursorgaan weegt dan namelijk het belang van die

209 Art. 4.4 lid 5 Woo.

210 Art. 4:8 Awb jo. 4.4 lid 4 Woo.

211 Art. 4.4 lid 5 Woo. Deze schorsende werking is nieuw ten opzichte van de Wob.

212 Art. 4.4 lid 5 Woo. De Wob bepaalde dat de informatie 'niet eerder dan' na twee weken werd verstrekt, waardoor bestuursorganen soms een langere termijn hanteerden (o.a. ABRvS 8 april 2000, ECLI:NL:RVS:2020:1027). Gelet op de gewijzigde formulering onder de Woo lijkt mij dit niet langer mogelijk.

213 Art. 4.2 lid 2 Woo.

214 Art. 2.5 Woo.

215 In de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat alles waarmee een bestuursorgaan bezig is in beginsel bestuurlijk is en dus 'Woo-baar' is. Voorkomen moet echter worden dat Woo-verzoeken worden ingediend voor iets waarvoor het recht op informatie apert niet is bedoeld. Daarom is de uitzondering van de 'evidente bestuurlijke aangelegenheid' opgenomen. Als voorbeeld wordt gegeven een verzoek om informatie 'over de kleur van het meubilair in de afgelopen vijf jaar of verzoeken van vergelijkbare aard'. (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 80).

216 Art. 4.6 Woo. Deze bepaling is een codificatie van vaste jurisprudentie van de Afdeling (o.a. ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129).

217 Naast de verzoeker zelf kunnen ook nabestaanden om informatie vragen over een overleden echtgenoot, geregistreerd partner, kind of ouder, tenzij een schriftelijke wilsverklaring van de overledene daaraan in de weg staat (art. 5.5 lid 2 Woo).

218 Art. 5.5 Woo strekt verder dan het inzagerecht van art. 15 AVG, onder andere omdat het verzoek betrekking kan hebben op andere gegevens dan persoonsgegevens en op andere dan natuurlijke personen (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 105-106).

uitzonderingsgronden niet af tegen het algemeen belang van openbaarmaking, maar tegen het belang van die verzoeker.[219] Als deze belangenafweging tot gevolg heeft dat de verzoeker toegang tot de informatie krijgt, dan kan het bestuursorgaan aan de verstrekking ervan voorwaarden verbinden, bijvoorbeeld de voorwaarde dat de verzoeker de verstrekte informatie niet of slechts beperkt verder mag verspreiden.[220] Ten derde bepaalt de Woo dat een bestuursorgaan toegang kan bieden tot informatie ten behoeve van historisch, statistisch, wetenschappelijk of journalistiek onderzoek.[221] Dit is mogelijk als openbaarmaking voor eenieder niet mogelijk is vanwege een van de wettelijke uitzonderingsgronden of als de vaststelling of deze informatie openbaar gemaakt kan worden voor eenieder een onevenredige inspanning vergt. Ook bij deze vorm van selectieve openbaarmaking kan het bestuursorgaan aan het verlenen van de toegang tot de informatie voorwaarden verbinden.[222] Voor beide vormen van selectieve toegang geldt dat het overtreden van een gestelde voorwaarde strafbaar is.[223] De selectieve toegang is een nuancering op het adagium 'openbaar voor de een, is openbaar voor eenieder'. Dit adagium is in beginsel een goed uitgangspunt, omdat het benadrukt dat het openbaar maken van informatie in het algemeen belang is. Duidelijk was echter dat dit adagium soms onnodig beperkend was. Al in 2004 werd naar aanleiding van de evaluatie van de Wob geadviseerd om selectieve openbaarmaking mogelijk te maken.[224] Zeker de mogelijkheid om informatie te kunnen vragen die de verzoeker zelf of een nabestaande betreft, acht ik een goede toevoeging aan de Woo. Verder ben ik benieuwd hoe vaak en onder welke voorwaarden er gebruik gemaakt gaat worden van de mogelijkheid om toegang te geven tot informatie ten behoeve van journalistiek onderzoek.

Ten slotte is vermeldenswaardig dat de Woo de 'contactpersoon' introduceert. De contactpersoon moet vragen over de beschikbaarheid van publieke informatie beantwoorden.[225] Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de functie van contactpersoon moet worden gezien als een rol die op verschillende plaatsen in de organisatie kan worden belegd. Het gaat erom dat burgers geholpen worden om snel en effectief te overzien welke informatie aanwezig is bij een bestuursorgaan. De contactpersoon zou op laagdrempelige en klantvriendelijke wijze, bijvoorbeeld telefonisch of via e-mail, vragen moeten kunnen beantwoorden en wellicht zelfs ook direct de gevraagde documenten kunnen verstrekken. De rol van de contactpersoon zou dus kunnen worden vervuld door een frontofficemedewerker.[226] De gedachte dat er bij bestuursorganen iemand beschikbaar is die vragen kan beantwoorden over documenten of over het recht op informatie, ondersteun ik van harte. Ik vraag me echter

219 Art. 5.5 lid 1 Woo.
220 Art. 5.5 lid 4 Woo. Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 106.
221 In de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat wetenschappers in de praktijk nu al toegang kunnen krijgen tot vertrouwelijke informatie, mits een geheimhoudingsverklaring wordt getekend. De Woo zou deze praktijk moeten bevorderen (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 108).
222 Art. 5.7 Woo.
223 Art. 8.1 Woo.
224 Brandsen e.a. 2004, p. 20-22.
225 Art. 4.7 Woo.
226 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 82.

af hoe dit in de praktijk zal gaan werken. In de wetsgeschiedenis wordt namelijk ook gesteld dat pas als blijkt dat sprake is van een verzoek om een groot aantal documenten, er hoeft te worden "opgeschaald naar de procedure voor het afhandelen van een Woo-verzoek"'. Als de gevraagde documenten direct worden verstrekt, zou geen formeel besluit hoeven te worden genomen. De contactpersonen zouden daarmee tevens een dejuridificerende functie hebben.[227] De initiatiefnemers stellen hiermee mijns inziens een valse tegenstelling tussen actief en constructief te reageren op vragen van burgers enerzijds en 'juridiseren' anderzijds. Welke informatie beschikbaar is én wat de wettelijke uitzonderingsgronden zijn, vraagt kennis die niet moet worden onderschat. Het zou dan ook mijn voorkeur hebben als bestuursorganen een contactpersoon zouden aanwijzen die zowel informatie- als Woo-specialist is. De frontofficemedewerker zou burgers kunnen doorverbinden met deze specialist, die vervolgens naar aanleiding van het gesprek maatwerk kan leveren, bijvoorbeeld door de informatie te verstrekken (en dan bij voorkeur altijd met een standaardbrief voorzien van een rechtsmiddelenclausule) of om te helpen een (goed afgebakend) informatieverzoek in te dienen.

5.3 De Woo: handhaving van een hybride stelsel?

Bij de openbaarmaking van overheidsinformatie kan onderscheid worden gemaakt tussen een documentenstelsel en een informatiestelsel. Bij een documentenstelsel moet de verzoeker concreet aangeven welke documenten hij zou willen ontvangen. Bij een informatiestelsel is het voldoende dat de verzoeker aangeeft over welk onderwerp hij informatie wenst te ontvangen. De reactie op dat verzoek hoeft niet alleen te bestaan uit het verstrekken van documenten, maar kan ook het beantwoorden van de gestelde vraag zijn. Zowel de Wob als de Woo hanteert een hybride stelsel.[228] Er is namelijk geen sprake van een documentenstelsel in de zin dat de verzoeker een concreet document moet aanwijzen bij het verzoek. Tegelijkertijd moet de informatie wel zijn neergelegd in een 'document' om voor openbaarmaking in aanmerking te komen: het bestuursorgaan verstrekt normaliter kopieën van bestaande documenten. Het is dus niet vereist dat een bestuursorgaan in reactie op een informatieverzoek een nieuw document opstelt.[229]

Zowel een documentenstelsel als een informatiestelsel kent voor- en nadelen. Een voordeel van een documentenstelsel is dat er een documentenregister is waarin kan worden ingezien welke documenten er bestaan. Ook kunnen informatieverzoeken relatief snel worden afgehandeld als om concrete documenten uit dat register wordt gevraagd. Een nadeel is dat op basis van een beschrijving van een document in een register (bijvoorbeeld titel, afzender, ontvanger en datum) soms onvoldoende duidelijk is waar het document over gaat. Ook staat of valt een documentenstelsel met

227 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 82.
228 Daalder 2015, p. 155.
229 Er is dus geen plicht om documenten op te stellen, maar (zeker bij grootschalige verzoeken) kan het soms wel dienstbaar zijn om een samenvatting op te stellen of nadere inlichtingen te verschaffen.

het registratieregime, want als iets niet wordt opgenomen in het register kan het niet worden opgevraagd.[230] Dit is dus ook direct het grote voordeel van een informatiestelsel: het is aan het bestuursorgaan om op zoek te gaan naar de informatie waarom wordt gevraagd. Een burger zal immers vaak niet weten welke documenten er over een onderwerp bestaan. Volgens Daalder kan bij een informatiestelsel dan ook worden gesproken van een inlichtingenplicht voor het bestuursorgaan.[231] Een hybride stelsel kan dus het beste van beide werelden verenigen. Daalder wijst er echter op dat het ook kan betekenen dat als een document niet meer beschikbaar is, maar de informatie nog wel, een informatieverzoek op grond van de (thans) Woo wordt afgewezen.[232]

Het is de vraag of de keuze voor een informatiestelsel op de wijze zoals deze thans in de Woo is neergelegd op de lange termijn nog houdbaar is. De hoeveelheid documenten die binnen een bestuursorgaan beschikbaar is, is de afgelopen jaren – mede door de toegenomen digitalisering – explosief gestegen. Als een informatieverzoek wordt ingediend dan zullen bestuursorganen in al deze documenten moeten gaan zoeken om te kijken of deze vallen binnen de reikwijdte van het verzoek. Het is daarom interessant om te kijken naar het Zweedse documentenstelsel. In Zweden moeten officiële documenten worden opgenomen in een documentenregister. Als een verzoek om documenten wordt gedaan, dan ontvangt de verzoeker de gevraagde documenten vaak al een dag later.[233] Een dergelijke korte reactietermijn zal veel informatieverzoekers als muziek in de oren klinken, maar er zit één belangrijke adder onder het gras en dat is de beperking van het documentenregister tot *officiële documenten*. Een document is een *officieel* document als het is ontvangen of opgesteld door het bestuursorgaan. Dit betekent dat elke inkomende en uitgaande brief, e-mail of sms een officieel document is.[234] Interne e-mails e.d. kwalificeren dus in de regel niet als officiële documenten. Naast externe communicatie kunnen ook andere documenten officiële documenten zijn, mits deze 'af' zijn. Dat betekent dat concepten en memo's die opgesteld zijn ter voorbereiding van een brief, presentatie of besluit in beginsel ook geen officiële documenten zijn.[235] Vermeldenswaardig is verder dat documenten in beginsel pas 'officiële documenten' worden op het moment dat de zaak waarnaar ze verwijzen is afgerond.[236]

Al met al kan worden gesteld dat eenieder in Zweden sneller kan beschikken over documenten waarom wordt gevraagd, maar dat wat uiteindelijk verstrekt wordt minder is dan in Nederland het geval is. Ik pleit er dan ook niet voor dat Nederland overstapt op het 'Zweedse model'. Wel zie ik in het Zweedse model elementen die voor Nederland interessant zijn om verder te verkennen. Allereerst maakt de Woo geen onderscheid tussen verschillende soorten documenten. Voor alle documenten

230 Vgl. Daalder 2015, p. 155.
231 Daalder 2015, p. 155 en 184.
232 Daalder 2015, p. 155.
233 Drahmann & Honée 2021, p. 17-18.
234 Art. 6 hoofdstuk 2 Tryckfrihetsförordning [*Persvrijheidwet*] (SFS nr. 1949:105).
235 Art. 9 hoofdstuk 2 Tryckfrihetsförordning [*Persvrijheidwet*] (SFS nr. 1949:105).
236 Art. 3 hoofdstuk 2 Tryckfrihetsförordning [*Persvrijheidwet*] (SFS nr. 1949:105).

geldt bijvoorbeeld dezelfde beslistermijn. Naar mijn mening zou het zinvol zijn om ook in Nederland een onderscheid te maken tussen verschillende soorten documenten, bijvoorbeeld (A) officiële documenten die actief openbaar moeten worden gemaakt op grond van artikel 3.3 Woo; (B) overige officiële documenten, zijnde alle in- en uitgaande correspondentie, overige formele besluiten en de daarbij behorende beslisnota's; en (C) overige documenten, zoals interne e-mails en sms'en, memo's en concepten. Voor de verschillende soorten documenten kunnen verschillende beslistermijnen worden gehanteerd. De A-documenten moeten al op grond van de wet binnen twee weken openbaar worden gemaakt. Ook voor B-documenten zou kunnen gelden dat deze binnen twee weken openbaar moeten worden gemaakt. Dit zijn immers 'officiële documenten' waarvan mag worden verwacht dat deze altijd correct zijn opgeslagen in een DMS en dus relatief snel kunnen worden gevonden. Voor C-documenten zou dan een langere termijn kunnen worden gehanteerd, bijvoorbeeld de huidige vier weken, maar wellicht ook langer.

Naast de aard van een document, kan ook onderscheid worden gemaakt tussen documenten waarvan de zaak is 'afgerond' en waarvan niet. Dit onderscheid kent de Woo niet. Het onderscheid is echter om twee redenen van belang. Ten eerste kan het relevant zijn voor de informatiehuishouding. In lopende dossiers waarin veel wordt gemaild en geappt en/of een grote tijdsdruk is, is (zeker bij de huidige staat van de informatiehuishouding) voorstelbaar dat een ambtenaar enige achterstand heeft bij het opslaan van al die documenten in een centraal DMS. Op het moment dat een zaak wordt afgerond, kan wel van een ambtenaar worden gevraagd om het 'dossier te archiveren' door alle documenten die bewaard moeten worden op de juiste plaats te bewaren. Ook hier geldt dus dat diversificatie in de beslistermijn denkbaar is, waarbij voor afgeronde zaken een korte beslistermijn geldt. De tweede reden waarom relevant is of een zaak is afgerond, is de toepassing van de uitzonderingsgronden. Zeker bij de vraag of de openbaarmaking van (geanonimiseerde) persoonlijke beleidsopvattingen tot gevolg heeft dat ambtenaren worden belemmerd in het vrijelijk met elkaar van gedachten kunnen wisselen en het adviseren van bewindspersonen, speelt tijdsverloop een rol.[237] Voorstelbaar is dat het niet wenselijk is dat een beleidsopvatting openbaar wordt gemaakt als de 'zaak' nog loopt, maar dat dit anders is na de afronding ervan. Dat tijdsverloop relevant kan zijn, blijkt ook uit artikel 5.3 Woo. Dit artikel bepaalt dat bij een verzoek om informatie die ouder is dan vijf jaar op het bestuursorgaan een verzwaarde motiveringsplicht rust als het weigert de informatie openbaar te maken. Het bestuursorgaan zal moeten motiveren waarom ondanks het tijdsverloop de belangen van de relatieve uitzonderingsgronden en de bescherming van het intern beraad nog altijd zwaarder wegen dan het algemeen belang van openbaarheid. Volgens de initiatiefnemers van de Woo is een periode van vijf jaar lang genoeg om te voorkomen dat bij iedere beslissing het tijdsverloop moet worden meegewogen en anderzijds kort genoeg om enige betekenis te hebben.[238] Een dergelijke duidelijke, vaste termijn is praktisch voor de uitvoeringspraktijk, maar toch kan ik me voorstellen dat ook de vraag of sprake is

237 Vgl. ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:399.
238 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 103.

van een lopende of afgesloten zaak een relevante rol kan spelen bij de belangenafweging.

Afrondend kan worden gesteld dat Nederland een hybride stelsel kent, waarbij een burger verzoekt om informatie en het vervolgens aan het bestuursorgaan is om te onderzoeken welke documenten zien op dat informatieverzoek. De Woo maakt, bijvoorbeeld voor de beslistermijn, geen onderscheid tussen verschillende soorten documenten. Ook maakt de wet geen onderscheid tussen lopende en afgeronde zaken. Gelet op de steeds grotere hoeveelheid documenten binnen een bestuursorgaan, is dit echter wel de moeite waard om nader te onderzoeken.

5.4 De uitdaging van het tijdig afhandelen van omvangrijke verzoeken

Omvangrijke informatieverzoeken zijn de laatste tijd veel in het nieuws. Naast de in paragraaf 3.3 al besproken coronafiles zijn ook de Shell-papers een bekend voorbeeld.[239] Dergelijke omvangrijke informatieverzoeken worden soms als problematisch beschouwd, omdat zij veel tijd kosten om af te handelen. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de vraag wat het afhandelen van informatieverzoeken nu zo arbeidsintensief en tijdrovend maakt en of dat reden zou moeten zijn om het recht op informatie in omvang te beperken.

Allereerst is van belang dat in de wetsgeschiedenis bij de Woo wordt gesteld dat het overgrote deel van de verzoeken binnen de wettelijke beslistermijn kan worden afgehandeld. Daarbij wordt gewezen op een onderzoek uit 2010 waaruit blijkt dat de meeste Wob-verzoeken binnen tien werkdagen worden beantwoord.[240] In het onderzoek wordt onderscheid gemaakt tussen omvangrijke verzoeken en oneigenlijke verzoeken. Oneigenlijke verzoeken zijn verzoeken die niet zijn gericht op openbaarmaking van informatie maar op andere doelen, zoals verzoeken die zijn gericht op het verdienen van geld aan de Wob; verzoeken gericht op het frustreren en/of vertragen van een bestuursorgaan; en verzoeken die voortkomen uit een obsessief streven tot openbaarmaking.[241] Uit het onderzoek bleek dat bestuursorganen vermoedden dat ongeveer 21% van alle informatieverzoeken gericht was op frustreren/vertragen en nog eenzelfde percentage op verdienen. Om dit probleem van de oneigenlijke informatieverzoeken op te lossen zijn inmiddels twee maatregelen getroffen. Ten eerste bepaalt de Wob sinds 1 oktober 2016 dat paragraaf 4.1.3.2 van de Awb (dwangsom bij niet tijdig beslissen) niet van toepassing is op besluiten die op grond van de Wob worden genomen.[242] Daarnaast bevat de Woo – zoals al eerder genoemd en in navolging van jurisprudentie van de Afdeling – een antimisbruikbepaling. Als de verzoeker kennelijk een ander doel heeft dan het verkrijgen van publieke informatie of als het verzoek evident geen bestuurlijke aangelegenheid betreft, kan het bestuursorgaan

239 In april 2019 stuurde Platform Authentieke Journalistiek (PAJ) zeventien Wob-verzoeken naar evenzoveel bestuursorganen. In die verzoeken heeft PAJ om alle documenten gevraagd sinds 2005 die afkomstig zijn van, gericht zijn aan, of gaan over Shell (www.ftm.nl/dossier/shell-papers).

240 Research voor Beleid 2010.

241 Research voor Beleid 2010, p. 5.

242 *Stb.* 2016, 301.

besluiten het verzoek niet te behandelen. In 2020 heeft SEO de afschaffing van de dwangsomregeling geëvalueerd. De onderzoekers constateren dat deze afschaffing ertoe heeft geleid dat er (vrijwel) geen financieel gemotiveerd misbruik meer is. Wel zijn er indicaties dat de doorlooptijd van Wob-verzoeken sinds de afschaffing jaarlijks toeneemt. Hiervoor geven de onderzoekers op basis van interviews twee 'concurrerende' verklaringen: (1) de omvang en complexiteit van Wob-verzoeken is toegenomen, door digitalisering van de overheid en toegenomen bekendheid van de Wob; en (2) door het verdwijnen van de dwangsomregeling bij de Wob is de prikkel voor de overheid om tijdig te reageren afgenomen.[243]

Omvangrijke en/of complexe verzoeken zijn verzoeken waarvan de afhandeling door het bestuursorgaan tijdrovend is door de hoeveelheid gevraagde informatie, dan wel doordat de uit te voeren activiteiten voor de afhandeling ingewikkeld van karakter zijn.[244] Wat een omvangrijk verzoek is, is afhankelijk van waar de grens wordt getrokken met niet-omvangrijk. Als de grens wordt getrokken bij veertig bestede werkdagen (acht weken), was volgens de onderzoekers in 2010 1% van het totaal aantal verzoeken omvangrijk en/of complex. Als de grens wordt gelegd bij tien werkdagen, omdat de meeste verzoeken binnen tien werkdagen worden afgehandeld, is 7% van de verzoeken omvangrijk.[245]

In januari 2022 is een ander onderzoeksrapport over de afhandeling van Wob-verzoeken verschenen.[246] In het onderzoek wordt geconcludeerd dat ministeries gemiddeld 161 dagen doen over de beantwoording van een Wob-verzoek. In bijna 80% van de Wob-verzoeken zou de wettelijke termijn niet gehaald worden. Dit wordt volgens de onderzoekers echter niet veroorzaakt door omvangrijke Wob-verzoeken. Gemiddeld worden er per Wob-verzoek 135 pagina's verstrekt. De onderzoekers definiëren een omvangrijk Wob-verzoek als een verzoek waarbij meer dan 250 pagina's worden verstrekt. Uitgaande van die definitie betreft 14% van de informatieverzoeken omvangrijke verzoeken. Bijna 60% betreft kleine verzoeken van maximaal 50 pagina's en het duurt gemiddeld 105 dagen om het verzoek te beantwoorden.[247]

In het onderzoek uit 2010 is ook onderzocht wat de kenmerken van omvangrijke verzoeken zijn:[248]

243 SEO 2020, p. iv, 11-18.
244 Research voor Beleid 2010, p. 5.
245 Voor de onderzoeksresultaten is van belang welke bestuursorganen bij het onderzoek worden betrokken. In dit onderzoek was het grootste deel van de omvangrijke verzoeken binnengekomen bij departementen en politiekorpsen (Research voor Beleid 2010, p. 6).
246 OSF en IMI 2022. De kwantitatieve analyse van Wob-verzoeken is gemaakt op basis van de op Rijksoverheid.nl gepubliceerde Wob-verzoeken in de periode oktober 2020-september 2021.
247 OSF en IMI 2022, p. 4 en 14-17.
248 Research voor Beleid 2010, p. 22.

	% van bestuursorganen
Dat om zeer veel informatie wordt gevraagd (de omvang)	72%
Dat om zeer uiteenlopende documenten wordt gevraagd (bijvoorbeeld "alles over" een onderwerp of het betreft verschillende onderwerpen)	55%
Dat zorgvuldige en tijdrovende toetsing van de documenten aan de uitzonderingsgronden van de Wob nodig is	43%
Dat de gevraagde documenten moeten worden bewerkt voordat zij openbaar kunnen worden gemaakt (bijvoorbeeld anonimiseren)	39%
Dat wordt gevraagd om informatie waarbij niet duidelijk is wat daarover aan documenten binnen de organisatie aanwezig is	32%
Dat derden van buiten de eigen organisatie moeten worden geraadpleegd omdat de gevraagde informatie betrekking heeft op deze derden	16%
Anders, namelijk:	8%
Totaal (n = 283)	100%

Gepercenteerd op aantal cases

Gesteld kan worden dat de eerste twee kenmerken zien op de inhoud van het informatieverzoek. De volgende twee zien op de toetsing aan de uitzonderingsgronden en het redigeren. Het vijfde kenmerk ziet op de informatiehuishouding en de laatste op de rechtsbescherming. In een notitie van het ministerie van EZK uit 2020 wordt gesteld dat 'de Wob-problematiek' groter is geworden[249] en dat dit de volgende vier oorzaken zou hebben: (1) een toenemende hoeveelheid inventariseerbare documenten en archiefsystemen en inventarisatieprocessen die tekortschieten voor de behandeling van Wob-verzoeken; (2) een toenemende bekendheid van zowel burgers als professionele partijen (journalisten, advocaten) met de Wob; (3) een gebrek aan kennis over (en overspannen verwachtingen van) de Wob aan verzoekerszijde; en (4) afwezige bereidwillendheid aan verzoekerszijde om de omvang van een Wob-verzoek tot het redelijke te beperken.[250]

Op de toetsing aan de uitzonderingsmogelijkheden en de rechtsbescherming zal ik in de volgende twee hoofdstukken ingaan. Op het belang van een goede informatiehuishouding en de gedachte dat meer actieve openbaarmaking leidt tot minder informatieverzoeken is al ingegaan in hoofdstuk 3 en 4 van dit preadvies. In de context van de passieve openbaarmaking van informatie is niet alleen de wijze waarop documenten worden opgeslagen van belang, maar ook de interne organisatie van het bestuursorgaan. Het is tekenend dat informatieverzoeken vaak worden afgehandeld door 'Wob-juristen' die organisatorisch zijn afgescheiden van de informatiespecialisten werkzaam bij de afdeling Documentaire Informatievoorziening (DIV).[251] Daarnaast zou ik willen wijzen op de software die tegenwoordig beschikbaar is om documenten te zoeken en te redigeren. Met deze software kunnen door middel van trefwoorden documenten worden gezocht in DMS, omgezet naar

249 In de Notitie omgaan met omvangrijke Wob-verzoeken van het ministerie van EZK d.d. 1 april 2020 wordt op p. 5 gesteld: De omvang en kwantiteit van Wob verzoeken is de afgelopen jaren aanzienlijk gestegen. Hoewel een cijfermatige onderbouwing van deze constatering nog niet voorhanden is, staat de stelling niet ter discussie.'

250 Notitie omgaan met omvangrijke Wob-verzoeken van het ministerie van EZK d.d. 1 april 2020, p. 5-6.

251 Zie over het belang van samenwerking tussen Wob-functionarissen en informatiespecialisten ook Berenschot en IMI 2021, p. 23-24.

leesbare bestanden en vervolgens met één druk op de knop worden doorzocht op bijvoorbeeld de naam van een ambtenaar. Slechts weinig bestuursorganen maken gebruik van deze software en dan nog vaak alleen bij omvangrijke informatieverzoeken.[252] Als ambtenaren bovenop hun reguliere werk handmatig documenten moeten zoeken en redigeren, is begrijpelijk dat (omvangrijke) informatieverzoeken voor weerstand in de organisatie zorgen. In het verlengde van de goede informatiehuishouding wil ik dan ook bepleiten dat meer wordt geïnvesteerd in de aanschaf en verdere ontwikkeling van deze software. Zo zijn er mogelijkheden om door middel van kunstmatige intelligentie (AI) een tekst te analyseren op fragmenten die mogelijk vallen onder de uitzonderingsgronden van de Woo.[253] Hoe meer er gebruik gemaakt wordt van deze mogelijkheden, hoe sneller informatieverzoeken kunnen worden afgehandeld en hoe kleiner het 'probleem' van de omvangrijke informatieverzoeken is.

De overige door de onderzoekers geformuleerde kenmerken van omvangrijke informatieverzoeken zien wel op het verzoek of de verzoeker. Het gaat dan ten eerste om het aantal gevraagde documenten en de uiteenlopende informatie die wordt gevraagd. Ten tweede om een toenemende bekendheid met het bestaan van de (thans) Woo, maar tegelijk een gebrek aan kennis over de Woo. Ten derde zou er soms een afwezige bereidwilligheid aan verzoekerszijde zijn om de omvang van een Wob-verzoek te beperken. Het gebrek aan kennis en reële verwachtingen over de Woo kan mogelijk door middel van voorlichting en dialoog worden verbeterd, maar zal er niet voor zorgen dat er geen omvangrijke verzoeken meer worden ingediend. De kernvraag is echter: waarom is het een probleem dat er omvangrijke verzoeken worden ingediend? In de brief waarin het rapport van Research voor Beleid aan de Tweede Kamer is aangeboden, stelt de minister van BZK dat '[i]n een tijd waarin bestuursorganen efficiënter en met minder capaciteit moeten werken, het gerechtvaardigd [is] om een Wob-verzoek niet alleen te beoordelen op de inhoud van het verzoek (...), maar ook op de tijdsinvestering die het van het bestuursorgaan vraagt'.[254] Deze overweging reflecteert goed het NPM-denken dat rond 2010 heerste binnen de overheid. Kennelijk was (en wellicht is) een kleine overheid een dusdanig streven dat dit bepaalt of een informatieverzoek nog proportioneel is. Het recht op informatie wordt dus beperkt door die kleine overheid. Tegelijkertijd wijst de minister er in diezelfde brief ook op dat het mogelijk is om de uitvoeringspraktijk van de Wob te verbeteren.[255] Het is treurig te moeten constateren dat nu, tien jaar later, de informatiehuishouding nog altijd niet op orde is. Zolang die informatiehuishouding nog niet op orde is, zou mijns inziens terughoudend moeten worden omgaan met voorstellen die het recht op informatie willen beperken. De extra tijd die het

252 Zie o.a. OSF en IMI 2022, p. 26 en Berenschot en IMI 2021, p. 38.

253 Zie over de mogelijkheden van AI bijv. Zylab 2021.

254 *Kamerstukken II* 2010/11, 32802, nr. 1, p. 8.

255 Een verbeterde organisatie kan bijdragen aan een betere en/of snellere afhandeling van omvangrijke Wob-verzoeken. Concreet wordt daarbij gewezen op het feit dat het ontbreken van een duidelijk aanspreekpunt en/of een vaste procedure negatieve gevolgen kan hebben voor de afhandelingsduur van de verzoeken. Ook zouden betere archivering, duidelijkere procedures, vaste contactpersonen en bredere bekendheid met de Wob binnen de organisatie kunnen leiden tot een kortere behandeltijd (*Kamerstukken II* 2010/11, 32802, nr. 1, p. 14).

daardoor kost om op zoek te gaan naar informatie, mag niet leiden tot het oordeel dat sprake is van een (te) omvangrijk informatieverzoek. Tegelijkertijd realiseer ik me ook dat niet van een bestuursorgaan kan worden gevraagd tot in het oneindige informatieverzoeken af te handelen. Dit volgt ook uit het Verdrag van Tromsø waarin wordt gesteld dat informatieverzoeken mogen worden afgewezen als zij 'manifestly unreasonable' zijn.[256] Daarvan kan blijkens de toelichting op het verdrag sprake zijn als het verzoek 'requires a disproportionate amount of searching or examination'.[257]

Uitgaande van de premisse dat zelfs nadat de informatiehuishouding op orde is, er sprake is van (te) grote aantallen omvangrijke informatieverzoeken, zal ik hierna twee mogelijke oplossingen schetsen.

Allereerst is het mogelijk om voor verschillende soorten documenten verschillende beslistermijnen te hanteren. Hierop ben ik in de vorige paragraaf al ingegaan. Voor officiële documenten zou de beslistermijn korter kunnen zijn dan voor bijvoorbeeld interne e-mails en concepten. In het verlengde hiervan zou ook kunnen worden gedacht aan het in rekening brengen van (hoge) kosten. In de eerdergenoemde brief van de minister wordt ingegaan op deze mogelijkheid. Het zou dan niet alleen gaan om de kosten voor het maken van kopieën, maar ook om de kosten van de ambtelijke capaciteit. Het voordeel hiervan zou zijn dat het doorberekenen van kosten een afschrikkende werking kan hebben. Dit is tegelijkertijd ook het grootste bezwaar tegen het aan de verzoeker in rekening brengen van kosten: het staat op gespannen voet met openbaarheid en is niet alleen een drempel voor kwaadwillenden, maar ook voor degene die daadwerkelijk op zoek is naar informatie. Een dergelijke kostenbepaling wordt dan ook niet voorgesteld.[258] Een ander bezwaar tegen het in rekening brengen van kosten is dat het in strijd met het Verdrag van Tromsø zou zijn. Het artikel dat bepaalt dat het vragen van een vergoeding van kosten beperkt moet zijn tot reproductiekosten, ziet echter slechts op officiële documenten.[259] Nu juist het moeten zoeken en beoordelen van interne e-mails vaak als disproportioneel wordt beschouwd, kan het interessant zijn om nader te onderzoeken of het mogelijk is om voor deze categorie informatie alsnog ambtelijke kosten in rekening te brengen. Interessant is ook de keuze die het Verenigd Koninkrijk heeft gemaakt. In het Verenigd Koninkrijk kan een verzoek om informatie worden afgewezen als het onredelijk veel publieke middelen zou kosten.[260] Een verzoek kost onredelijk veel als de behandeling van een verzoek meer dan £ 600 kost voor centrale overheidsorganen of £ 450 voor andere organen, waarbij uitgegaan wordt van een bedrag van

256 Art. 5 lid 5 onder ii Verdrag van Tromsø.

257 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Access to Official Documents 2009, p. 9.

258 Andere bezwaren zijn dat het vragen van een financiële vergoeding voor meer administratieve lasten kan zorgen voor zowel de bestuursorganen als de verzoekers; het doorberekenen van kosten zou in strijd zijn met het Verdrag van Tromsø en het beleid inzake hergebruik van overheidsinformatie (*Kamerstukken II* 2010/11, 32802, nr. 1, p. 12-13).

259 Art. 1 lid 2 onder b Verdrag van Tromsø stelt dat '"official documents" means all information recorded in any form, drawn up or received and held by public authorities'.

260 Art. 12 Freedom of Information Act. Naast de grond dat het onredelijk veel publieke middelen zou kosten ('appropriate limit of costs') is het ook mogelijk om een verzoek af te wijzen als het te kwader trouw is ('vexatious request').

£ 25 per uur per werknemer.[261] Alleen de zoekactiviteiten en het analyseren van de informatie mag worden meegenomen bij het maken van de tijdsinschatting en niet het toepassen van uitzonderingsgronden.[262] Het Verenigd Koninkrijk brengt dus weliswaar geen kosten in rekening, maar maakt wel een kostenindicatie die ertoe leidt dat een informatieverzoek niet in behandeling wordt genomen. In het licht van het recht op informatie zou het verlengen van de beslistermijn of zelfs het in rekening brengen van kosten mijn voorkeur hebben boven het afwijzen van informatieverzoeken.

Een tweede optie is het beperken van het recht om grote aantallen documenten op te vragen. In 2011 dacht minister Donner daarbij aan verzoeken die hetzelfde type informatie over een groot aantal jaren betreft, zoals alle externe inhuur sinds 2000 of alle declaraties van de laatste twintig jaar. Waarom niet de bonnetjes van een half jaar opvragen om een beeld te krijgen? Volgens de minister kunnen overheidsorganen niet oneindig worden ingezet 'enkel voor een mogelijke scoop van een journalist of een wetenschappelijk artikel'.[263] In 2012 is het conceptwetsvoorstel Wet aanpassing Wob in consultatie gebracht. Verzoeken die betrekking hebben op grote aantallen documenten, zouden buiten behandeling kunnen worden gelaten, behoudens een representatief deel.[264] Daarnaast bevatte het conceptwetsvoorstel ook een wettelijke basis voor bestuursorganen om met deelbesluiten te werken. Als de tijdige behandeling van een verzoek, gelet op de aard en omvang, redelijkerwijs niet mogelijk is, zou het mogelijk worden om de beslistermijn op te schorten. Het bestuursorgaan zou dan wel 'periodieke beslissingen overeenkomstig de door de verzoeker in overleg aangegeven prioriteiten' moeten nemen, waarbij het bestuursorgaan zou moeten aangeven met welke frequentie de periodieke beslissingen worden genomen. Deze frequentie mocht niet lager zijn dan een periodieke beslissing per twee weken.[265] Het conceptwetsvoorstel is niet verder gebracht nadat het wetsvoorstel voor de Woo was ingediend.[266] De Woo bevat een bepaling die enigszins lijkt op het tweede voorgestelde artikel. Artikel 4.2a Woo bepaalt dat als het informatieverzoek zodanig omvangrijk is dat niet binnen de beslistermijn kan worden beslist, het bestuursorgaan in overleg moet treden met de verzoeker over de prioritering van de afhandeling van het verzoek. Het bestuursorgaan verstrekt de gevraagde documenten zo veel mogelijk in de door de verzoeker gewenste volgorde. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het doel van het artikel tweeledig is. Ten eerste kan hierdoor bij de verzoeker begrip worden gekweekt voor een eventueel langere behandelduur bij omvangrijke verzoeken. Ten tweede zouden de uitvoeringslasten voor het bestuursorgaan kunnen worden beperkt, omdat de reikwijdte van het informatieverzoek er beter door kan worden afgebakend. De gedachte is dat er bijvoorbeeld een afspraak wordt gemaakt dat eerst de vijftig of honderd 'interessantste documenten' worden

261 Art. 3 en 4 lid 4 The Freedom of Information and Data Protection (Appropriate Limit and Fees) Regulations 2004; ICO 2015, p. 2.
262 ICO 2015, p. 4. Zie tevens Drahmann & Honée 2021, p. 45-47.
263 *Kamerstukken II* 2010/11, 32802, nr. 1, p. 8-9.
264 Het conceptwetsvoorstel is te vinden op www.internetconsultatie.nl/wetaanpassingwob/.
265 Art. 6 lid 5 conceptwetsvoorstel.
266 *Kamerstukken II* 2012/13, 33328, nr. 5.

verstrekt en dat hierdoor in een deel van de gevallen het verzoek daarmee afdoende beantwoord zal zijn.[267] Als het bestuursorgaan en de verzoeker schriftelijk afspraken maken dan schort dit de beslistermijn op.[268]

Hetgeen het conceptwetsvoorstel over de 'periodieke beslissingen' voorstelde, is interessant in het licht van de uitspraken van de Afdeling over de coronafiles.[269] Zoals gesteld gaat deze uitspraak over de vraag of, en zo ja, hoe de minister van VWS de 241 ingediende Wob-verzoeken zou moeten afhandelen. Als per Wob-verzoek afzonderlijk zou worden besloten, zouden volgens de minister dezelfde documenten steeds opnieuw in de besluitvorming moeten worden betrokken. Dat zou leiden tot onoverzichtelijke en slecht beheersbare besluitvorming. De minister heeft daarom gekozen voor een 'aangepaste werkwijze'. Dit betrof een gefaseerde én gecategoriseerde werkwijze. De minister heeft uit de 241 informatieverzoeken elf onderwerpen gedestilleerd. De 1,8 miljoen documenten zijn per onderwerp en per maand ingedeeld in 'batches'. Telkens als een batch is beoordeeld, wordt de beslissing door middel van een deelbesluit openbaar gemaakt. De Afdeling heeft geoordeeld dat een dergelijke gefaseerde besluitvorming is toegestaan. Daarbij is van belang dat tegen ieder deelbesluit direct rechtsmiddelen kunnen worden aangewend. Om versnippering te voorkomen zal het bezwaar of beroep van rechtswege ook betrekking hebben op de volgende deelbesluiten.[270]

Als gekeken wordt naar de uitspraak van de Afdeling, het conceptwetsvoorstel en de Woo dan valt het volgende op. Allereerst valt op dat wordt erkend dat het bij omvangrijke informatieverzoeken onmogelijk is om aan de (vaste) wettelijke beslistermijn te voldoen en dat het werken met deelbesluiten hiervoor een oplossing kan bieden. Ten tweede is de mogelijkheid uit het conceptwetsvoorstel om dergelijke verzoeken (gedeeltelijk) buiten behandeling te laten, niet in de Woo gekomen. Dit acht ik een gelukkige keuze omdat het afbreuk doet aan het recht op overheidsinformatie en daarom een fasering de voorkeur zou moeten hebben. Ten derde heeft artikel 4.2a Woo ten opzichte van de Afdelingsuitspraak als extra waarborg voor de verzoeker dat het bestuursorgaan in overleg moet treden met de verzoeker over de prioritering van de afhandeling van het verzoek. Ten slotte had het conceptwetsvoorstel als waarborg voor de verzoeker dat er ten minste iedere twee weken een 'batch' afgehandeld zou moeten worden en een deelbesluit zou moeten worden genomen. Een dergelijke bepaling kan toegevoegde waarde hebben omdat het de verzoeker meer duidelijkheid geeft over wanneer hij de volgende documenten mag verwachten.

5.5 Tussenconclusie

Onder de Woo blijft het mogelijk om een informatieverzoek in te dienen. De procedure voor een dergelijk verzoek blijft op hoofdlijnen ongewijzigd. Een positieve wijziging is dat het onder bepaalde voorwaarden mogelijk wordt om rekening te

267 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 77-78 en 81.
268 Art. 4:15 Awb Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 78.
269 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2348 en ECLI:NL:RVS:2021:2346.
270 Art. 6:19 Awb.

houden met de hoedanigheid van de verzoeker. De mogelijkheid om verzoekers toegang te geven tot hun eigen informatie is een nuancering op het adagium 'openbaar voor de een, is openbaar voor eenieder'. Dit adagium is in beginsel een goed uitgangspunt, omdat het benadrukt dat het openbaar maken van informatie in het algemeen belang is. Duidelijk was echter dat dit adagium soms onnodig beperkend was.

De vraag is echter of de regeling in de Woo voldoende toekomstbestendig is, in het bijzonder in het licht van de 'problematiek' van de omvangrijke informatieverzoeken. Het is niet eenvoudig om deze discussie zuiver te voeren zolang de informatiehuishouding niet op orde is. Onduidelijk is immers in hoeverre de tijd die gemoeid is met het afhandelen van deze grote verzoeken, gelegen is in de gebrekkige interne organisatie en technische voorzieningen. In dit hoofdstuk heb ik desalniettemin een aantal denkrichtingen verkend, waaronder de mogelijkheid om onderscheid te maken tussen verschillende soorten documenten. Voor 'officiële documenten' zou dan een kortere beslistermijn gehanteerd kunnen worden dan voor overige documenten. Daarnaast zou ook het werken met deelbesluiten verder kunnen worden uitgewerkt, zoals een minimale frequentie van de deelbesluiten.

6 Uitzonderingen op het recht op informatie

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is ingegaan op de mogelijkheid voor eenieder om een informatieverzoek in te dienen. Bij de beoordeling van de vraag welke documenten openbaar kunnen worden gemaakt, spelen de wettelijke uitzonderingsgronden een belangrijke rol. Daarbij is bewust gekozen voor de term 'uitzonderingsgrond' en niet 'weigeringsgrond'. De reden hiervoor is niet alleen dat de titel van hoofdstuk 5 van de Woo 'Uitzonderingen' is, maar ook omdat het woord 'uitzondering' beter reflecteert dat het een beperking van het recht op informatie betreft. De term weigeringsgrond past eerder bij het weigeren van een aanvraag om een vergunning en dus iets wat in beginsel al is verboden en nog altijd niet wordt toegestaan. Bij het recht op informatie staat juist de openbaarheid van die informatie centraal en niet een verbod.

In dit hoofdstuk wordt allereerst kort beschreven welke uitzonderingsgronden de Woo kent en in hoeverre de Woo op dit punt verschilt van de Wob (par. 6.2). Vervolgens wordt ingegaan op één uitzonderingsgrond die in 2021 veel aandacht heeft gekregen, namelijk de uitzonderingsgrond die ziet op persoonlijke beleidsopvattingen in stukken ten behoeve van intern beraad (par. 6.3). Afgesloten wordt met de knelpunten die de uitvoeringspraktijk ervaart bij het toetsen aan de uitzonderingsgronden en een korte vergelijking met Zweden (par. 6.4).

6.2 Van Wob naar Woo

Artikel 5.1 en 5.2 Woo bevatten de wettelijke uitzonderingsgronden. Bestuursorganen moeten in beginsel per onderdeel van een document (bijvoorbeeld per alinea) motiveren welke uitzonderingsgrond waarom van toepassing is. Hiervan kan onder omstandigheden worden afgezien als dat zou leiden tot herhalingen die geen redelijk doel dienen.[271] De uitzonderingsgronden zijn grotendeels ongewijzigd gebleven ten opzichte van de Wob. Net als onder de Wob, maakt de Woo onderscheid tussen absolute en relatieve uitzonderingsgronden. Bij absolute uitzonderingsgronden *moet* het openbaar maken van de informatie achterwege blijven.

271 ABRvS 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1633. De motiveringsplicht voor relatieve uitzonderingsgronden is ook neergelegd in art. 5.1 lid 3 Woo.

De absolute uitzonderingsgronden zijn (verkort weergegeven):
a. de eenheid van de Kroon;
b. de veiligheid van de Staat;
c. bedrijfs- en fabricagegegevens die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;[272]
d. bijzondere persoonsgegevens,[273] tenzij de betrokkene uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven voor de openbaarmaking van deze persoonsgegevens of deze persoonsgegevens kennelijk door de betrokkene openbaar zijn gemaakt;
e. nummers die dienen ter identificatie van personen,[274] tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de levenssfeer maakt.

Bij relatieve uitzonderingsgronden blijft het openbaar maken van informatie alleen achterwege als het belang van de openbaarmaking niet opweegt tegen de volgende (verkort weergegeven[275]) belangen:
a. de betrekkingen van Nederland met andere landen en staten en met internationale organisaties;
b. de economische of financiële belangen van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen;
c. de opsporing en vervolging van strafbare feiten;
d. de inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;
e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
f. de bescherming van concurrentiegevoelige bedrijfs- en fabricagegegevens;[276]
g. de bescherming van het milieu waarop deze informatie betrekking heeft;
h. de beveiliging van personen en bedrijven en het voorkomen van sabotage;
i. het goed functioneren van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen.

De uitzonderingsgrond in de Wob die onevenredige bevoordeling of benadeling moet voorkomen (ook wel bekend als de g-grond) is in die vorm niet teruggekeerd onder de Woo. In plaats daarvan zijn enkele relatieve uitzonderingsgronden aan artikel 5.1 lid 2 Woo toegevoegd, namelijk de uitzondering van de bescherming van concurrentiegevoelige gegevens, de beveiliging van personen en het goed functioneren van de staat. Daarnaast bepaalt artikel 5.1 lid 5 Woo dat in uitzonderlijke gevallen openbaarmaking achterwege kan blijven indien openbaarmaking onevenredige benadeling toebrengt en het algemeen belang van openbaarheid niet tegen deze benadeling opweegt. Nieuw is dat het artikellid bepaalt dat als een bestuursorgaan

272 De initiatiefnemers wilden van deze uitzonderingsgrond een relatieve grond maken, maar bij amendement zijn deze gegevens weer (net als onder de Wob) een absolute uitzonderingsgrond geworden (*Kamerstukken II* 2020/21, 35112, nr. 26).
273 Het betreft persoonsgegevens als bedoeld in par. 3.1 onderscheidenlijk par. 3.2 Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG).
274 Het betreft identificatienummers die bij wet of amvb zijn voorgeschreven als bedoeld in art. 46 UAVG.
275 In het bijzonder wijs ik hier op de uitzonderingen die gelden voor milieu-informatie en emissiegegevens (art. 5.1 lid 2 onder b, lid 5 en 6 Woo).
276 Het gaat dan om andere gegevens dan die vallen onder de absolute uitzonderingsgrond.

zich baseert op deze uitzonderingsgrond, het zich niet tevens op een van de andere gronden kan beroepen. Volgens de initiatiefnemers werd de g-grond te vaak als restgrond gebruikt. Door de grond niet meer subsidiair aan te kunnen voeren en door de beperking tot uitzonderlijke, onvoorziene gevallen zou het gebruik onder de Woo beperkter moeten worden.[277]

Artikel 5.2 Woo betreft de uitzonderingsgrond dat geen informatie wordt verstrekt over persoonlijke beleidsopvattingen neergelegd in documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad. Op deze uitzonderingsgrond zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

Nieuw is artikel 5.6 Woo. Dit artikel bepaalt dat, hoewel een van de uitzonderingsgronden van toepassing is, een bestuursorgaan toch kan besluiten om informatie openbaar te maken aan uitsluitend de verzoeker wegens klemmende redenen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat sprake moet zijn van zwaarwegende redenen. Als voorbeeld wordt de situatie genoemd dat bij de arbeidsinspectie berustende gegevens over schadelijke stoffen niet openbaar zijn, omdat het vertrouwelijk verstrekte bedrijfsgegevens zijn. Die gegevens zouden dan (hoewel sprake is van een absolute uitzonderingsgrond) kunnen worden verstrekt aan een werknemer die als gevolg van die schadelijke stoffen een dodelijke ziekte heeft opgelopen, maar zonder de bij de overheid berustende gegevens niet kan aantonen dat hij met de ziekteveroorzakende stoffen in aanraking is geweest.[278] Net als bij de in het vorige hoofdstuk genoemde vormen van selectieve openbaarmaking, kan het bestuursorgaan aan de verstrekking voorwaarden verbinden.

Ten slotte is artikel 5.3 Woo een interessante nieuwe bepaling. Dit artikel bepaalt dat als een informatieverzoek ziet op informatie die ouder is dan vijf jaar, op het bestuursorgaan een verzwaarde motiveringsplicht rust als het bestuursorgaan de openbaarmaking wil weigeren met een beroep op de relatieve uitzonderingsgronden of de uitzonderingsgrond van de persoonlijke beleidsopvatting. Het bestuursorgaan zal moeten motiveren waarom die belangen ondanks het tijdsverloop zwaarder wegen dan het algemeen belang van openbaarheid. Met dit artikel beogen de initiatiefnemers dat bestuursorganen minder snel een verzoek om informatie uit automatisme afwijzen. Een periode van vijf jaar zou lang genoeg zijn om te voorkomen dat bij iedere beslissing het tijdsverloop moet worden meegewogen en anderzijds kort genoeg om enige betekenis te hebben. Een voorbeeld waar tijdsverloop relevant kan zijn, is het voorkomen van ernstige economische schade. Naarmate de tijd vordert zal de (economische) relevantie en daarmee de potentiële schade afnemen. In geval van persoonlijke beleidsopvattingen zou volgens de initiatiefnemers slechts in een enkel geval na vijf jaar niet kunnen worden overgegaan tot openbaarmaking.[279]

Ik acht het een goede ontwikkeling dat tijdsverloop een relevante afweging wordt bij de belangenafweging die plaatsvindt in het kader van de relatieve uitzonderingsgronden en de persoonlijke beleidsopvattingen. In het vorige hoofdstuk

277 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 84 en 95-96.
278 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 107-108.
279 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 103.

constateerde ik wel dat een vaste termijn van vijf jaar vast praktisch is voor de uitvoeringspraktijk, maar niet altijd even relevant zal zijn. De vraag is gerechtvaardigd of altijd vijf jaar gewacht moet worden als sprake is van een afgeronde 'zaak'. Zeker als het maatschappelijk belang van het onderwerp groot is. Ik pleit er dan ook voor dat de verzwaarde motiveringsplicht in ieder geval geldt als informatie ouder is dan vijf jaar, maar dat als een verzoeker gemotiveerd betoogt dat ook bij jongere informatie het tijdsverloop al relevant is, dit betoog bij de beoordeling van de informatie moet worden betrokken.

6.3 Weg met de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen?

Van Wijnbergen betoogde in 1968 dat het doel van openbaarheid is om het publiek duidelijk te maken hoe het bestuur werkt en dat het daarvoor niet voldoende is om de bestuursbeslissingen bekend te maken, maar ook het gehele voorbereidend materiaal.[280] Toch bevat zowel de Wob als de Woo een bepaling die persoonlijke beleidsopvattingen in documenten die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad beschermen.[281] In het rapport van de POK is ferme kritiek geuit op de wijze waarop toepassing is gegeven aan deze uitzonderingsgrond. Volgens de commissie wordt het begrip 'persoonlijke beleidsopvatting' in de praktijk regelmatig te ver opgerekt.[282] In de persconferentie waarin Rutte in reactie op dit rapport aangaf bij de Koning het ontslag van het kabinet te hebben aangeboden, stelde Rutte ook dat het kabinet de uitzonderingsgrond over persoonlijke beleidsopvattingen wilde gaan schrappen.[283] Uiteindelijk bleek dit niet het geval te zijn, maar er wordt voor formele besluitvorming wel een wijziging aangebracht. Hierna wordt eerst kort uiteengezet wat artikel 5.2 Woo bepaalt over de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen. Vervolgens wordt ingegaan op de ratio van deze uitzonderingsgrond en de vraag of een verdere inperking van deze uitzonderingsgrond wenselijk is.

Artikel 5.2 lid 1 Woo bevat de hoofdregel en bepaalt dat in geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, geen informatie wordt verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen. Deze uitzonderingsgrond is daarmee absoluut geformuleerd. Nieuw ten opzichte van de Wob is dat dit artikellid bepaalt wat onder persoonlijke beleidsopvattingen moet worden verstaan, namelijk 'ambtelijke adviezen, visies, standpunten en overwegingen ten behoeve van intern beraad, niet zijnde feiten, prognoses, beleidsalternatieven, de gevolgen van een bepaald beleidsalternatief of andere onderdelen met een overwegend objectief karakter'.[284] Volgens de initiatiefnemers is deze definitie

280 Van Wijnbergen 1968, p. 10. Zie voor een uitgebreider historisch overzicht o.a. Koning 1995, Schelhaas 1979 en Daalder 2005.
281 Art. 11 Wob resp. art. 5.2 Woo.
282 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 2, p. 8-9.
283 www.rijksoverheid.nl/documenten/mediateksten/2021/01/15/letterlijke-tekst-persconferentie-na-ministerraad-15-januari-2021.
284 In de literatuur is betoogd dat deze nieuwe definitie van persoonlijke beleidsopvattingen onduidelijk is en zal leiden tot procedures (o.a. Mensink & Ruers, *JBplus* 2016/3, par. 4.3, Duijkersloot e.a., *NTB* 2016/45, p. 334, Van der Sluis, *Gst.* 2016/144, p. 781 en Van der Sluis, *Gst.* 2021/77, p. 443).

beoogd als een aanscherping ten opzichte van de praktijk onder de Wob en zou het ten onterechte aanmerken als persoonlijke beleidsopvatting moeten tegengaan.[285] De initiatiefnemers pleiten ervoor dat er de komende jaren een cultuur groeit waarbij in documenten gegevens met een objectief karakter niet (meer) worden vervlochten met persoonlijke beleidsopvattingen.[286] 'Intern beraad' is in de Woo niet gedefinieerd, maar in de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat bedoeld is aan te sluiten bij de definitie uit de Wob en de op basis daarvan ontwikkelde jurisprudentie, namelijk het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid.[287]

Het tweede lid van het artikel bevat een uitzondering op deze hoofdregel: een bestuursorgaan kan persoonlijke beleidsopvattingen geanonimiseerd openbaar maken met het oog op een goede en democratische bestuursvoering.[288] Deze bevoegdheid bestond al onder de Wob, maar volgens de initiatiefnemers werd er slechts terughoudend gebruik van gemaakt. Mede daarom – en in reactie op het rapport van de POK – is aan artikel 5.2 Woo een derde lid toegevoegd, dat bepaalde bestuursorganen[289] verplicht om geanonimiseerde persoonlijke beleidsopvattingen uit documenten opgesteld ten behoeve van formele bestuurlijke besluitvorming openbaar te maken, tenzij het kunnen voeren van intern beraad onevenredig[290] wordt geschaad. Het begrip formele bestuurlijke besluitvorming heeft blijkens de wetsgeschiedenis betrekking op alle besluiten die de betrokken bestuursorganen nemen die verband houden met hun publieke taak, zowel in de beleidsvoorbereiding, beleidsbepaling, beleidsuitvoering als de evaluatie van beleid.[291] In de kabinetsreactie op het rapport van de POK is aangegeven dat het kabinet voortaan bij elk stuk dat aan het parlement wordt gestuurd, de onderliggende departementale nota's

285 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 98.

286 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 99.

287 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 97. Tot het intern beraad kan ook overleg met sommige externen, zoals een advocaat, worden gerekend, zolang de externe maar geen eigen belang heeft bij de betreffende aangelegenheid (ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3497 en Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 99).

288 Art. 5.2. lid 2 Woo bepaalt dat anonimisering niet nodig is als degene wiens opvatting het betreft daarmee instemt.

289 Het betreft een minister, een commissaris van de Koning, Gedeputeerde Staten, een gedeputeerde, het college van burgemeester en wethouders, een burgemeester en een wethouder. De indiener van het amendement heeft niet gemotiveerd waarom de voorzitter en de leden van het dagelijks bestuur van waterschappen niet zijn opgenomen. De initiatiefnemers van de Woo kunnen hier geen goede reden voor bedenken. De minister van BZK heeft toegezegd naar de mogelijkheid om de waterschappen toe te voegen te kijken, zodra de gelegenheid zich voordoet (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 101).

290 De minister van BZK dacht bij 'onevenredige schade' aan situaties waarin belangen van derden een rol spelen, zoals een ambtelijke waardering van een onderhandelingssituatie met lokale partners of aan een situatie waarin moet worden voorkomen dat een ambtenaar persoonlijk kan worden beschadigd door openbaarmaking (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 102).

291 *Kamerstukken II* 2020/21, 35112, nr. 27. Volgens de initiatiefnemers van de wet volgt uit deze omschrijving dat de term 'besluiten' eerder een bestuurlijke betekenis heeft dan de juridische betekenis van art. 1:3 Awb (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 101).

actief openbaar maakt. De initiatiefnemers benadrukken dat dit een voorbeeld is van formele bestuurlijke besluitvorming, maar dat de term breder is.[292]

Hoewel artikel 5.2 lid 1 Woo absoluut geformuleerd is, zou volgens de initiatiefnemers van de Woo de kern van het artikel juist zijn dat persoonlijke beleidsopvattingen (geanonimiseerd) openbaar worden wanneer het belang van een goede en democratische bestuursvoering daartoe aanleiding vormt. Zij gaan ervan uit dat bestuursorganen, ook als het nieuwe derde lid niet van toepassing is, vaker persoonlijke beleidsopvattingen openbaar gaan maken.[293] Hoewel bestuursorganen beslissingsruimte hebben om te bepalen of zij al dan niet toepassing willen geven aan de kan-bepaling uit het tweede lid, zullen zij het wel moeten motiveren als het standpunt wordt ingenomen dat openbaarmaking niet in het belang zou zijn van een goede en democratische bestuursvoering. Zeker als sprake is van relatief oude documenten moet gemotiveerd worden waarom ambtenaren in de toekomst nog zullen worden belemmerd bij het in openheid voeren van interne discussies en het adviseren van bewindspersonen. Ook kan relevant zijn of sprake is van een belangrijke maatschappelijke en gevoelige kwestie. Dergelijke kwesties zullen eerder aanleiding geven om tot (geanonimiseerde) openbaarmaking over te gaan.[294]

Uit de wetsgeschiedenis en literatuur volgt dat het doel van het beschermen van persoonlijke beleidsopvattingen tweeledig is. Ten eerste het belang van beleidsintimiteit, ook wel '*space to think*' genoemd en ten tweede het staatsrechtelijke uitgangspunt van de ministeriële verantwoording.[295]

Met de noodzaak van beleidsintimiteit wordt bedoeld dat ambtenaren en bestuurders vrijelijk met elkaar van gedachten moeten kunnen wisselen. Dit zou nodig zijn om te kunnen komen tot effectieve besluitvorming. Voorkomen moet worden dat de deelnemers zich in het intern beraad terughoudend opstellen en dat het beraad daarmee niet volledig wordt gevoerd.[296] Tijdens de toeslagenaffaire is dit streven om de beleidsintimiteit te beschermen bekend komen te staan als de Rutte-doctrine. Bij het beschermen van de beleidsintimiteit is de fase waarin de besluitvorming zich bevindt relevant. In de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat in de fase waarin het besluit nog moet worden genomen, er ruimte moet zijn om gedachten en concepten uit te wisselen. In die fase moet daarom nog niet alles openbaar gemaakt worden. Als het besluit eenmaal is gevallen, is het echter anders. Dan is het goed om te kunnen reconstrueren op grond van welke adviezen, welke informatie en welke beleidsalternatieven een besluit is genomen.[297] Ook in de evaluatie van de Wob wordt gesteld

---

292 De term ziet ook op besluitvorming van individuele ministers en (leden van) Gedeputeerde Staten, het college van burgemeester en wethouders, inclusief in mandaat genomen besluiten (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 102).

293 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 98.

294 ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:399, en Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 98.

295 Zie over de ratio van de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen onder meer Daalder 2015, p. 304-307.

296 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 97.

297 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 102 en *Handelingen I* 2021/22, nr. 1, item 11, 48 en 68.

dat een zekere mate van beslotenheid van het besluitvormingsproces onontbeerlijk is. Noch de overheid, noch de burger is erbij gebaat dat rijpe en onrijpe plannen de openbaarheid bereiken waarbij de status van deze plannen niet vaststaat en die voor verwarring en onnodige onrust kunnen zorgen.[298] Dit onderscheid tussen wel of niet afgeronde besluitvorming komt niet terug in de tekst van artikel 5.2 Woo. Het oorspronkelijke wetsvoorstel bepaalde dit wel. Het eerste lid zou bepalen dat het openbaar maken achterwege blijft 'zo lang niet uit een openbaarmaking of een mededeling door een overheidsorgaan blijkt dat het intern beraad over een bestuurlijke aangelegenheid met besluitvorming is afgesloten'.[299] Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer was er veel discussie over de nieuwe formulering van het artikel. Om te voorkomen dat ambtenaren zich beperkt zouden voelen in wat zij vrijelijk kunnen opschrijven, doordat onduidelijk zou zijn wat de grenzen van wat wel en niet als persoonlijke beleidsopvatting zou worden beschermd, is het artikel gewijzigd door weer aan te sluiten bij de regeling in de Wob.[300] De vraag of de besluitvorming is afgerond is dus niet relevant meer bij de toepassing van het eerste lid. Dat doet er echter niet aan af dat het tweede lid nog altijd een kan-bepaling is. Het lijkt mij zinvol om bij de vraag of persoonlijke beleidsopvattingen openbaar gemaakt kunnen worden, ook te betrekken in hoeverre de besluitvorming al is afgerond. Gesteld kan worden dat zolang de besluitvorming nog niet is afgerond, het openbaar maken van (geanonimiseerde) persoonlijke beleidsopvattingen vaak niet in het belang van een goede en democratische bestuursvoering zal zijn, maar dat na de besluitvorming dit belang kleiner is geworden. Interessant is ook de suggestie van Munneke om meer differentiatie aan te brengen in het soort documenten dat onder deze uitzonderingsgrond valt. Sommige documenten (zoals 'echt' intern overleg tussen ambtenaren) zouden dan onder de absolute uitzondering kunnen blijven vallen, terwijl andere documenten (zoals externe adviezen) onder een relatieve uitzonderingsgrond zouden kunnen vallen.[301]

In het kader van de discussie over nut en noodzaak van de bescherming van beleidsintimiteit is het ook interessant om te kijken naar het Europees recht. In het Verdrag van Tromsø is een uitzondering op het recht op informatie opgenomen die ziet op 'the deliberations within or between public authorities concerning the examination of a matter'.[302] Verder bepaalt ook artikel 4 lid 3 Eurowob[303] (samengevat) dat de

298 Brandsen e.a. 2004, p. 56.

299 Het intern beraad werd geacht afgerond te zijn als uit openbaarmaking door een overheidsorgaan blijkt dat over een bestuurlijke aangelegenheid besluitvorming heeft plaats gevonden. Daarbij kan worden gedacht aan de bekendmaking van een (concept)besluit, een beleidsdocument of (een voorstel voor) regelgeving. Daarbij hoeft het niet noodzakelijk te gaan om de finale besluitvorming in een traject dat meerdere fasen kent. Besluitvorming kan ook strekken tot het staken van een beleidstraject (*Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 13, p. 21).

300 *Kamerstukken II* 2015/16, 33328, nr. 20, p. 5.

301 Munneke, Gst. 2008/124, par. 6.

302 Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Access to Official Documents 2009, p. 7.

303 Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

toegang tot een document dat is opgesteld voor intern gebruik, en dat betrekking heeft op een aangelegenheid waarover de instelling nog geen besluit heeft genomen, wordt geweigerd, indien de openbaarmaking ervan het besluitvormingsproces ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt. Ook nadat het besluit genomen is, kan toegang worden geweigerd als de openbaarmaking het besluitvormingsproces van de instelling ernstig zou ondermijnen, tenzij een hoger openbaar belang openbaarmaking gebiedt.[304] Zowel de bepaling in het Verdrag van Tromsø als de Eurowob beoogt de 'space to think' te beschermen. In een aantal arresten heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich gebogen over de 'space to think'. In essentie heeft het Hof van Justitie voor wetgevingsdocumenten geoordeeld dat de Europese Commissie (en haar ambtenaren) over 'ruimte om na te denken' moet beschikken. Dit betekent echter niet dat dergelijke documenten altijd vertrouwelijk kunnen blijven totdat de besluitvorming heeft plaatsgevonden.[305] Het valt op dat, in vergelijking met de Woo, de Eurowob dus ten eerste onderscheid maakt tussen de fase voor en na de besluitvorming en ten tweede dat het geen absolute, maar een relatieve uitzonderingsgrond is, waarbij altijd een belangenafweging moet plaatsvinden. In het verlengde hiervan wijs ik er ook op dat de Woo bepaalt dat bij milieu-informatie het belang van de bescherming van de persoonlijke beleidsopvattingen altijd moet worden afgewogen tegen het belang van openbaarmaking.[306] Deze uitzondering vloeit voort uit het Verdrag van Aarhus[307] en (aldus de initiatiefnemers) niet uit de gedachte dat persoonlijke beleidsopvattingen over milieu-informatie van een andere orde zijn dan andere opvattingen.[308] Ik vind het opvallend dat als milieu-informatie niet van een andere orde is, volstaan wordt met het maken van een uitzondering op de hoofdregel. De wetgever had ook een stap verder kunnen gaan en het recht op informatie zoals dat voortvloeit uit het Verdrag van Aarhus uit kunnen breiden naar alle soorten informatie. Concreet zou dit betekenen dat de absolute uitzonderingsgrond zou worden gewijzigd in een relatieve uitzonderingsgrond.[309] Daarbij zou dan ook, in aanvulling op de termijn van vijf jaar,[310] de fase van de besluitvorming (afgerond of niet) kunnen leiden tot het oordeel dat een verzwaarde motiveringsplicht geldt.

---

304 In januari 2022 heeft de Europese Commissie het standpunt ingenomen dat sms'en en andere vergelijkbare berichten niet geregistreerd zouden hoeven worden op grond van de Eurowob vanwege onder meer hun vluchtige karakter. Dit standpunt heeft veel kritiek gekregen, waaronder van de EU Ombudsman (persbericht d.d. 28 januari 2022, www.ombudsman.europa.eu/nl/press-release/en/151740). Deze casus illustreert dat de uitzonderingsgrond van de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen verbonden is aan de vraag wat onder het begrip 'document' valt.

305 Zie hierover uitgebreider Bijl, NtEr 2019 en Kranenborg, NtEr 2012.

306 Art. 5.2 lid 4 Woo.

307 Wie meer wil weten over het recht op informatie op grond van het Verdrag van Aarhus verwijs ik graag naar Schram 2011, p. 67-89.

308 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 102-103.

309 Vgl. Ook Tingen en Jak die zich afvragen of de absolute weigering van persoonlijke beleidsopvattingen nog steeds noodzakelijk is in een democratische samenleving als er een mogelijkheid bestaat om de opvattingen te anonimiseren. Zij zien hier een spanning tussen de Wob/Woo en art. 10 EVRM (Tingen & Jak, *JBplus* 2019/3, par. 3.1.3.

310 Art. 5.3 Woo.

Naast het belang van de beleidsintimiteit, dient het beschermen van de persoonlijke beleidsopvattingen nog een tweede doel. Ambtenaren opereren onder verantwoordelijkheid van hun politiek leidinggevende en kunnen zichzelf niet verdedigen in de Tweede Kamer of media.[311] Door het openbaar maken van geanonimiseerde beleidsopvattingen kan de burger nagaan welke afwegingen zijn gemaakt. Het bestuursorgaan is te allen tijde verantwoordelijk voor die afweging en kan de verantwoordelijkheid voor die afweging afleggen door openbaar te maken welke pro's en contra's aan de keuze ten grondslag hebben gelegen. Daarmee is het belang van een goede en democratische bestuursvoering bij uitstek gediend. Daarbij is ook van belang dat de Woo geanonimiseerde openbaarmaking als uitgangspunt heeft. Het is daardoor de bestuurder die verantwoording moet afleggen over de keuzes die hij heeft gemaakt op basis van adviezen van ambtenaren. Dit past binnen de (huidige) staatsrechtelijke verhoudingen waarin ambtenaren niet bestaan. Het is de taak van een minister of een wethouder om te staan voor zijn ambtenaren. Daarbij wijzen de initiatiefnemers erop dat een bestuursorgaan bij het openbaar maken van een persoonlijke beleidsopvatting altijd een reactie kan toevoegen, waarin gemaakte keuzes worden toegelicht, of waarbij wordt gewezen op lacunes in de openbaar gemaakte informatie, waardoor de wel openbaar gemaakte informatie in een context wordt geplaatst.[312] Dat ambtenaren geen volledige vrijheid van meningsuiting hebben, wordt ook wel aangeduid als de oekaze-Kok.[313] De vraag in hoeverre de informatievoorziening richting het parlement moet worden verbeterd, valt buiten de reikwijdte van dit preadvies. Dat het wenselijk wordt geacht dat ambtenaren zich terughoudend opstellen in het publieke debat, vind ik echter geen goede verklaring voor het uitgangspunt dat persoonlijke beleidsopvattingen in beginsel niet openbaar worden gemaakt. Ten eerste omdat mijns inziens onderscheid moet worden gemaakt tussen een ambtenaar die zijn mening proactief wil uiten in de media en een ambtenaar die wil reageren op informatie die openbaar is gemaakt naar aanleiding van een informatieverzoek. Dat onderscheid zou ook kunnen worden aangebracht in de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren. Daarnaast is van belang dat het in beginsel altijd gaat om geanonimiseerde openbaarmaking.[314] Natuurlijk is er een kans dat te achterhalen is van wie een persoonlijke beleidsopvatting is, bijvoorbeeld doordat er binnen het bestuursorgaan maar weinig ambtenaren bij dat specifieke dossier betrokken zijn. In een veilige werkomgeving zou dit niet problematisch moeten zijn, maar gelet op de weerstand die er is tegen het oprekken van deze uitzonderingsgrond, lijkt het erop dat een dergelijke veilige omgeving er niet is. Een ambtenaar moet erop kunnen vertrouwen dat als een persoonlijke beleidsopvatting openbaar wordt, zijn direct leidinggevende en bestuurder hem zullen (blijven) steunen. Het kunnen en mogen maken van fouten is cruciaal, wil een open overheid ook daadwerkelijk tot stand komen. Baetens e.a.

311 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 97.

312 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 100-101.

313 In 2020 is er een nieuwe versie van de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren vastgesteld. Zie hierover uitgebreid Bekker, *AA* 2021/0346.

314 Duyvendak heeft betoogd dat art. 11 Wob zou kunnen vervallen, omdat zou kunnen worden volstaan met het anonimiseren ter bescherming van de privacy (de nota 'Open de oester', *Kamerstukken II* 2004/05, 30214, nr. 1, p. 11).

spreken in deze context over de rol van de overheid als hoeder.[315] Enthoven wijst erop dat door het openbaar maken van wilde ideeën van ambtenaren ook de creativiteit van de samenleving wordt gemobiliseerd en bij besluitvorming kan worden betrokken.[316] Daarnaast spelen ook de media en de volksvertegenwoordiging hier een rol. De wens om te scoren en zichtbaar te zijn, mag er niet toe leiden dat ambtenaren aan de publieke schandpaal worden genageld.[317]

De bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen is al sinds de totstandkoming van de Wob 1978 punt van discussie.[318] Voermans spreekt van een merkwaardige paradox: aan de ene kant is er de noodzaak om vertrouwelijk te kunnen onderhandelen, terwijl aan de andere kant de behoefte aan openbaarheid bestaat. Het is van belang om de juiste balans te vinden en houden.[319] Met het toevoegen van het derde lid aan artikel 5.2 Woo is een duidelijke beweging naar de kant van de openbaarheid gemaakt. Over enkele jaren zal duidelijk worden of persoonlijke beleidsopvattingen vaker geanonimiseerd openbaar worden gemaakt en wat het effect hiervan is. Een verdergaande beperking van de beleidsintimiteit moet dan ook volgens mij pas aan de orde zijn nadat de Woo op dit punt is geëvalueerd.[320] In het kader van die evaluatie zou moeten worden bezien of inmiddels de tijd rijp is om de drie leden samen te voegen tot één eenvoudigere kan-bepaling.[321] Vooruitlopend op die evaluatie pleit ik er wel al voor dat bij de beslissingsruimte die bestuursorganen hebben bij het toepassen van het tweede lid van dit artikel elementen als tijdsverloop, de vraag in hoeverre de besluitvorming is afgerond en het maatschappelijk belang van de gevraagde informatie een duidelijke(re) rol gaan spelen.

6.4 Uitvoerbaarheid van de uitzonderingsgronden

Uit onderzoek is gebleken dat het beoordelen of een uitzonderingsgrond van toepassing is en het vervolgens redigeren van de documenten tijdrovend is en een van de redenen is waarom niet tijdig op informatieverzoeken kan worden beslist.[322] In deze paragraaf wil ik daarom kort stilstaan bij twee aspecten die hiermee samenhangen, namelijk de wijze van beoordeling van de uitzonderingsgronden in de praktijk en de formulering van de wettelijke uitzonderingsgronden.

---

315 Baetens e.a. 2017, p. 28.
316 Enthoven, *De Groene Amsterdammer* 2021.
317 Zie in deze zin ook Barkhuysen, NJB 2021/1319.
318 Zie hierover uitgebreider Daalder 2015, p. 287-288.
319 Voermans 2021, p. 163.
320 Art. 8.9 Woo bepaalt dat de evaluatie binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet moet plaatsvinden.
321 Bijvoorbeeld: 'In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, kan informatie worden verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen in niet tot personen herleidbare vorm, tenzij het kunnen voeren van intern beraad hierdoor onevenredig wordt geschaad. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.'
322 Research voor Beleid 2010, p. 22. Zie hierover uitgebreider par. 5.4 van dit preadvies.

In Nederland vindt de toets van documenten aan de uitzonderingsgronden in de praktijk vaak plaats door degene die het informatieverzoek moet afhandelen (vaak aangeduid als 'Wob-jurist'). In paragraaf 5.4 is al de vraag gesteld of hierbij optimaal gebruik wordt gemaakt van de al beschikbare software om documenten te redigeren. Deze software is op dit moment al in staat om grote aantallen documenten te doorzoeken op bijvoorbeeld persoonsgegevens en ik ben benieuwd naar de mogelijkheden om kunstmatige intelligentie (AI) in te zetten voor een tekstanalyse naar mogelijke uitzonderingsgronden onder de Woo. Een geheel andere denkrichting is de vraag of de 'Wob-jurist' wel de meest gerede persoon is om deze toets te verrichten. In Zweden is namelijk gekozen voor een ander systeem. Daar geeft de ambtenaar die een document opslaat in het documentenregister, aan of een uitzonderingsgrond volgens hem van toepassing is op het document en zo ja, welke.[323] De mogelijkheid om een 'geheimhoudingsteken' aan te brengen is vaak een functionaliteit die is ingebouwd in het documentenregister.[324] Het is de vraag waarom wij in Nederland geen vergelijkbaar systeem kennen. De ambtenaar die het document heeft opgesteld of ontvangen, zal immers zelf het beste weten of er uitzonderingsgronden van toepassing zijn; of in ieder geval beter dan een ambtenaar die het document mogelijk pas jaren later voor het eerst zal lezen. In Zweden is de ambtenaar die het informatieverzoek afhandelt overigens niet gebonden aan de geheimhoudingsmarkering. Deze ambtenaar zal zelf beoordelen of terecht is aangegeven dat een uitzonderingsgrond van toepassing is, maar door de markering in het documentenregister heeft hij wel al een eerste indicatie als hij het document gaat beoordelen.[325]

Een mogelijk bezwaar tegen het vooraf markeren van documenten is dat het voor ambtenaren niet eenvoudig is om te beoordelen of een uitzonderingsgrond van toepassing is. Dit kan deels worden opgelost door alle ambtenaren bij indiensttreding op te leiden in (1) het bestaan van het recht op informatie en de uitzonderingen op dit recht en (2) het gebruik van het DMS inclusief de markeringsmogelijkheid. Het is echter de vraag of dit voldoende is. De Woo kent namelijk slechts een beperkt aantal uitzonderingsgronden die soms open zijn geformuleerd en waarvan de reikwijdte en betekenis verder vorm hebben gekregen in jurisprudentie.[326] Daarnaast vergen de relatieve uitzonderingsgronden een belangenafweging. De Nederlandse uitzonderingsgronden in de Woo zijn anders opgebouwd dan de uitzonderingsgronden in bijvoorbeeld Zweden en het Verenigd Koninkrijk. Beide landen hebben gekozen voor

323 Art. 5 van hoofdstuk 5 van de Offentlighets- och Sekretesslag [*Openbaarheid en geheimhoudingswet*] (SFS nr. 2009:400). De eerste alinea van dit artikel luidt in het Nederland vertaald (ongeveer) als volgt: 'Indien kan worden aangenomen dat informatie in een openbaar document vanwege een geheimhoudingsbepaling niet openbaar mag worden gemaakt, kan de autoriteit dit markeren door een speciale aantekening (geheimhoudingsteken) op het document aan te brengen of, indien het document elektronisch is, het invoegen in het document of in het computersysteem waar het elektronische document wordt verwerkt. Op de notitie moet worden vermeld: (1) de van toepassing zijnde geheimhoudingsbepaling, (2) de datum waarop de notitie is gemaakt en (3) de autoriteit die de notitie heeft gemaakt.'

324 Zie hierover ook Drahmann & Honée 2021, p. 12-13.

325 Drahmann & Honée 2021, p. 19.

326 Duyvendak stelde al eerder voor om de uitzonderingsgronden specifieker te formuleren (nota 'Open de oester', *Kamerstukken II* 2004/05, 30214, nr. 1, p. 3).

meer en gedetailleerdere uitzonderingsgronden in de wet zelf.[327] Gedetailleerdere uitzonderingsgronden in de Woo (of een op de Woo gebaseerde regeling) kunnen de rechtszekerheid vergroten. Een eerste stap is gezet door de uitzonderingsgrond in de Woo die onevenredige bevoordeling of benadeling moest voorkomen, in de Woo te vervangen voor meerdere, concretere uitzonderingsgronden. Dit kan voor andere relatief open uitzonderingsgronden ook een optie zijn. Ik vraag me echter af of met een goede handreiking (en een koppeling tussen deze handreiking en de markeringsmogelijkheid in het DMS) niet dezelfde mate van duidelijkheid kan worden geboden als met een wetswijziging. Ik zie dan ook geen reden waarom het niet mogelijk zou zijn voor ambtenaren bij het invoeren van een document in een DMS ook direct een vinkje te zetten bij een eventuele uitzonderingsgrond.

6.5 Tussenconclusie

In 2004 werd in de evaluatie van de Wob gesteld dat er altijd een spanning zal blijven bestaan tussen wat de burger wil weten en wat de overheid wil prijsgeven. Hoe groot daarbij de ruimte voor de beleidsintimiteit moet zijn, lijkt volgens de onderzoekers vooral cultureel bepaald en daardoor moeilijk te vangen in een harde juridische norm die op voorhand de ruimte vaststelt.[328] De initiatiefnemers van de Woo pleiten voor een cultuurverandering op dit punt. Mede door de toeslagenaffaire lijkt dit pleidooi momentum te hebben gekregen. Over enkele jaren zal duidelijk worden of het nieuwe derde lid tot gevolg heeft dat persoonlijke beleidsopvattingen vaker geanonimiseerd openbaar worden gemaakt en wat het effect hiervan is. Een andere verandering die de Woo brengt, is dat als informatie die ouder is dan vijf jaar geheim wordt gehouden, op het bestuursorgaan een zwaardere motiveringsplicht rust. De gedachte is dat hoe ouder de informatie is, hoe minder reden er is voor geheimhouding.

In het kader van beoogde cultuurverandering is het ook interessant om te verkennen of het mogelijk is om ambtenaren, direct als zij een document opslaan in een DMS, aan te laten geven of een uitzonderingsgrond van toepassing is en zo ja, welke. Kennis over het recht op informatie (en de uitzonderingsgronden) zou immers niet voorbehouden moeten zijn aan de 'Wob-jurist'. Door de opsteller (of ontvanger) van het document zelf de uitzonderingsgrond te laten markeren, kunnen informatieverzoeken ook sneller worden afgehandeld, omdat de behandelaar van het verzoek dan al een eerste indicatie heeft.

327 Zie hierover uitgebreider Drahmann & Honée 2021, p. 18-19, 47-48 en 71-73.
328 Brandsen e.a. 2004, p. 56.

7 Toezicht, klachtrecht en rechtsbescherming

7.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is ingegaan op de wijze waarop bestuursorganen overheidsinformatie openbaar maken. Daarbij is stilgestaan bij enkele problemen die de praktijk ervaart, zoals de gebrekkige informatiehuishouding, de tijd die het kost om te beslissen op ingediende informatieverzoeken en de hoeveelheid tekst die in de documenten onleesbaar wordt gemaakt. In dit hoofdstuk wordt stilgestaan bij de vraag in hoeverre toezicht en rechtsbescherming (kunnen) bijdragen aan het oplossen van deze problemen.

7.2 Toezicht

Het toezicht op de openbaarheid van informatie is versnipperd. Dit komt doordat de Inspectie O&E bevoegd is om toezicht te houden op grond van de Archiefwet en het Adviescollege O&I op grond van de Woo. Het is zowel in het belang van de Archiefwet als de Woo dat de informatiehuishouding op orde is. Het Adviescollege houdt strikt genomen geen toezicht, maar doet onderzoek naar en rapporteert over de openbaarmaking van informatie in algemene zin of door specifieke organen in het bijzonder.[329] De Inspectie houdt wel toezicht, maar uitsluitend op Rijksniveau.[330] Gesteld kan dan ook worden dat, zeker op rijksniveau, de taken van de Inspectie en het Adviescollege elkaar deels overlappen. In hoofdstuk 3 concludeerde ik al dat deze 'bestuurlijke drukte' ten minste een duidelijke taakafbakening vergt. Zoals in dat hoofdstuk reeds toegelicht, zou ik er voorstander van zijn om de Archiefwet en Woo samen te voegen tot één wet. De Inspectie en het Adviescollege zouden dan ook samengevoegd kunnen worden tot één toezichthouder die zowel op rijks- als decentraal niveau bevoegd is. Het Verenigd Koninkrijk is zelfs nog een stap verder gegaan. Daar is de Information Commissioner (ICO) niet alleen de toezichthouder op de naleving van de Freedom of Information Act, maar ook op de Data Information Act en de AVG.[331] Voor de Nederlandse situatie zou dat betekenen dat de Inspectie O&E en het Adviescollege O&I zouden fuseren met de Autoriteit

329 Art. 7.2 lid 5 Woo.

330 Op decentraal niveau gelden de regels van interbestuurlijk toezicht.

331 Daarnaast ziet de ICO ook nog toe op enkele andere wetten, waaronder de eIDAS-verordening (https://ico.org.uk/about-the-ico/what-we-do/legislation-we-cover/). Zie tevens Drahmann & Honée 2021, p. 50-51.

Persoonsgegevens (AP). De reden dat het Verenigd Koninkrijk hiervoor heeft gekozen, is dat 'informatierechten' niet alleen zien op het recht op de openbaarmaking van overheidsinformatie, maar – zeker in dit digitale tijdperk – ook op de wijze waarop persoonsgegevens en data door de overheid worden gebruikt. Gelet op de samenhang tussen de Archiefwet, Woo en AVG kan ik me voorstellen dat een dergelijke fusie voordelen kan hebben. Tegelijkertijd zie ik dat zowel de AP als de Inspectie nu al zwaar belast en onderbemand is.[332] Het is de vraag of een fusie deze overbelasting kan verminderen of juist verergeren.

Een geheel andere vraag is of de Inspectie en het Adviescollege beschikken over voldoende bevoegdheden. Beide kunnen namelijk 'slechts' rapporten met aanbevelingen schrijven. Zij beschikken niet over de bevoegdheid om een last onder dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen. Hoewel het schrijven en publiceren van dergelijke rapporten zeker van waarde is, is het de vraag of dit voldoende is. De Inspectie heeft immers zelf geconstateerd dat in vijftien jaar tijd de informatiehuishouding niet is verbeterd.[333] Aan de andere kant kan de wettelijke verplichting om meerjarenplannen op te stellen om de informatiehuishouding op orde te brengen, wellicht afdoende zijn om op dit vlak daadwerkelijk stappen te maken. De evaluatie van de Woo over vijf jaar is een goed moment om te bezien in hoeverre de beoogde verbetering van de informatiehuishouding en bestuurscultuur op koers ligt. Als dit niet het geval is dan zou het introduceren van handhavingsbevoegdheden mijns inziens een reële optie zijn.[334] Dit zou een bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom kunnen zijn, maar ook een bestuurlijke boete. Het opleggen van een boete aan een overheid heeft weliswaar een hoog 'broekzak-vestzakgehalte', maar kan (mede door het *naming-and-shaming*-effect van zo'n boete) bijdragen aan de gewenste cultuurverandering, waarbij duidelijk is dat het openbaar maken van overheidsinformatie niet langer een gunst is, maar een plicht en het regelmatig wissen van alle whatsapp- en Signal-berichten absoluut ontoelaatbaar is.[335]

7.3 Klachtrecht

Onder de Woo wordt het mogelijk een klacht in te dienen bij het Adviescollege O&I. Dit klachtrecht staat niet open voor eenieder. Alleen journalisten, wetenschappers of andere naar het oordeel van het college in aanmerking komende groepen (zoals niet-gouvernementele organisaties) kunnen een klacht indienen. Klachten kunnen gaan 'over de wijze waarop dat bestuursorgaan publieke informatie openbaar maakt'.[336] Als een klacht wordt ingediend moet het Adviescollege proberen te bemiddelen tussen het bestuursorgaan en de klager, waarna het Adviescollege een

332 Het duurt volgens de website van de AP op dit moment ongeveer zes maanden voordat op een privacyklacht kan worden gereageerd (https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/zelf-doen/gebruik-uw-privacyrechten/klacht-melden-bij-de-ap).
333 Inspectie O&E 2021, p. 4.
334 Duyvendak heeft al eerder gepleit voor een sanctie als niet tijdig op een informatieverzoek wordt beslist (de nota 'Open de oester', *Kamerstukken II* 2004/05, 30214, nr. 1, p. 13).
335 Zie in deze in ook Bakkum & Drahmann, NJB 2021/1226, p. 1389.
336 Art. 7.2 lid 4 Woo.

niet-bindend advies zal uitbrengen.[337] Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de wijze waarop klachten worden ingediend en de bemiddeling.[338] Ten tijde van het afronden van dit preadvies waren er nog geen nadere regels of andere informatie beschikbaar over de klachtafhandeling van het Adviescollege. Hierdoor is mij nog niet geheel duidelijk waarover klachten kunnen worden ingediend. In de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat het moet gaan om klachten over de afhandeling van een informatieverzoek.[339] Het doel van deze mogelijkheid om een klacht in te dienen is een versnelde afdoening van geschillen. Daarom wordt, als een klacht mede ziet op een Woo-besluit, de bezwaartermijn opgeschort tot het Adviescollege advies heeft uitgebracht. Daarnaast moet het bestuursorgaan, als alsnog een bezwaarschrift wordt ingediend, binnen twee weken nadat het advies is uitgebracht, een beslissing op bezwaar nemen.[340] De ratio van deze korte beslistermijn is dat door mee te werken aan de bemiddeling het bestuursorgaan de beslissing op bezwaar al zou hebben voorbereid en daarom niet meer de volle beslistermijn nodig zou hebben.[341]

De toegevoegde waarde van het klachtinstrument zou dus met name in de versnelling van de geschilbeslechting liggen. Dit is dus een groot verschil ten opzichte van de Nationale ombudsman die, geheel los van een eventueel besluit, oordeelt over de wijze waarop een bestuursorgaan zich heeft gedragen.[342] Juist in die afbakening tussen een gedraging van een bestuursorgaan en een besluit, zie ik een complicerende factor voor de bemiddeling door het Adviescollege. Een journalist of wetenschapper kan het niet eens zijn met de wijze waarop een informatieverzoek wordt afgehandeld – bijvoorbeeld de tijdsduur of precisering en fasering – maar ook op de inhoudelijke beslissing om bepaalde passages te redigeren. Dat in de wetsgeschiedenis wordt gesteld dat klachten zien op de 'afhandeling' van de informatieverzoeken, kan erop duiden dat klachten uitsluitend op dergelijke procedurele aspecten

337 Art. 7.3 lid 1 Woo.

338 Art. 7.3 lid 4 Woo.

339 Het is bedoeld voor de situatie waarin journalisten zeggen: wij komen er bij gemeente X of bij ministerie Y continu of op dit moment niet doorheen, aldus de initiatiefnemers van de Woo (Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 113).

340 Art. 7.3 lid 2 en 3 Woo.

341 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 114. In de toelichting wordt niet ingegaan op de situatie waarbij een bestuursorgaan normaliter gebruikmaakt van een onafhankelijke bezwaarschriftencommissie (art. 7:10 jo. 7:13 Awb).

342 Het is ook interessant om het klachtrecht onder de Woo te vergelijken met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE). De CvAE heeft tot doel onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures (art. 4.27 Aanbestedingswet 2012). De CvAE kan dit doen door niet-bindende adviezen te geven en door te bemiddelen. De CvAE tracht daarmee tevens de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen, aanbestedende diensten en specialesectorbedrijven (art. 2 Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts). Interessant is dat de CvAE kan besluiten een klacht niet in behandeling te nemen. Dit kan het geval zijn als de voorzitter onvoldoende relevantie aan de ingediende klacht toekent of als de behandeling van de klacht de doelen van de CvAE onvoldoende dient, bijvoorbeeld omdat het advies naar verwachting geen effect meer zal hebben (de indiening van een klacht schort een lopende aanbestedingsprocedure namelijk niet op) (art. 9 Reglement). Als het een klacht in behandeling neemt dan geeft het wel een inhoudelijk oordeel over de aanbestedingsprocedure.

betrekking kunnen hebben. Het Adviescollege zou dan kunnen bemiddelen in de voortgang van dergelijke informatieverzoeken en daarmee een constructief alternatief kunnen vormen voor een beroep wegens niet tijdig beslissen bij de bestuursrechter. Aan de andere kant vraag ik me af of de beoogde versnelling van de geschilbeslechting wordt bereikt, als het Adviescollege uitsluitend naar deze afhandeling kijkt. Dit zou immers betekenen dat de vraag in hoeverre een passage daadwerkelijk bedrijfsgevoelige informatie of persoonlijke beleidsopvattingen bevat, niet door het Adviescollege wordt beoordeeld, terwijl dit wel onderdeel van het geschil is en dus ook onderdeel van de beslissing op bezwaar zal moeten zijn. Zonder dit aspect bij de bemiddeling te betrekken, zullen naar verwachting weinig geschillen definitief beslecht worden. Als de bemiddeling bovendien langer duurt dan de gemiddelde bezwaarprocedure, dan zal de bemiddelingsfase dus eerder tijd kosten dan opleveren. Dit pleit ervoor om de bevoegdheid van het Adviescollege ruim uit te leggen. Artikel 7.2 lid 4 Woo bepaalt dat klachten kunnen worden ingediend over de 'wijze waarop publieke informatie openbaar wordt gemaakt'. De wijze waarop een document is geredigeerd, is onderdeel van de wijze van openbaarmaking. Bij deze uitleg van het artikellid zou het Adviescollege zich ook bevoegd kunnen achten om (zeker als hele pagina's zwart zijn gemaakt) te toetsen – al was het maar steekproefsgewijs – hoe het bestuursorgaan de uitzonderingsgronden uit de Woo heeft toegepast. Een nadeel van deze ruime bevoegdheidsuitleg is dat hetgeen het Adviescollege doet, veel begint te lijken op een soort administratief beroep. Als een dergelijke ruime beoordeling door het Adviescollege wordt beoogd dan rijst de vraag of de bezwaarfase niet beter kan worden vervangen door administratief beroep. Hierop wordt in de volgende paragraaf ingaan. Ik vermoed echter dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om het Adviescollege op een dergelijke indringende manier Woo-besluiten te laten beoordelen. Het is van belang dat op korte termijn duidelijkheid wordt gegeven over de reikwijdte van het klachtrecht, bijvoorbeeld bij algemene maatregel van bestuur. Bij een beperkte uitleg van de adviesbevoegdheid van het Adviescollege zal het aantal klachten wellicht beperkt blijven tot bestuursorganen die structureel niet-tijdig op informatieverzoeken beslissen en waar (bijvoorbeeld bij omvangrijke verzoeken) niet tot overeenstemming over de precisering van het verzoek of fasering van de besluitvorming wordt gekomen. Ook in dat geval is het echter van belang dat als het hoofddoel van het klachtrecht is om versnelling van de procedure te realiseren, het Adviescollege over voldoende menskracht beschikt om snel te kunnen bemiddelen en adviseren. Net zoals van bestuursorganen mag worden verwacht dat zij extra personeel aannemen om tijdig op informatieverzoeken te beslissen, mag van het Adviescollege worden verwacht dat zij extra personeel aanneemt om klachten snel af te handelen.

7.4 Rechtsbescherming

In hoofdstuk 2 van dit preadvies is al stilgestaan bij het feit dat verschillende groepen gebruikmaken van het recht op overheidsinformatie en dat zij uiteenlopende behoeften hebben. Voor met name journalisten is van belang dat de informatie

nieuwswaarde moet hebben en daarvoor moet de informatie actueel zijn.[343] Daarom mogen bezwaar- en beroepsprocedures tegen informatiebesluiten niet te lang duren. Korte procedures zijn echter ook in het algemeen belang, omdat als het recht op informatie wordt gezien als belangrijk instrument om de overheid te kunnen controleren, deze controle niet te lang op zich moet laten wachten. Naast de duur van de procedure, is in het kader van effectieve rechtsbescherming ook van belang dat de vraag of een bestuursorgaan terecht een document heeft geredigeerd, uitsluitend kan worden beoordeeld door een onafhankelijke derde. Op dit moment is dat de bestuursrechter. Als de indiener van een informatieverzoek denkt dat een bestuursorgaan te veel informatie heeft geredigeerd, zal hij dus een beroepschrift moeten indienen om dit te laten beoordelen. In het hiernavolgende zal daarom worden ingegaan op de verschillende fases in de rechtsbescherming om te bezien waar versnelling mogelijk is.

De eerste fase waarin in een Woo-procedure rechtsbescherming wordt geboden is de zienswijzemogelijkheid. Derden die naar verwachting bedenkingen hebben tegen het openbaar maken van informatie, wordt gevraagd om een zienswijze. Dit kunnen bijvoorbeeld de bedrijven zijn waarvan mogelijk bedrijfsvertrouwelijke informatie in een document staat. Zowel bij actieve als passieve openbaarmaking moet om een dergelijke zienswijze worden gevraagd.[344] In de praktijk wordt aan derden een termijn van twee weken gegeven om de zienswijze naar voren te brengen.[345] Opvallend is dat in de coronafiles het ministerie van VWS heeft besloten om derden niet meer om een zienswijze te vragen. Uit de uitspraak van de Afdeling blijkt dat bij de eerste deelbesluiten maar enkele reacties binnenkwamen op de zienswijzen die werden gevraagd. Door bij de daarop volgende deelbesluiten niet meer om een zienswijze te vragen, kon de besluitvorming worden versneld.[346] Op de rechtmatigheid van het overslaan van de zienswijzefase gaat de Afdeling in deze uitspraak niet in.[347] Honée en ik zijn kritisch over het overslaan van de zienswijzemogelijkheid.[348] Door niet om een zienswijze te vragen worden deze derden pas geïnformeerd over de voorgenomen openbaarmaking op het moment dat het deelbesluit wordt genomen. Om openbaarmaking tegen te gaan zullen zij dan binnen twee weken een verzoek om een voorlopige voorziening moeten indienen.[349] De gevolgen voor de rechtsbescherming van deze derden zijn dusdanig groot dat dit volgens ons die enkele weken tijdwinst niet rechtvaardigt. In het kader van effectieve rechtsbescherming is wel voorstelbaar dat wordt gekozen voor een korte zienswijzetermijn en dat deze in beginsel niet wordt verlengd. Daarnaast is de vraag terecht of de openbaarmaking van alle

343 KOOP 2018, p. 13-15.
344 Art. 3.1 lid 3 resp. 3.3 lid 5 onder h Woo.
345 Bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB, p. 53.
346 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2348, r.o. 8.
347 Dit is ook begrijpelijk nu de informatieverzoekers hiertegen geen beroepsgronden zullen hebben gericht.
348 AB 2022/12.
349 Anders dan onder de Wob is het niet mogelijk om een langere termijn te bepalen. Wel bepaalt art. 4.4 lid 5 Woo dat door het indienen van een verzoek om een voorlopige voorziening de openbaarmaking wordt opgeschort.

documenten waarop een informatieverzoek ziet, opgeschort moet worden als derden mogelijk een zienswijze willen indienen op een deel van die documenten. In dergelijke gevallen zou wellicht voor twee deelbesluiten gekozen kunnen worden. Het ene deelbesluit bevat dan de documenten waar geen derden bij betrokken zijn en kan dus direct zonder zienswijzeprocedure worden genomen, en het andere deelbesluit volgt dan enkele weken later, nadat de reacties op de zienswijzen zijn verwerkt in die besluitvorming.

Nadat het besluit op het informatieverzoek is genomen, is het mogelijk voor zowel de verzoeker als eventuele derden om een bezwaarschrift in te dienen. Als het wenselijk wordt geacht om de procedure rondom informatieverzoeken te versnellen en anderszins te verbeteren dan zou ik ervoor willen pleiten om de bezwaarprocedure af te schaffen en ofwel direct beroep mogelijk te maken ofwel administratief beroep als alternatief te introduceren. Veel procedures over informatieverzoeken gaan (in ieder geval gedeeltelijk) over de vraag of een uitzonderingsgrond van toepassing is op een document. De kans is klein dat de verzoeker in de bezwaarfase door het bestuursorgaan (volledig) overtuigd zal worden dat dit het geval is. De verzoeker zal willen dat een onafhankelijke derde beoordeelt dat inderdaad sprake is van informatie die geredigeerd moet worden, omdat een uitzonderingsgrond van toepassing is. Deze onafhankelijke derde zou de bestuursrechter kunnen zijn. Door direct beroep mogelijk te maken, kan direct aan de bestuursrechter worden gevraagd om het besluit en de onderliggende documenten te beoordelen en kan maanden tijdwinst worden geboekt. Een andere mogelijkheid is om administratief beroep mogelijk te maken, bijvoorbeeld bij de Inspectie O&E (die dan in het verlengde van mijn eerdere voorstellen inmiddels gefuseerd zou zijn met het Adviescollege en ook over (toezicht)bevoegdheden op grond van de Woo zou beschikken). In het Verenigd Koninkrijk is er ook voor gekozen om de ICO een met administratief beroep vergelijkbare bevoegdheid te geven.[350] Als het wenselijk wordt geacht dat er een filter is tussen het primaire besluit en de beroepsprocedure, terwijl tegelijkertijd de bezwaarfase wordt gezien als nodeloze herhaling, dan zou het introduceren van administratief beroep het overwegen waard zijn. Aandachtspunt daarbij is een eventuele geheimhoudingsplicht voor leden van een dergelijke beroepsinstantie als zij de niet-geredigeerde versie van een document, met bijvoorbeeld informatie over staatsveiligheid, inzien.[351] Daarnaast moet niet worden onderschat hoeveel menskracht (en daarmee

350 Art. 50 FOIA. Aangezien het indienen van een klacht bij ICO verplicht is voordat beroep bij de rechter kan worden ingesteld, kan deze procedure enigszins vergeleken worden met het administratief beroep zoals Nederland dat kent. Enigszins, want alvorens een klacht kan worden ingediend bij ICO moet een verzoeker eerst een verzoek doen tot een interne herbeoordeling, hetgeen zou betekenen dat een verzoeker eerst bezwaar en vervolgens administratief beroep zou moeten indienen voordat hij zich tot de bestuursrechter zou kunnen wijden. Zie tevens Drahmann & Honée 2021, p. 50-51.

351 Vgl. art. 7.5 Woo over de geheimhoudingsplicht voor leden van het Adviescollege.

geld) moet worden geïnvesteerd in de Inspectie O&E (of een andere instantie) om al die administratiefberoepszaken per jaar tijdig[352] af te kunnen handelen.[353]

Mocht het afschaffen van de bezwaarfase – al dan niet met de introductie van administratief beroep – een brug te ver zijn, dan pleit ik ervoor dat de bestuursrechter bij Woo-procedures de zaak versneld behandelt. Het is mogelijk dat, bijvoorbeeld in het kader van de evaluatie van de Woo, in de Woo wordt bepaald binnen hoeveel maanden op een beroepschrift moet worden beslist.[354] Dat zou voor alle Woo-besluiten kunnen gelden of uitsluitend voor verzoeken van journalisten en wetenschappers. Nu in het kader van het klachtrecht al een bijzondere positie is gecreëerd voor journalisten en wetenschappers, kan een dergelijke versnelde procedure bij de bestuursrechter een volgende stap zijn. Het is echter niet nodig om tot een wijziging van de Woo te wachten. Op grond van artikel 8:52 Awb is het al mogelijk om termijnen te verkorten als de zaak spoedeisend is. Dit kan op verzoek, maar ook ambtshalve.[355] Zeker als het informatieverzoek afkomstig is van journalisten, kan gesteld worden dat sprake is van deze spoedeisendheid en zou voor een versnelde behandeling gekozen kunnen en moeten worden.[356]

Ten slotte is in het kader van de rechtsbescherming ook de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en civiele rechter van belang. Dit speelt in (ten minste) twee situaties een rol. Ten eerste bij de actieve openbaarmaking van inspectierapporten. De Afdeling heeft (kort samengevat) geoordeeld dat als een dergelijk rapport niet aan een nader besluit, zoals een handhavingsbesluit, ten grondslag wordt of zal worden gelegd, de civiele rechter bevoegd is om de inhoudelijke juistheid van het rapport te beoordelen. In een Wob- (of Woo-)procedure bij de bestuursrechter wordt uitsluitend gekeken in hoeverre een van de uitzonderingsgronden van toepassing is. Daarbij komt de inhoudelijke juistheid van het rapport niet aan de orde.[357] Over de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten kunnen (en zijn[358]) aparte preadviezen worden geschreven. Ik volsta hier met de opmerking dat ik voorstander ben van een concentratie van rechtsbescherming, waarbij de bestuursrechter ook bevoegd is te oordelen over de rechtmatigheid van de openbaarmaking van dergelijke inspectierapporten. De tweede situatie is dat een bestuursorgaan wel een besluit neemt op

352 De standaardbeslistermijn voor administratief beroep is zestien weken (art. 7:24 lid 1 Awb).

353 Als een oordeel van de Inspectie O&E er echter toe zou leiden dat minder beroepschriften worden ingediend bij de bestuursrechter dan zouden de totale kosten lager zijn. Zeker als de kosten worden vergeleken met de mogelijkheid van direct beroep.

354 Vgl. art. 1.6 Crisis- en herstelwet.

355 Incidenteel is art. 8:52 Awb wel toegepast in Wob-zaken, maar dit is zeker niet de standaard. Zie bijv. Vz. ABRvS 10 februari 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA4763, *AB* 2000/211, m.nt. S.E. Zijlstra, waarin de voorzitter een voorlopige voorziening treft en aangeeft te zullen bevorderen dat de hoofdzaak, met toepassing van art. 8:52 Awb, versneld zal worden behandeld.

356 Ook hier is echter wel een kanttekening op zijn plaats. Journalist is namelijk geen beschermd beroep. Door journalisten een voorrangspositie te geven, is het mogelijk dat 'iedereen' zich journalist zal gaan noemen. Hier zal dan een verdere afbakening voor moeten worden gevonden, bijvoorbeeld dat het alleen journalisten betreft die beschikken over een NVJ-perskaart (www.nvj.nl/perskaarten).

357 ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2201.

358 Zie de preadviezen Jonge VAR 2012.

een informatieverzoek, maar vervolgens niet overgaat tot de feitelijke verstrekking overeenkomstig dat besluit. De bestuursrechter volstaat in een dergelijk geval met de overweging dat de feitelijke verstrekking van de openbaar gemaakte informatie geen onderdeel van de Wob-toetsing vormt en de rechter zich daarover niet zal uitspreken.[359] Gelet op de onlosmakelijke samenhang tussen de besluitvorming en de feitelijke openbaarmaking, ben ik ook hier voorstander van ruime bestuursrechtelijke rechtsbescherming.[360]

7.5 Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is verkend of, en zo ja hoe, toezicht en rechtsbescherming kunnen worden verbeterd in Woo-procedures. Allereerst zou het toezicht kunnen worden versterkt door de verschillende toezichthouders (de Inspectie O&E en het Adviescollege O&E, en wellicht zelfs de AP) samen te voegen en te voorzien van handhavingsbevoegdheden, zoals een last onder dwangsom of bestuurlijke boete. Hierdoor zou de kwaliteit van de informatiehuishouding beter worden geborgd. Daarnaast is het voor met name journalisten van belang dat de rechtsbescherming tegen Woo-besluiten niet te lang duurt. Gelet op de behoefte om door een derde te laten toetsen of documenten terecht zijn geredigeerd, zou de bezwaarfase afgeschaft moeten worden en vervangen door direct beroep of eventueel administratief beroep bij bijvoorbeeld de Inspectie O&E. Vooruitlopend op een wetswijziging hiertoe zou de bestuursrechter vaker dan thans het geval is, moeten besluiten tot het versneld behandelen van Woo-procedures van journalisten en andere 'public watchdogs'.

359 Rb. Zeeland-West-Brabant 2 november 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:7110.

360 Vgl. ook art. 2 lid 3 Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie uit 2016 dat (samengevat) bepaalde dat de verstrekking van informatie door een overheidsorgaan die niet is gebaseerd op een besluit of andere wettelijke bevoegdheid, voor de toepassing van bezwaar en beroep wordt gelijkgesteld met een besluit.

8 Afronding

In dit preadvies is onderzocht in hoeverre de wijze waarop overheidsinformatie openbaar wordt gemaakt, door de Woo verbetert ten opzichte van de Wob. Daarbij is een belangrijke eerste constatering dat in de Woo voor het eerst is vastgelegd dat sprake is van een recht op toegang tot publieke informatie[361] en dat geen sprake is van een gunst. Alleen al die erkenning kan bijdragen aan de veelgehoorde roep om een nieuwe bestuurscultuur. Net als bij andere emancipatieprocessen zal overheidsinformatie zich moeten evolueren van een gunst, naar een recht en ten slotte een vanzelfsprekendheid.[362] Gelet op de weerstand die er binnen bestuursorganen bestond tegen met name het actief openbaar maken van overheidsinformatie, kan worden gesteld dat het recht op overheidsinformatie nog zeker geen vanzelfsprekendheid is. De Woo is een compromis geworden, waarbij de wet minder ver gaat dan de oorspronkelijke initiatiefnemers beoogden, maar toch enkele stappen zet naar meer (actieve) openbaarheid. Die stappen kunnen ertoe leiden dat Nederland enkele plaatsen stijgt op de Global Right to Information Rating, waar Nederland sinds 2016 slechts op de 82e plaats staat.[363] Zoals bij een compromis hoort, zijn zowel de voorals tegenstanders van overheidstransparantie maar matig tevreden met het eindresultaat. De vraag is echter of een aanpassing van de wet op dit moment opportuun is. Ik denk van niet. Het is namelijk vrijwel onmogelijk om een zuivere discussie over de werking van de wet te hebben, zolang de informatiehuishouding van de overheid niet op orde is. Zo is bijvoorbeeld op dit moment niet bekend welke beslistermijn bestuursorganen nodig zullen hebben om informatieverzoeken af te handelen als een deel van die informatie al binnen twee weken actief openbaar wordt gemaakt en als alle (overige) documenten opgeslagen worden in (eenvoudig doorzoekbare) informatiesystemen (zoals een DMS). Mijns inziens zou de komende jaren dus volop ingezet moeten worden op het op orde krijgen van die informatiehuishouding. Dat betekent dat moet worden geïnvesteerd in het aanschaffen en implementeren van informatiesystemen voor het bewaren van documenten. Door middel van *archiving by design* kunnen documenten worden gearchiveerd en vernietigd in overeenstemming met de Archiefwet. Bij voorkeur wordt het ook mogelijk om bij het opslaan van een document direct te markeren of een Woo-uitzonderingsgrond van toepassing is. Daarnaast zou ook geïnvesteerd moeten worden in software die in de informatiesystemen naar documenten zoekt en deze vervolgens gedeeltelijk geautomatiseerd redigeert.

361 Art. 1.1 Woo.
362 Zie over dit emancipatieproces ook de Evaluatiecommissie wet openbaarheid 1983, p. 34.
363 www.rti-rating.org.

Omdat het archiveren en vernietigen van documenten in overeenstemming met de Archiefwet mijns inziens onlosmakelijk samenhangt met het recht op informatie zoals dat wordt beschermd door de Woo, pleit ik er ook voor dat het wetsvoorstel voor een nieuwe Archiefwet wordt gewijzigd naar een aanvullingswet die de Woo en Archiefwet integreert. Een belangrijk doel van het recht op informatie is om controle op de democratische rechtsstaat mogelijk te maken. Door integratie van de wetten kan dit doel een duidelijke rol gaan spelen bij de keuze welke documenten moeten worden bewaard en welke vernietigd. Daarnaast zal een bredere bekendheid van de selectielijsten ertoe leiden dat duidelijk is dat een recht op overheidsinformatie niet betekent dat alle informatie onbeperkt moet worden bewaard. Juist door irrelevante informatie te vernietigen, kan relevante informatie beter worden gevonden. Ten slotte zou bij het samenvoegen van beide wetten, de Inspectie O&E ook toezicht kunnen gaan houden op de naleving van de Woo.

Het op orde krijgen van de informatiehuishouding zal minstens vijf jaar kosten. Rond dat moment zal ook de evaluatie van de Woo plaatsvinden.[364] Bij die evaluatie moet mijns inziens een aantal fundamentele keuzes die aan de Woo ten grondslag liggen, worden betrokken, waarvan de belangrijkste zijn:

1. *Moet het recht op overheidsinformatie worden vastgelegd in de Grondwet?* Het vastleggen van dit recht in de Grondwet kan bijdragen aan de gewenste cultuurverandering, waarbij openbaarmaking van deze informatie een vanzelfsprekendheid zou moeten worden.[365]
2. *Is het nodig om een documentenregister 'light' te introduceren?* De verplichting om informatie actief openbaar te maken moet mijns inziens zo spoedig mogelijk in werking treden, ook als de digitale infrastructuur PLOOI nog niet optimaal is ontwikkeld. Als het redigeren van de documenten langdurig in de weg blijkt te staan aan het actief openbaar maken van documenten dan zou openbaarmaking via overzichten (een 'light' versie van het documentenregister) moeten worden overwogen.[366]
3. *Is het wenselijk om onderscheid te maken tussen officiële documenten en andere documenten alsmede tussen lopende en afgeronde zaken?* De Woo maakt voor onder meer de beslistermijn op informatieverzoeken geen onderscheid tussen bijvoorbeeld officiële documenten en interne e-mails. Juist het zoeken en redigeren van die e-mails is tijdrovend. Het diversifiëren tussen verschillende soorten documenten kan bijdragen aan de uitvoerbaarheid van de wet. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan: (A) officiële documenten die actief openbaar moeten worden gemaakt op grond van artikel 3.3 Woo; (B) overige officiële documenten, zijnde alle in- en uitgaande correspondentie, overige formele besluiten en de daarbij behorende beslisnota's; en (C) overige documenten, zoals interne e-mails en sms'en, memo's en concepten. Hierdoor wordt het mogelijk om voor de verschillende soorten documenten verschillende beslistermijnen te hanteren. Daarnaast maakt de Woo nu nog geen onderscheid tussen een lopende of

364 Art. 8.9 Woo.
365 Zie par. 2 van dit preadvies.
366 Zie par. 4.3 en 4.4 van dit preadvies.

afgeronde zaak. Als de zaak is afgerond zou (i) een kortere beslistermijn kunnen worden gehanteerd en (ii) het belang van openbaarmaking bij een relatieve uitzonderingsgrond zwaarder moeten wegen.[367] [368]

4. *Nadere regeling omtrent omvangrijke informatieverzoeken en deelbesluiten.* Het recht om omvangrijke informatieverzoeken in te dienen moet mijns inziens niet worden beperkt, zeker niet zolang de informatiehuishouding van de overheid nog niet op orde is. Bij omvangrijke informatieverzoeken kan het echter wenselijk zijn om documenten gefaseerd openbaar te maken. De wettelijke regeling hieromtrent is summier. Allereerst ontbreekt de definitie van een 'omvangrijk' informatieverzoek. Voor omvangrijke verzoeken zou een langere beslistermijn in de Woo kunnen worden opgenomen. Daarnaast ontbreekt een verplichting voor bestuursorganen om periodiek (bijvoorbeeld tweewekelijks) een deelbesluit te nemen. Een dergelijke verplichting kan toegevoegde waarde hebben omdat het de verzoeker meer duidelijkheid geeft over wanneer hij de volgende documenten mag verwachten. Het nader reguleren van deze gefaseerde besluitvorming (en daarmee het relativeren van de wettelijke beslistermijn) verdient de voorkeur boven eventuele voorstellen om het recht om omvangrijke informatieverzoeken in te dienen, te beperken.[369]
5. *De bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen.* De uitzondering die persoonlijke beleidsopvattingen beschermt, zoals deze is neergelegd in artikel 5.2 Woo, is complex. Bij de beslissingsruimte die bestuursorganen hebben bij het toepassen van artikel 5.2 lid 2 Woo zouden elementen als tijdsverloop, de vraag in hoeverre de besluitvorming is afgerond en het maatschappelijk belang van de gevraagde informatie nu al in de motivering moeten worden betrokken. In het kader van de evaluatie kan worden onderzocht wat de effecten zijn geweest van de verplichte geanonimiseerde openbaarmaking van documenten die hebben geleid tot formele bestuurlijke besluitvorming. Als blijkt dat deze openbaarmaking geen schadelijke gevolgen heeft gehad voor de beleidsintimiteit kan de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen worden gewijzigd in een relatieve uitzonderingsgrond. Art. 5.2 Woo zou dan kunnen worden vereenvoudigd tot: 'In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, kan informatie worden verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen in niet tot personen herleidbare vorm, tenzij het kunnen voeren van intern beraad hierdoor onevenredig wordt geschaad. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.'[370]
6. *Is het wenselijk het handhavingsinstrumentarium te versterken?* Om het recht op privacy te beschermen kan de AP een bestuurlijke boete opleggen. Zou dit ook

367 In het verlengde hiervan acht ik het een goede ontwikkeling dat bij informatie die ouder is dan vijf jaar het belang van openbaarheid zwaarder gaat wegen (art. 5.3 Woo), maar ook als informatie jonger is dan vijf jaar, moet tijdsverloop een relevante factor in de belangenafweging worden.
368 Zie par. 5.3 van dit preadvies.
369 Zie par. 5.4 van dit preadvies.
370 Zie par. 6.3 van dit preadvies.

mogelijk moeten worden om het recht op informatie te beschermen, bijvoorbeeld als een bestuursorgaan in strijd met de Woo en Archiefwet documenten heeft verwijderd? Als uit de evaluatie blijkt dat de beoogde cultuurverandering niet dusdanig is dat openbaarheid van overheidsinformatie (en de daarmee verbonden informatiehuishouding) een vanzelfsprekendheid is, dan lijkt de tijd rijp voor de introductie van (een) handhavingsbevoegdhe(i)d(en). Daarnaast zou onderzocht moeten worden of de effectiviteit van het toezicht zou worden vergroot als de Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed en het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding zouden fuseren tot één toezichthouder.[371]

7. *Afschaffen van de bezwaarprocedure.* Het is van belang dat de rechtsbescherming tegen besluiten over informatieverzoeken effectief is. Voor met name journalisten betekent dit dat de procedure niet te lang mag duren en dat zo snel mogelijk een onafhankelijke derde beoordeelt of documenten op juiste wijze zijn gerediger. Om dit te bereiken kan de bezwaarschriftprocedure worden afgeschaft en worden vervangen door administratief beroep of rechtstreeks beroep. Welk van deze twee opties de voorkeur verdient, moet nader onderzocht worden in het kader van de evaluatie van de Woo. Vooruitlopend daarop is het wenselijk dat een beroepsprocedure van een journalist of andere *public watchdog* over een Woo-besluit versneld wordt behandeld.[372]

Afrondend kan worden gesteld dat de Woo een eerste, belangrijke stap is naar een verbetering van de openbaarheid van overheidsinformatie. Nu op naar de volgende stap: de verbetering van de informatiehuishouding.

371 Zie par. 3.4 en 7.2 van dit preadvies.
372 Zie par. 7.4 van dit preadvies.

9 Stellingen

1. Het recht op overheidsinformatie moet worden vastgelegd in de Grondwet.
2. De Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed moet de bevoegdheden krijgen om handhavend op te treden tegen bestuursorganen die in strijd met de Wet open overheid handelen.
3. Het recht om omvangrijke informatieverzoeken in te dienen moet niet worden beperkt, zeker niet zolang de informatiehuishouding van de overheid nog niet op orde is.
4. De uitzondering in de Woo die persoonlijke beleidsopvattingen beschermt (art. 5.2 Woo), moet worden vereenvoudigd tot: 'In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, kan informatie worden verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen in niet tot personen herleidbare vorm, tenzij het kunnen voeren van intern beraad hierdoor onevenredig wordt geschaad. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.'
5. De bezwaarprocedure bij Woo-zaken moet worden afgeschaft.

Literatuur

ABDTOPConsult 2016
ABDTOPConsult, Quick scan impact Wet open overheid (Woo), Den Haag 2016, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 33328, nr. 37.

Algemene Rekenkamer 2016
Algemene Rekenkamer, *Inzicht in publiek geld. Uitnodiging tot bezinning op de publieke verantwoording*, Den Haag 2016.

Baetens e.a. 2017
T. Baetens, A. Ponsioen & M. Jacobs, *De droom, het land en het tekort; Een essay over openbaarheid, transparantie, open data en de ambtenaar*, 2017.

Bakkum & Drahmann NJB 2021/1226
M.H.A. Bakkum & A. Drahmann, 'Tussen recht en praktijk; Versterk het toezicht op en de handhaving van de informatiehuishouding van de overheid', *NJB* 2021/1226.

Barkhuysen, NJB 2021/1319
T. Barkhuysen, 'De overheid behoeft de besten, maar krijgt zij die nog wel?', *NJB* 2021/1319.

Bekker, *AA* 2021/0346
R. Bekker, 'De onzichtbare ambtenaar; Extern optreden van ambtenaren: de Oekaze-Kok onder de loep', *AA* 2021/0346

Berenschot & IMI 2021
G. Enthoven, H. Spanninga, C. Pino & A. Spruit, *Verbeterpunten in de informatiehuishouding voor een tijdige en kwalitatief goede afhandeling van Wobverzoeken*, 2021.

Bergfeld e.a. 2001
J.P.R. Bergfeld, H.W.K. Kaspersen & A.R. Lodder, 'Wob & ICT: over openbaarheid van bestuur in de informatiemaatschappij', *NJB* 2001, afl. 12, p. 571-577.

Bijl, *NtEr* 2019
Y.C. Bijl, 'De "space to think" in de Eurowob na De Capitani en ClientEarth', *NtEr* 2019, afl. 1/2, p. 1-7.

Bontje & Pietermaat 2022
N.N. Bontje & E.C. Pietermaat, 'Bestuursrechtspraak transparanter; over de interne en externe openbaarjeid van de bestuursrechtspraak', in: *Transparantie en openbaarheid*, preadviezen voor de Vereniging voor bestuursrecht, VAR-reeks 168, Den Haag: Boom juridisch 2022.

Bovens 1999
M.A.P. Bovens, 'Informatierechten. Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor de Wijsbegeerte van het Recht', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1999, nr. 2, p. 102-124.

Brandsen e.a. 2004
T. Brandsen, E. Cornelissen, S. van der Hof, G.J. Leenknegt, C. Prins & M. de Vries, *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Universiteit van Tilburg 2004.

Van den Brink & Den Ouden, NJB 2016/2000
J.E. van den Brink & W. den Ouden, 'De subsidie nieuwe stijl. Publiek geld verplicht?', NJB 2016/2000.

Buijze 2022
A.W.G.J. Buijze, 'Transparant waartoe? Over de toegevoegde waarde van transparantie voor het realiseren van waarden', in: *Transparantie en openbaarheid*, preadviezen voor de Vereniging voor bestuursrecht, VAR-reeks 168, Den Haag: Boom juridisch 2022.

Ten Cate, *Gst.* 2019/134
H.S. ten Cate, 'De verhouding tussen de Archiefwet en de Wob: cohesie of conflict?', *Gst.* 2019/134.

Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000
Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag 2000.

Commissie Toekomst Overheidscommunicatie 2001
Commissie Toekomst Overheidscommunicatie (commissie-Wallage), *In dienst van de democratie*, Groningen 2001.

Daalder 2005
E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Daalder 2015
E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Darbishire 2010
H. Darbishire, *Proactive Transparency: The future of the right to information?*, 2010.

Duijkersloot e.a., NTB 2016/45
A.P.W. Duijkersloot, J.A.E. van der Jagt-Jobsen & L. Maas, 'Van Wob naar Woo: de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen en intern beraad', NTB 2016/45.

Drahmann & Honée 2021
A. Drahmann & L.F.D. Honée, *Openbaarmaking van overheidsinformatie in Stockholm, Miami en Londen. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Universiteit Leiden 2021.

Ecorys & PBLQ 2018
Ecorys & PBLQ, *Maatschappelijke kosten-batenanalyse Concept-aanpassing Wet open overheid*, Rotterdam 2018 (Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, nr. 4).

Enthoven, De Groene Amsterdammer 2021
G. Enthoven, 'De Black box van het openbaar bestuur; het einde van de Rutte-doctrine', *De Groene Amsterdammer* 12 januari 2021.

Evaluatiecommissie wet openbaarheid 1983
Evaluatiecommissie wet openbaarheid (commissie-Biesheuvel), *Openbaarheid tussen gunst en recht*, Den Haag 1983.

Frissen 2016
P. Frissen, *Het geheim van de laatste staat. Kritiek van de transparantie*, Amsterdam: Boom uitgevers 2016.

Grimmelikhuijsen 2012
S.G. Grimmelikhuijsen, *Transparency and trust. An experimental study of online disclosure and trust in government* (diss. Utrecht), 2012.

Grimmelikhuijsen e.a. 2020
S.G. Grimmelikhuijsen, S.J. Piotrowski & G.G. Van Ryzin, 'Latent transparency and trust in government: Unexpected findings from two survey experiments', *Government Information Quarterly* 2020, vol. 37, afl. 4, 101497, doi.org/10.1016/j.giq.2020.101497.

Groothuis 2007
M.M. Groothuis, 'Openbaarheid van bestuur en privacy', in: J.M.A Berkvens & J.E.J. Prins, *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer: Kluwer 2007, p. 125-139.

Groothuis 2014
M. Groothuis, *Openbaarheid van overheidsinformatie. Recente ontwikkelingen in Nederland en Europa* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 69-104.

Heremans 2011
T. Heremans, *Public access to documents: Jurisprudence between principle and practice (between jurisprudence and recast)*, Egmont Royal Institute for International Relations, Academia Press 2011.

ICO 2015
Information Commissioner's Office (ICO), *Requests where the cost of compliance exceeds the appropriate limit*, version 1.2, te downloaden op https://ico.org.uk/.

Inspectie O&E 2021
Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed, *Een dementerende overheid 2.0? Een analyse over de informatiehuishouding bij het Rijk; 15 jaar 'na een dementerende overheid?'*, Den Haag 2021.

Inspectie O&E 2021b
Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed, *De informatiehuishouding van Toeslagen; Rapport over de naleving van de Archiefwet bij Toeslagen*, Den Haag 2021.

Jak, NJB 2016/1475
N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Wet open overheid', NJB 2016/1475.

KIA 2020
Kennisnetwerk Informatie en Archief (KIA) – Werkgroep AVG, *Weten of vergeten? Handreiking voor het toepassen van de Algemene verordening gegevensbescherming in samenhang met de Archiefwet in de dagelijkse praktijk van het informatiebeheer bij de overheid*, april 2020, o.a. te downloaden op www.inspectie-oe.nl/onderwerpen/avg-en-de-archiefwet/nieuws/2020/04/20/handreiking-weten-of-vergeten.

Klingenberg, NJB 2007/637
A. Klingenberg, 'Waar blijft de brede discussie over toegang tot overheidsinformatie?', NJB 2007/637.

Klingenberg 2011
A.M. Klingenberg, *Bestuursrecht, e-mail en internet. Bestuursrechtelijke normen voor elektronische communicatie* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Kleinnijenhuis, *Trouw* 4 oktober 2021
J. Kleinnijenhuis, 'Onderzoek naar verdwijning van explosief memo over toeslagenaffaire afgezwakt', *Trouw* 4 oktober 2021.

Koning 1995
H. Koning, *Directe democratie in Nederland, een onderzoek naar de mogelijkheden van openbaarheid van bestuur, inspraak, referendum en volksinitiatief in onze rechtsorde* (diss. Limburg), 1995.

KOOP 2018
L. de Moor, D. van den Berg & R. Steenks, *Actief openbaar; Haalbaarheidsonderzoek ontsluiting overheidsinformatie*, KOOP 2018.

Kranenborg, NtEr 2012
H.R. Kranenborg, 'Hof van Justitie beperkt mogelijke "space to think" voor de EU-instellingen onder de Eurowob', NtEr 2019, afl. 1, p. 26-32.

Kuipers 2021
G. Kuipers, *Beschadigd vertrouwen. Vertrouwenwekkend schadebeleid na door de overheid gefaciliteerde schade* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Mensink & Ruers, *JBplus* 2016/3
L.P.W. Mensink & C. Ruers, 'Zullen de beoogde wijzigingen leiden tot meer openbaarheid?', *JBplus* 2016/3.

Munneke, *Gst.* 2008/124
S.A.J. Munneke, 'Intern beraad: ramen open of deuren dicht? De bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen in de Wet openbaarheid van bestuur en de Britse Freedom of Information Act', *Gst.* 2008/124.

Nationaal Archief 2015
Nationaal Archief, *Belangen in balans; Handreiking voor waardering en selectie van archiefbescheiden in de digitale tijd*, Den Haag 2015.

Van Ommeren 2008
F.J. van Ommeren, 'Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid. De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht', in: C.W. Noorlander, J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou & H.G. Hoogers (red.), *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21e eeuw*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

OSF en IMI 2022
Open State Foundation en Instituut Maatschappelijke Innovatie, *Ondraaglijk traag. Analyse afhandeling Wob-verzoeken*, januari 2022.

Preadviezen Jonge VAR 2012
J.J. Reuveny, A.C. Beijering-Beck, B.R.J. de Haan & M.C.T.M. Sonderegger, *Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen* (Jonge VAR-reeks 10), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Research voor Beleid 2010
Research voor Beleid, *Omvangrijke en oneigenlijke Wob-verzoeken; Aantallen, kenmerken en wijze van afhandeling*, 2010, Bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 32802, nr. 1.

Rfv 2014
Raad voor de financiële verhoudingen, *Tussen betalen en bepalen. Publieke bekostiging van maatschappelijk initiatief*, Den Haag 2014.

Rijksarchiefinspectie 2005
Rijksarchiefinspectie, *Een dementerende overheid? De risico's van digitaal beheer van verantwoordingsinformatie bij de centrale overheid*, Den Haag 2005.

Rob 2012
Raad voor het openbaar bestuur, *Gij zult openbaar maken. Naar een volwassen omgang met overheidsinformatie*, 2012, te downloaden op www.raadopenbaarbestuur.nl/.

Schelhaas 1979
H. Schelhaas, *De informatieplicht van de overheid* (diss. Utrecht), Zwolle: Uitgeverij Waanders BV 1979.

Scholtes 2012
H.H.M. Scholtes, *Transparantie, icoon van een dolende overheid*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Schram 2011
F. Schram, 'From a General Right of Access to Environmental Information in the Aarhus Convention to a General Right of Access to All Information in Official Documents. The Council of Europe's Tromsø Convention', in: M. Pallemaerts (red.), *The Aarhus Convention at Ten. Interactions and Tensions between Conventional International Law and EU Environmental Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2011.

SEO 2013
SEO, *Kosten en baten voor de overheid van wijzigingen van de Wet openbaarheid van bestuur,* Amsterdam 2013, SEO-rapport nr. 2013-60, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 10.

SEO 2020
SEO, *Evaluatie afschaffing dwangsomregeling Wet openbaarheid van bestuur*, Amsterdam 2020, SEO-rapport nr. 2020-25.

Van der Sluis, *Gst.* 2016/144
C.N. van der Sluis, 'De Wet open overheid in de gemeentelijke praktijk; besluitvorming bij passieve en actieve openbaarmaking (deel II)', *Gst.* 2016/144.

Van der Sluis, *Gst.* 2021/77
C.N. van der Sluis, 'De Wet open overheid in de gemeentelijke praktijk; wat brengt de novelle? (deel III)', *Gst.* 2021/77.

Van der Sluis 2021
C.N. van der Sluis, *Wet open overheid. Toegelicht door de wetgever, besproken door C.N. van der Sluis*, Rotterdam 2021.

Staatscommissie Grondwet 2010
Staatscommissie Grondwet, Rapport Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010.

Tingen & Jak, *JBplus* 2019/3
J. Tingen & N. Jak, 'Is het Nederlandse recht op toegang tot overheidsinformatie EVRM-proof?', *JBplus* 2019/3, p. 33-51.

Voermans 2021
W. Voermans, *Het land moet bestuurd worden. Machiavelli in de polder*, Amsterdam: Prometheus 2021.

Van Wijnbergen 1968
S.F.L. baron Van Wijnbergen, *Openbaarheid van overheidsdocumenten*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1968.

Wolswinkel, *JBplus* 2020/3
C.J. Wolswinkel, 'Publicatie van besluiten in een digitaal tijdperk: verschuivende panelen tussen bekendmaking en openbaarmaking?', *JBplus* 2020/3.

Wolswinkel 2022
C.J. Wolswinkel, 'Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming: bestuursrecht als moving target', in: *Transparantie en openbaarheid*, preadviezen voor de Vereniging voor bestuursrecht, VAR-reeks 168, Den Haag: Boom juridisch 2022.

WRR 2012
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Vertrouwen in Burgers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012.

Zylab 2021
Zylab, *Whitepaper Wob en Big Data; Van groeipijn naar volwassenwording; het Wob-maturity model*, 2021, te downloaden op www.zylab.com/.

Jurisprudentie

EHRM 8 november 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, *AB* 2017/1, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, NJ 2017/431, m.nt. E.J. Dommering

ABRvS 8 april 2000, ECLI:NL:RVS:2020:1027, *AB* 2020/202, m.nt. P.J. Stolk

ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1189, *AB* 2011/21, m.nt. P.J. Stolk, *Gst.* 2010/119, m.nt. C.N. van der Sluis

ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129, *AB* 2015/93, m.nt. E.C. Pietermaat, *Gst.* 2014/124, m.nt. C.J. van der Sluis, *JB* 2014/246, m.nt. J. Korzelius en Y.E. Schuurmans

ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883, *AB* 2017/298, m.nt. J. Tingen

ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899, *AB* 2019/425, m.nt. F.C. van der Jagt en M.A.J. West, *Computerrecht* 2019/135, m.nt. A. Drahmann, *Gst.* 2019/145, m.nt. S.F.J. Sluiter en R.D. van Oevelen, *JB* 2019/120, m.nt. M.M. Groothuis

ABRvS 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1633, *BR* 2019/55, m.nt. S.M. Schipper en S.E.A. Groneveld

ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, *AB* 2020/301, m.nt. A. Drahmann en M.H.A. Bakkum, *JB* 2020/148, m.nt. G.J. Stoepker

ABRvS 9 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2201, *AB* 2021/34, m.nt. M.H.A. Bakkum en A. Drahmann

ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, *AB* 2021/86, m.nt. H.S. ten Cate, *Computerrecht* 2021/5, m.nt. A. Drahmann en M.H.A. Bakkum

ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:399, *AB* 2021/283, m.nt. M.H.A. Bakkum en A. Drahmann, *Gst.* 2021/82, m.nt. C.N. van der Sluis

ABRvS 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:658, *JB* 2021/85, m.nt. L.J.M. Timmermans, *AB* 2022/17, m.nt. H. Peters

ABRvS 12 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1028, *Gst.* 2022/15, m.nt. C.N. van der Sluis en R. Wiekeraad

ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2348, *AB* 2022/12, m.nt. A. Drahmann en L.F.D. Honée

Rb. Zeeland-West-Brabant 2 november 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:7110

Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming: bestuursrecht als *moving target*

Prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel[*]

1	**Inleiding**	**163**
1.1	De ***black box*** van het bestuursrecht	163
1.2	Vraagstelling: meer dan geautomatiseerde besluitvorming	165
1.3	Positionering van het preadvies	167
1.4	Plan van aanpak	169
2	**Transparantie bij (geautomatiseerde) besluitvorming**	**170**
2.1	Dimensies van transparantie	170
2.2	Algoritmische transparantie	173
2.2.1	Geautomatiseerde besluitvorming	173
2.2.2	De meervoudige black box	176
2.2.3	Transparantie en uitlegbaarheid	178
2.2.4	De ene uitleg is de andere niet	179
2.3	Slot: nieuws onder de bestuursrechtelijke zon?	183
3	**Bestuursrechtelijke transparantie in beweging**	**184**
3.1	Transparantie ex ante	184
3.1.1	Bekendmaking	184
3.1.2	Meer dan bekendmaking?	187
3.2	Transparantie tussentijds	189
3.2.1	Reguliere besluitvorming	189
3.3.2	Uniforme openbare voorbereidingsprocedure	190
3.4	Transparantie ex post	192
3.4.1	Toegang tot de beschikking	192

* Johan Wolswinkel is hoogleraar Bestuursrecht, Markt & Data aan Tilburg University. Bij het schrijven van dit preadvies is mede geput uit zijn ervaringen als vicevoorzitter van de bezwaarschriftencommissie van NWO en als rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Rotterdam. Dit preadvies is mede tot stand gekomen in het kader van het NWO-MVI onderzoeksproject 'Citizen-friendly data communication' (nr. 313-99-330).

3.4.2 Toegang tot de motivering 194
3.4.3 Toegang tot het dossier 199
3.4 Slot: een *rule-based* standaard? 204

4 Bestuursrechtelijke transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming 206
4.1 Bestuursrechtelijke contouren 206
4.1.1 De opkomst van een (nieuwe) transparantiestandaard 206
4.1.2 De AERIUS-standaard als (algemene) transparantiestandaard? 210
4.2 Naar een bestuursrechtelijke standaard voor AI-besluitvorming 213
4.2.1 Naar een hogere standaard? 213
4.2.2 Bestuursrechtelijke gezichtspunten 215
4.3 Slot: bestuursrecht als ei van Columbus? 223

5 Slotbeschouwing 224
5.1 Tussen wet en algoritme: van *rule-based* naar *case-based* besluitvorming? 224
5.2 Een transparantie *upgrade*? 225

6 Stellingen 228

Literatuur 229

1 Inleiding

1.1 De *black box* van het bestuursrecht

Wat vroeger slechts in theorie voor mogelijk werd gehouden, kan nu daadwerkelijk in de praktijk worden gerealiseerd. De toegenomen rekenkracht van computers in combinatie met de beschikbaarheid van enorme hoeveelheden datasets heeft ertoe geleid dat geavanceerde geautomatiseerde systemen door de overheid kunnen worden ingezet om het menselijke besluitvormingsproces te ondersteunen of zelfs over te nemen. De overheid betreedt hiermee de wereld van de artificiële intelligentie (AI).[1]

Een populair beeld dat – al dan niet terecht[2] – onlosmakelijk verbonden lijkt met geautomatiseerde besluitvorming in het algemeen en met AI in het bijzonder, is dat van de *black box*. De gedachte hierachter is dat een computersysteem bepaalde input (zoals een aanvraag of bepaalde 'verdachte' persoonskenmerken) verwerkt tot bepaalde output (zoals de afwijzing van een aanvraag of de oplegging van een sanctie), maar dat het proces van input naar output binnen dit systeem volstrekt ondoorzichtig is en daardoor voor een mens niet te begrijpen. Dit ondoorgrondelijke karakter van (bepaalde) AI-systemen[3] heeft het belang van 'algoritmische transparantie' op de kaart gezet en zelfs geleid tot de ontwikkeling van een nieuwe discipline: *explainable AI* (*xAI*).

Hoewel de behoefte aan inzicht in de werking van een computersysteem zeker niet beperkt is tot juristen die de rechtmatigheid van een beslissing willen controleren en betwisten,[4] wordt in de literatuur over *explainable AI* regelmatig verwezen (althans door juristen) naar de rol die het recht kan vervullen bij de invulling van dit concept:

> 'As courts work through administrative law cases involving machine learning algorithms, they will play a significant role in shaping the xAI ecosystem. The extent to which courts seek information about the inputs, outputs, and reliability of agency

1 Zie WRR 2021, p. 78-80, over deze opmars van AI.

2 Zie voor – mijns inziens terechte – kritiek op het te gemakkelijke gebruik van de term 'black box' door juristen: Lehr & Ohm 2017, p. 706.

3 De begrippen 'geautomatiseerde systemen' en 'AI-systemen' zullen hierna als synoniemen worden gebruikt. Hetzelfde geldt voor de begrippen 'geautomatiseerde besluitvorming' en 'AI-besluitvorming'. Zie par. 2.2.1 voor een nadere toelichting op deze keuze.

4 Ook een arts die een diagnose moet stellen of een informaticus die een computermodel wil verbeteren, wil tot op zekere hoogte kunnen begrijpen hoe het computersysteem werkt (vgl. Samek & Müller 2019, p. 6-9).

> algorithms or express interest in testing counterfactuals will give concrete form to current xAI discussions, which are happening largely in the abstract.'[5]

Vooralsnog lijkt het juridische debat over transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming te worden gedomineerd door de beoefenaars van het gegevensbeschermingsrecht.[6] Dat is op zich niet verwonderlijk, nu de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) specifieke bepalingen bevat over transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming.[7] Deze bepalingen variëren van een recht om (nuttig) te worden geïnformeerd over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming en de onderliggende logica tot (mogelijk) een 'recht op uitleg' in individuele gevallen.[8] Niettemin geeft ook de bestuursrechtelijke gemeenschap wereldwijd blijk van een groot vertrouwen in de rol die juist het bestuursrecht kan vervullen bij het openen van de black box van geautomatiseerde besluitvorming:

> 'English administrative law – in particular the duty to give reasons, the rules around relevant and irrelevant considerations and around fettering discretion – is flexible enough to respond to many of the challenges raised by the use of predictive machine learning algorithms, and can signpost key principles for the deployment of algorithms.'[9]

In het Nederlandse bestuursrecht lijkt een vergelijkbaar optimisme te bestaan. Zo heeft de Afdeling advisering van de Raad van State het belang van een 'verscherpte' interpretatie van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de context van geautomatiseerde besluitvorming benadrukt.[10] Exemplarisch is ook dat de regering bij de totstandkoming van de Uitvoeringswet AVG heeft afgezien van de opname van specifieke wettelijke waarborgen bij geautomatiseerde besluitvorming door bestuursorganen. In die gevallen gelden immers 'de gebruikelijke en zeer vergelijkbare bestuursrechtelijke waarborgen zoals neergelegd in de Awb (...), waaronder het zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginsel'.[11] Kennelijk overheerst bij de wetgever de gedachte dat het geldende bestuursrecht voldoende is toegerust om de uitdagingen van AI het hoofd te bieden. Toch klinkt recent ook wat meer twijfel

---

5 Deeks 2019, p. 1841. Zie in vergelijkbare zin Atkinson, Bench-Capon & Bollegala 2020, p. 3: 'Thus AI and Law provides an excellent domain in which to study explanation of AI systems. In AI and Law explanation has a long history, is a mandatory feature of fielded applications in the legal domain, and AI and Law has long recognised the important facets of explanation (...).'

6 Daargelaten of bestuursrecht in de kern gegevensbeschermingsrecht of in elk geval gegevensverwerkingsrecht is. Zie uitgebreider over de (moeizame) relatie tussen het bestuursrecht en het gegevensbeschermingsrecht: Çapkurt 2020 en Çapkurt 2021.

7 Zie art. 13, 14, 15 en 22 AVG. Een nieuwe loot aan de stam vormt het recente voorstel van de Europese Commissie voor een Wet op de Artificiële Intelligentie (COM(2021)206 def). Zie nader over deze 'AI-Verordening': Meuwese & Wolswinkel 2022 en Kleinhout & Naves 2022.

8 Zie voor dit debat onder meer Goodman & Flaxman 2017, Wachter e.a. 2017, Selbst & Powles 2017 en Brkan 2019.

9 Oswald 2018, p. 2. Zie in vergelijkbare zin Cobbe 2019, p. 637, en Williams 2021, p. 13. Coglianese & Lehr 2019, p. 20, komen ten aanzien van het Amerikaanse bestuursrecht tot een vergelijkbare conclusie: 'At its core, transparency law is pragmatic.'

10 Afdeling advisering Raad van State 2018, p. 3.

11 *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 121.

door. Zo vraagt de Afdeling bestuursrechtspraak zich openlijk af of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de toekomst wel toereikend zullen zijn voor het normeren van geautomatiseerde besluitvorming.[12] Bovendien klinkt vanuit de bestuurspraktijk kritiek op het ontbreken van een duidelijke verbinding tussen bestaande juridische kaders en concrete initiatieven op het terrein van transparantie en uitlegbaarheid bij geautomatiseerde besluitvorming.

> Zo worden momenteel vanuit het ministerie van Justitie en Veiligheid zogeheten 'Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door overheden en publieksvoorlichting over data-analyses' ontwikkeld.[13] Hoewel de richtlijnen, waarvan de exacte juridische status vooralsnog onduidelijk is,[14] worden gepresenteerd als een invulling van de openbaarmakingsverplichting uit de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), is de kritiek op deze richtlijnen dat hun exacte verhouding tot die bestaande wettelijke kaders nog onvoldoende duidelijk wordt gemaakt.[15]

Daarmee dreigt het bestuursrecht voor zowel het bestuur als de burger tot een *black box* te worden als het gaat om de transparantiewaarborgen die het concreet te bieden heeft bij geautomatiseerde besluitvorming.

1.2 Vraagstelling: meer dan geautomatiseerde besluitvorming

Het (internationale) debat over algoritmische transparantie binnen *xAI* roept de vraag op waar het Nederlandse bestuursrecht eigenlijk staat als het gaat om transparantieverplichtingen bij bestuurlijke besluitvorming. Dit 'analoge' referentiepunt[16] kan als input dienen in het debat over *xAI*: als geautomatiseerde besluitvorming (minstens) aan dezelfde transparantiestandaard zou moeten voldoen als menselijke besluitvorming,[17] wat houdt die transparantiestandaard voor menselijke besluitvorming dan eigenlijk in? Met andere woorden: welke eisen stelt het bestuursrecht aan transparantie bij (menselijke) bestuurlijke besluitvorming?

Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden, omdat die bestuursrechtelijke transparantiestandaard een *moving target* is als gevolg van technologische ontwikkelingen en verschuivende opvattingen over de (informatie)verhouding tussen overheid en burger. Met name het afgelopen decennium heeft het begrip 'transparantie'

---

12 Raad van State 2021, p. 75.

13 Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door overheden en publieksvoorlichting over data-analyses (versie 1 maart 2021), beschikbaar via www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2021/09/24/richtlijnen-voor-het-toepassen-van-algoritmen-door-overheden-en-publieksvoorlichting-over-data-analyses (hierna: Richtlijnen 2021).

14 VNG 2020, p. 28-30. Uit *Kamerstukken II* 2020/21, 26643, nr. 765, p. 7, blijkt dat een commissie zal toetsen of deze richtlijnen (die nog in ontwikkeling zijn) voldoen aan de toepasselijke wet- en regelgeving en dat deze richtlijnen op termijn mogelijk wettelijk worden verankerd.

15 VNG 2020, p. 35-36.

16 Zie eerder over dit onderscheid tussen analoog en digitaal bestuursrecht: Wolswinkel 2020a, p. 10-11, en Meuwese 2022, p. 61-62.

17 Zie uitgebreider par. 4.2.

zich als een olievlek uitgebreid over het (nationale) bestuursrecht.[18] Aan de ene kant is binnen een specifiek deelterrein van bestuurlijke besluitvorming, namelijk de 'niche' van de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten, een buitenwettelijke transparantieverplichting tot ontwikkeling gekomen die het bestuur ertoe verplicht 'een passende mate van openbaarheid te verzekeren'.[19] Nu de eerste contouren van deze transparantieverplichting binnen de context van de verdeling van schaarse publieke rechten zijn uitgekristalliseerd, dringt de vraag zich op in hoeverre ook buiten die context een soortgelijke verplichting geldt bij bestuurlijke besluitvorming.[20] Omgekeerd heeft de nieuwe Wet open overheid (Woo),[21] waarvan het bereik zich uitstrekt tot alle documenten die naar hun aard verband houden met de publieke taak,[22] ook nadrukkelijk gevolgen voor transparantie bij bestuurlijke besluitvorming.[23] Zo blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Woo dat transparantie (of openbaarheid)[24] juist ook van belang is voor individuele burgers om hun rechtspositie te versterken in de context van bestuurlijke besluitvorming.[25] De bestuursrechtelijke transparantiestandaard is dus geen statisch gegeven, maar voortdurend in beweging, zelfs los van ontwikkelingen op het terrein van geautomatiseerde besluitvorming.

In dit preadvies staat daarom de vraag centraal welke transparantiestandaard momenteel (anno 2022) in het Nederlandse bestuursrecht geldt ten aanzien van bestuurlijke besluitvorming. Bestuurlijke besluitvorming wordt hierbij opgevat in de klassieke, bestuursrechtelijke betekenis van het nemen van besluiten door

18 Zie Buijze 2013, p. 6, voor een vergelijkbare ontwikkeling binnen het Unierecht. Die exponentieel gegroeide aandacht voor transparantie is overigens niet beperkt tot het juridische domein (Larsson & Heintz 2019, p. 3-5).

19 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie eerder over het transparantiebeginsel bij de verdeling van schaarse rechten: Drahmann 2015.

20 Zie reeds Buijze 2016, p. 57 e.v., over een algemeen transparantiebeginsel. Zie in de jurisprudentie onder meer ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2607, *AB* 2021/276, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Fastned*), r.o. 12.1, waarin de Afdeling overweegt dat weliswaar geen sprake is van schaarse vergunningen, maar dat ook andere partijen de mogelijkheid moeten krijgen een concurrerende aanvraag in te dienen die inhoudelijk wordt beoordeeld (zonder specifiek te verwijzen naar een transparantieverplichting).

21 Wet van 25 oktober 2021, houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), *Stb.* 2021, 499, zoals gewijzigd door de Wet van 25 oktober 2021 tot wijziging van het voorstel van wet van de leden Snels en Sneller houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid) (Wijzigingswet Woo), *Stb.* 2021, 500. Zie over de Wet open overheid ook Drahmann 2021 en het VAR-preadvies van Drahmann.

22 Onder de Wet openbaarheid van bestuur werd in dit verband nog gesproken over 'bestuurlijke aangelegenheid', waarvan 'bestuurlijke besluitvorming' een species vormt.

23 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9 (herdruk), p. 4.

24 In de memorie van toelichting van de Wet open overheid (*Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9 (herdruk)) komt ook de samengestelde uitdrukking 'transparantie en openbaarheid' meermaals voor.

25 *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9 (herdruk), p. 17: 'Zo kan bijvoorbeeld een bedrijf dat geïnspecteerd wordt zien of in vergelijkbare gevallen met dezelfde maatstaven is gewerkt.'

bestuursorganen.[26] Daarbinnen is sprake van geautomatiseerde besluitvorming wanneer besluiten worden genomen met behulp van een computersysteem.[27] Tegelijk heeft het centraal stellen van het concept 'transparantie' als voordeel dat verschillende bestuursrechtelijke waarborgen in onderlinge samenhang kunnen worden besproken, ongeacht waar en onder welke benaming (kennisgeving, mededeling, publicatie, verstrekking, openbaarmaking, bekendmaking, beschikbaarstelling, enz.) die momenteel een plek hebben gekregen in wetgeving of jurisprudentie.[28] Met andere woorden: transparantie stelt in staat om buiten de gangbare bestuursrechtelijke lijnen te kleuren, hetgeen van belang kan zijn met het oog op de nieuwe uitdagingen die geautomatiseerde besluitvorming meebrengt.

> Uit de jurisprudentie blijkt inmiddels duidelijk dat voor de toepassing van het transparantiebeginsel of de transparantieverplichting niet noodzakelijk sprake hoeft te zijn van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Zo was voor de rechtbank Den Haag in de *SyRI*-uitspraak bij de toepassing van het transparantiebeginsel niet van belang of het gebruik van het systeem SyRI leidde tot oplegging van een bestuurlijke sanctie, omdat ook zonder een dergelijk besluit een risicomelding op basis van SyRI een aanmerkelijk effect had op het privéleven van de betrokkene.[29] In de context van schaarse rechten oordeelde de Hoge Raad afgelopen najaar zonder enige reserve dat de transparantieverplichting die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State had ontwikkeld voor (publiekrechtelijke) schaarse vergunningen, onverkort van toepassing is op privaatrechtelijke gronduitgifte door overheden.[30]

Dit betekent concreet dat in dit preadvies onder de noemer van 'transparantie' niet alleen diverse waarborgen uit de Algemene wet bestuursrecht, maar ook waarborgen uit andere wetgeving, in het bijzonder de Wet open overheid en de AVG, aan de orde komen.

1.3 Positionering van het preadvies

Dit preadvies over transparantie bij bestuurlijke besluitvorming gaat in de meest ruime zin over de vraag welke informatie op welk moment in het proces van bestuurlijke besluitvorming beschikbaar is voor welke burgers. Transparantie bij

---

26 De AVG hanteert een ruimer begrip van 'besluitvorming' door in art. 22 AVG te spreken over een 'besluit waaraan voor [een betrokkene] rechtsgevolgen zijn verbonden of dat hem anderszins in aanmerkelijke mate treft'. Besluiten in de zin van art. 1:3 Awb vallen binnen deze ruimere definitie van besluit in de zin van de AVG (zie ook *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 46, en Jak & Bastiaans 2018, p. 3020).

27 Zie nader par. 2.2.1.

28 Zo toetst de rechter in de *SyRI*-uitspraak niet aan concrete informatieverplichtingen uit de AVG (art. 13, 14 en 22), maar – via de band van art. 8 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – aan het 'transparantiebeginsel' dat ten grondslag ligt aan de AVG (Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865, *AB* 2020/236, m.nt. H.B. van Kolfschooten (*SyRI*), r.o. 6.31 en 6.41).

29 *SyRI*, r.o. 6.59-6.60.

30 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *AB* 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren (*supermarkt Didam*).

bestuurlijke besluitvorming raakt dus aan de zogeheten *procedurele* openbaarheid,[31] althans voor zover het de procedure bij het bestuursorgaan betreft.[32] Die procedurele openbaarheid wordt hier ruim opgevat en omvat zowel de *interne* procedurele openbaarheid (de beschikbaarheid van informatie voor belanghebbenden) als de *externe* procedurele openbaarheid (de beschikbaarheid van informatie voor anderen dan belanghebbenden).[33] Die externe procedurele openbaarheid vertoont overlap met de algemene (of 'buitenprocedurele') openbaarheid die kenmerkend is voor de Wet open overheid (en voorheen de Wet openbaarheid van bestuur),[34] namelijk voor zover overheidsinformatie betrekking heeft op bestuurlijke besluitvorming. De reden voor deze integrale insteek is dat recente ontwikkelingen, zoals de komst van de Woo en de AVG, blijk geven van een sterkere verwevenheid tussen de procedurele en de algemene openbaarheid bij bestuurlijke besluitvorming dan voorheen.[35]

Het preadvies richt zich verder primair op transparantie bij individuele besluitvorming, dus in de context van het geven van beschikkingen. Dat betekent dat aan transparantie van algemene regels (met name algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels) slechts wordt toegekomen voor zover die het juridische kader vormen waarbinnen beschikkingen worden gegeven. Dit neemt niet weg dat niet alleen het geven van beschikkingen, maar ook het stellen van algemene regels al dan niet geautomatiseerd kan plaatsvinden.[36]

Tot slot behandelt dit preadvies weliswaar ook transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming, maar het is daarmee geen alomvattend preadvies over de bestuursrechtelijke normering van geautomatiseerde besluitvorming. Aan geautomatiseerde besluitvorming zijn veel meer uitdagingen verbonden dan het realiseren van voldoende transparantie, zoals het vermijden van *bias* en het garanderen van menselijke tussenkomst. Transparantie is dus niet 'de heilige graal' die alle risico's rond geautomatiseerde besluitvorming wegneemt.[37] Wel kan voldoende transparantie worden beschouwd als een eerste noodzakelijke stap om te kunnen beoordelen of andere risico's zich daadwerkelijk manifesteren bij geautomatiseerde

31 Pietermaat 2003, p. 11, en Daalder 2015, p. 16 en 501.

32 Hieronder valt ook de bezwaarfase vanwege het karakter van 'verlengde besluitvorming'. In dit preadvies ligt de focus echter op de primaire besluitvorming.

33 Opvallend genoeg wordt het onderscheid tussen de interne en de externe variant van procedurele openbaarheid sterker gemaakt bij de procedure voor de bestuursrechter dan bij de procedure voor het bestuursorgaan (zie bijv. Daalder 2015, p. 501).

34 Daalder 2015, p. 14-16, plaatst de algemene openbaarheid (opgevat als actieve informatieverstrekking) tegenover de passieve openbaarheid. In dit preadvies omvat algemene openbaarheid zowel de actieve als de passieve variant hiervan.

35 Zie ook reeds Wolswinkel 2020c.

36 Coglianese & Lehr 2017, p. 1170, onderscheiden in dit verband tussen 'Regulating by Robot' (algemene regels) en 'Adjudicating by Algorithm' (individuele beslissingen).

37 Transparantie wordt vaak beschouwd in samenhang met 'accountability' (zie ook Van Oirsouw & Goossens 2022, p. 81-82). In dat verband wordt regelmatig gewezen op de mogelijkheid van (interne of externe) audits (zie onder meer Kroll e.a. 2017, p. 660-661, en Adriaansz 2020b, p. 246). Hoewel (externe) audits ook een zekere mate van transparantie vereisen, blijft deze vorm van accountability in dit preadvies verder buiten beschouwing, omdat de transparantie die gepaard gaat met audits, niet direct op de burger is gericht.

besluitvorming.[38] In zoverre gaat transparantie dus aan die andere uitdagingen vooraf.[39]

1.4 Plan van aanpak

Dit preadvies is als volgt opgebouwd. Paragraaf 2 bevat een analytisch kader voor de beoordeling van de verschillende transparantiewaarborgen binnen het bestuurlijke besluitvormingsrecht. Verder wordt in diezelfde paragraaf nader ingegaan op de wijze waarop het concept 'transparantie' wordt geoperationaliseerd binnen de context van geautomatiseerde besluitvorming en AI. Op basis van dit analytische kader wordt vervolgens in paragraaf 3 beschreven welke transparantiewaarborgen het bestuursrecht momenteel bevat in het licht van recente ontwikkelingen op het terrein van wetgeving en jurisprudentie. Daarbij zal niet alleen worden ingegaan op transparantiewaarborgen onder de Awb (bekendmaking, motivering), maar ook – voor zover relevant voor bestuurlijke besluitvorming – op openbaarmaking onder de Wet open overheid (Woo) en informatieverstrekking onder de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Paragraaf 4 identificeert vervolgens bestuursrechtelijke gezichtspunten voor het debat over *xAI* en transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming. Het preadvies eindigt in paragraaf 5 met enkele suggesties, mede geïnspireerd door het debat over *xAI*, voor het versterken van transparantie bij bestuurlijke besluitvorming in het algemeen.

Omdat dit preadvies niet bedoeld is als een preadvies dat uitsluitend betrekking heeft op transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming, zijn de paragrafen 2.1 en 3 zelfstandig leesbaar voor diegenen die zich willen beperken tot menselijke besluitvorming. Tegelijk hoop ik dat de lezer zich hiertoe niet beperkt, omdat het mijn bedoeling is om met dit preadvies het 'digitale' bestuursrecht (par. 2.2 en 4) zo transparant mogelijk te ontsluiten voor de 'belanghebbende en belangstellende' bestuursrechtjurist.[40]

38 Tegelijk wordt in de literatuur ook gewaarschuwd voor een zogeheten 'transparency fallacy' (zie bijv. Edwards & Veale 2017, p. 65-67). Ook in die zin moet niet alle heil van transparantie worden verwacht.

39 Zie onder meer Oswald 2018, p. 10, en Deeks 2019, p. 1833.

40 Vrij naar art. 2.4 lid 3 Woo.

2 Transparantie bij (geautomatiseerde) besluitvorming

2.1 Dimensies van transparantie

Hoewel vele definities van transparantie de ronde doen,[41] ziet bestuurlijke transparantie in de kern op de beschikbaarheid van informatie over bestuurlijk handelen voor partijen buiten de overheid.[42] Toegespitst op bestuurlijke besluitvorming komt transparantie specifiek neer op een maatstaf voor de mate waarin bestuurlijke informatie over het nemen van besluiten beschikbaar is voor burgers.

> Overigens bestaat er geen eenduidige definitie van transparantie in de literatuur. Zo komt Buijze in haar proefschrift tot een iets scherpere afbakening van het begrip 'transparantie' door te benadrukken dat transparantie niet alleen ziet op de beschikbaarheid, maar ook op de toegankelijkheid en begrijpelijkheid van overheidsinformatie. Transparantie in de context van bestuurlijke besluitvorming komt dan neer op een situatie waarin het bestuur informatie verstrekt aan burgers die nodig is om besluitvorming vast te stellen én te begrijpen.[43] Die aanscherping is voor dit preadvies niet nodig: juist waar transparantie als een maatstaf wordt gehanteerd, is de mate van begrijpelijkheid mede bepalend voor de mate van transparantie.[44]

Binnen dit algemene begrip van transparantie kunnen vervolgens verschillende dimensies van transparantie worden onderscheiden.[45] Leidend daarbij is steeds de vraag: wie verstrekt waarom aan wie welke informatie, wanneer, waar en hoe?[46] Bij elk van de te onderscheiden deelvragen komen andere dimensies van transparantie

41 Zie uitgebreider par. 2 van het VAR-preadvies van Buijze.

42 Mock 1999, p. 1082. Zie in vergelijkbare zin Grimmelikhuijsen 2012, p. 55: 'The availability of information about an organization or actor allowing external actors to monitor the internal workings or performance of that organization'.

43 Buijze 2013, p. 31.

44 Vgl. Grimmelikhuijsen 2012, p. 58-60. In par. 2.3 van haar VAR-preadvies onderscheidt Buijze in dit verband tussen nominale en effectieve transparantie.

45 Zie ook par. 2.3 van het VAR-preadvies van Buijze.

46 Deze vraag wordt steeds net in andere bewoordingen gesteld. Zie onder meer Buijze 2013, p. 35, en Oztoprak & Ruijer 2016, p. 542, die het effect van transparantie als afzonderlijke dimensie identificeren: '(...) the variants of transparency can be summarised with the question: who discloses what information or data to whom, when, where, how, with what effect?'. Zie recent ook Van Oirsouw & Goossens 2022, p. 81.

bij bestuurlijke besluitvorming aan de orde, hoewel de exacte onderverdeling niet in beton is gegoten.[47]

Wie? Het bestuursorgaan dat een besluit neemt, zal in beginsel de instantie zijn die informatie verstrekt over het proces van besluitvorming. Wanneer het bestuursorgaan leunt op de expertise van anderen, kan niettemin de vraag rijzen op wie de verplichting rust om transparantie te verschaffen: het beslissingsbevoegde bestuursorgaan of die andere instantie.

Waarom? De vraag waarom informatie wordt verstrekt, zal doorgaans leidend zijn voor de vraag welke informatie wanneer aan welke persoon wordt verstrekt. Zo kan het verschil maken of transparantie verband houdt met het verdedigingsbeginsel (bijvoorbeeld toegang tot het 'eigen' besluitvormingsdossier) dan wel of het bestuur overheidsinformatie beschikbaar stelt met het oog op democratische verantwoording of het hergebruik hiervan voor de ontwikkeling van nieuwe producten of diensten.

Aan wie? Het antwoord op de vraag aan wie informatie wordt verstrekt, hangt nauw samen met de vraag waarom informatie wordt verstrekt en welke informatie wordt verstrekt. Grofweg is in de context van bestuurlijke besluitvorming een tweedeling gangbaar tussen degenen die rechtstreeks door de besluitvorming worden geraakt (belanghebbenden) en andere burgers. Deze tweedeling correspondeert met het onderscheid tussen de interne en de externe procedurele openbaarheid.[48]

> In dit verband maakt Heald een onderscheid tussen verticale en horizontale transparantie. Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming komt allereerst neer op verticale in de vorm van *neerwaartse* transparantie: de mate waarin de burger op wie de (te nemen) beslissing betrekking heeft, beschikt over informatie over de wijze waarop het bestuursorgaan de beslissing neemt.[49] Daarnaast kan transparantie een horizontaal of zijwaarts karakter hebben. Hier gaat het om de transparantie tussen enerzijds de *inner circle* (het bestuursorgaan en de burgers die bij de besluitvorming zijn betrokken) en anderzijds de 'buitenwereld' die niet bij deze besluitvorming is betrokken. Bij *uitwaartse* transparantie gaat het dan om wat de burger op wie de (te nemen) beslissing betrekking heeft, kan zien van die buitenwereld. Toegespitst op bestuurlijke besluitvorming is hier van belang in hoeverre een burger die te maken heeft met individuele besluitvorming, kan zien hoe andere bestuursorganen vergelijkbare beslissingen nemen. Omgekeerd kan bij *inwaartse* transparante de buitenwereld het proces van besluitvorming tussen bestuursorgaan en burger bekijken.[50] Waar de algemene openbaarheid van de Wet open overheid sowieso raakt aan deze inwaartse transparantie, is

47 Sowieso worden niet alle aspecten consequent onder dezelfde noemer geschaard. Zie ook Bannister & Connolly 2009, p. 8-9.

48 Zie par. 1.3.

49 Daartegenover heeft verticale transparantie ook een *opwaartse* variant, die juist betrekking heeft op de mate waarin het bestuursorgaan beschikt over informatie over de burger (Heald 2006, p. 27).

50 Heald 2006, p. 27-29.

zij spiegelbeeldig ook van belang voor uitwaartse transparantie: de burger die zelf het voorwerp is van bestuurlijke besluitvorming, kan als buitenstaander kennis nemen van vergelijkbare besluitvorming in andere gevallen.

Wat? Voor de vraag welke informatie moet worden verstrekt, is een nader onderscheid behulpzaam tussen *data transparency*, *process transparency* en *reasoned transparency*.[51] *Data transparency* heeft betrekking op concreet waarneembare schakels (*events*) in het besluitvormingsproces.[52] Het kan daarbij gaan om de input (bijv. de aanvraag), maar ook om de output of de uitkomst van het proces (bijv. de beslissing op de aanvraag). *Process transparency* ziet daarentegen juist op de verbinding tussen die verschillende schakels, dus bijvoorbeeld de transformatie van een aanvraag in een beslissing. Daarmee heeft processuele transparantie betrekking op de wijze waarop de besluitvorming verloopt.[53] Bij *reasoned transparency* staat het *waarom* van de beslissing centraal in plaats van het *wat* van de beslissing (de input- of outputdata) of het *hoe* van de beslissing (het proces).[54] *Reasoned transparency* ziet daarmee op de motivering die aan het besluit ten grondslag ligt.[55]

Wanneer? Bij de vraag wanneer transparantie wordt verschaft, wordt wel onderscheid gemaakt tussen retrospectieve versus *real time* transparantie.[56] In de context van bestuurlijke besluitvorming kan voor het beantwoorden van de wanneer-vraag ook worden aangesloten bij de stadia van besluitvorming: vooraf (*ex ante*), tussentijds en achteraf (*ex post*).[57]

Waar? De vraag waar informatie wordt verstrekt, wordt niet altijd afzonderlijk onderscheiden en hangt ook nauw samen met de vraag *hoe* informatie wordt verstrekt. Bij bestuurlijke besluitvorming kan het niettemin zinvol zijn om de vraag waar de informatie wordt verstrekt te onderscheiden van de *hoe*-vraag.[58] De *waar*-vraag

---

51 Bannister & Connolly 2009, p. 8, aan wie deze driedeling is ontleend, duiden *reasoned transparency* aan als *decision transparency*. In het vervolg van dit preadvies worden de Engelse termen gehanteerd.

52 Vgl. Heald 2006, p. 30-31.

53 Heald 2006, p. 31-32, maakt daarbinnen nader onderscheid tussen procedurele en operationele transparantie: '"Procedural" relates to the rules, regulations, and procedures adopted by an organization being placed in the public domain. This can be thought of as the "rule book". (...) The operational component of process transparency includes the application of these rule books to particular cases.'

54 Bannister & Connolly 2009, p. 8; De Fine Licht & De Fine Licht 2020, p. 918 ('transparency in rationale').

55 Coglianese 2009, p. 537, stelt *reasoned transparency* tegenover *fishbowl transparency*. De eerstgenoemde vorm van transparantie ziet erop dat de overheid informatie verstrekt over *wat* zij doet, terwijl de laatstgenoemde vorm informatieverstrekking betreft over *waarom* zij dat doet. Zie ook Coglianese & Lehr 2019, p. 20.

56 Heald 2006, p. 32-34.

57 Buijze 2013, p. 160.

58 Evenzo kunnen de *waar*- en de *hoe*-vraag overlap vertonen in de zin dat het medium waarin of waarmee de informatie wordt verstrekt zowel de plaats als de wijze van informatieverstrekking kan omvatten.

ziet dan op het medium waarlangs de informatie wordt verstrekt (elektronisch, op papier, enz.).

Hoe? In het kader van de *hoe*-vraag kan – ter onderscheiding van de *waar*-vraag – vervolgens aan de orde komen op wiens initiatief de informatieverstrekking plaatsvindt.[59] Bij actieve openbaarmaking vindt de informatieverstrekking plaats op initiatief van het bestuursorgaan, bij passieve openbaarmaking op initiatief van degene die om de informatie verzoekt. Overigens houdt deze operationalisering van de *hoe*-vraag ook verband met de *wanneer*-vraag, aangezien het verzoek om informatie bepalend kan zijn voor het moment waarop de informatie wordt verstrekt.

Het voordeel van het onderscheiden van de verschillende dimensies van transparantie is dat hierdoor verschillende concepten die verband houden met transparantie, met elkaar kunnen worden vergeleken. Bovendien kunnen hierdoor ontbrekende aspecten in de operationalisering van een bepaald transparantieconcept worden geïdentificeerd. Zo worden transparantie en openbaarheid regelmatig als synoniemen opgevat,[60] maar is dat niet langer het geval wanneer 'openbaarheid' wordt versmald tot *publieke* toegang tot overheidsinformatie ofwel externe openbaarheid (voor eenieder). In dat geval is transparantie een ruimer begrip, omdat dit concept ook betrekking kan hebben op toegang tot het eigen procesdossier (zonder dat anderen toegang hiertoe hebben).[61]

2.2 Algoritmische transparantie

2.2.1 *Geautomatiseerde besluitvorming*

Bovenstaande conceptualisering van transparantie kan ook een zinvol analytisch kader vormen voor transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming.[62] Geautomatiseerde besluitvorming komt neer op het nemen van besluiten met behulp van een geautomatiseerd systeem (computersysteem). Daarbinnen wordt – mede onder invloed van de AVG – vaak onderscheid gemaakt tussen volledig en deels geautomatiseerde besluitvorming.[63] De term 'deels geautomatiseerde besluitvorming' omvat in dit verband een zeer breed spectrum aan besluitvorming waarbij in meer of mindere mate gebruik wordt gemaakt van een computersysteem.[64] Zo kan dit 'ondersteunende' karakter van computersystemen beperkt blijven tot het beschrijven of

59 Oztoprak & Ruijer 2016, p. 542.
60 Heald 2006, p. 25-26; Buijze 2013, p. 29. Zie hierover ook par 2.2 van het VAR-preadvies van Buijze.
61 Buijze 2013, p. 29.
62 Vgl. Koops 2013.
63 Art. 22 AVG spreekt over 'een uitsluitend op geautomatiseerde verwerking (...) gebaseerd besluit'.
64 Coglianese & Lehr 2017, p. 1170, onderscheiden tussen een ondersteunende ('supportive') en een voorschrijvende ('determinative') rol van computersystemen.

constateren van bepaald gedrag, maar kan het zich ook uitstrekken tot het voorspellen van bepaald gedrag.[65]

> Dit preadvies vermijdt de term 'algoritmische besluitvorming' als synoniem voor geautomatiseerde besluitvorming. Een algoritme is een gespecificeerde en eindige reeks instructies om input om te zetten in output. Een algoritme kan – juist vanwege dat kenmerk van een gespecificeerde en eindige reeks instructies – worden geïmplementeerd met behulp van de computer, maar dat is niet noodzakelijk. Algoritmische besluitvorming kan dus ook niet-geautomatiseerde besluitvorming omvatten.[66] In het verlengde hiervan wordt in dit preadvies binnen de specifieke context van computersystemen niet gesproken over een algoritme, maar over een 'geautomatiseerde beslisregel'.[67]

Binnen het debat over geautomatiseerde besluitvorming neemt *artificiële intelligentie* (AI) momenteel een zelfstandige en prominente plaats in. In hoeverre geautomatiseerde besluitvorming samenvalt met besluitvorming met behulp van AI-systemen (hierna: AI-besluitvorming), hangt af van de gehanteerde definitie van AI. Die is echter niet eenduidig te geven; er zijn uiteenlopende definities van AI in omloop. Zo wijst de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) erop dat AI niet moet worden vereenzelvigd met ieder algoritme (waarbij het de rekenmachine en de thermostaat als voorbeeld noemt), maar dat AI evenmin moet worden vereenzelvigd met de nieuwste technieken, zoals *deep learning*.[68] De WRR zelf sluit daarom aan bij de (ruime) definitie van AI als 'systemen die intelligent gedrag vertonen door hun omgeving te analyseren en – met enige graad van autonomie – actie te ondernemen om specifieke doelen te bereiken'.[69] Die 'intelligentie' van computersystemen kan zich op verschillende wijzen manifesteren. Een voorbeeld hiervan betreft het vermogen om te *redeneren*. Binnen die 'logische' of 'symbolische' tak van de AI zijn in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw zogeheten 'expertsystemen' tot ontwikkeling gekomen.[70] Kenmerkend voor dergelijke AI-systemen is dat ze gebruik

---

65 Zo worden in de richtlijnen van het ministerie van Justitie & Veiligheid vier vormen onderscheiden (beschrijvend, diagnostisch, voorspellend en voorschrijvend), waarbij de eerste drie vormen sowieso menselijke interventie veronderstellen (Richtlijnen 2021, p. 3-4).

66 Zie Wolswinkel 2020a, p. 56, over een mogelijk recht op algoritmische besluitvorming.

67 De Afdeling advisering omschrijft een beslisregel als de formele vertaling van een rechtsregel voor concrete toepassing (Afdeling advisering Raad van State 2018, p. 7). De term 'beslisregel' sluit bovendien goed aan bij de term 'beslissing', die in de Awb een neutralere betekenis heeft dan de meer geladen term 'besluit' (vgl. Schlössels & Zijlstra 2017, p. 180). Zie uitgebreider over het algoritme als beslisregel: Van Eck 2018, p. 68-69, Wolswinkel 2019, p. 779, en Wolswinkel 2020a, p. 41.

68 WRR 2021, p. 43-48. Van Heukelom-Verhage 2020, p. 226-227, vereenzelvigt AI daarentegen wel met zelflerende algoritmen.

69 WRR 2021, p. 48.

70 Zie over deze periode van AI: WRR 2021, p. 64-66. Zie ook reeds Franken in zijn VAR-preadvies, die overigens juist het gebrek aan intelligentie benadrukt (Franken 1993, p. 33): 'De conclusie luidt, dat expertsystemen nog niet associatief te werk kunnen gaan. Er is nog geen intelligentie in de systemen. Zij kunnen alleen betrekkelijk eenvoudig analyseerbare gevallen aan, hoewel op het gebied van de redeneermethode c.q. inferentiemechanismen vorderingen worden gemaakt.' Het is veelzeggend dat in oudere literatuur de begrippen 'computersysteem', 'geautomatiseerd

maken van logische beslisregels met een 'als, dan'-structuur[71] die ontleend zijn aan een bepaald domein (bijvoorbeeld het juridische domein).[72] Deze beslisregels vormen gezamenlijk de domeinkennis die weliswaar door een mens (de expert) wordt ingevoerd, maar vervolgens door het computersysteem zelfstandig kan worden toegepast op een gegeven dataset.[73]

Een andere tak van de AI, die wel wordt aangeduid als 'connectionistisch', betreft het vermogen om te *leren*.[74] Kenmerkend voor zelflerende systemen is dat het AI-systeem zijn prestaties kan verbeteren door te 'leren'. 'Leren' of 'trainen' heeft hierbij een specifieke betekenis: aan wiskundige formules worden iteratief steeds weer nieuwe gewichten toegekend totdat de door het systeem ontwikkelde beslisregel binnen een bepaalde foutmarge ten opzichte van de historische data blijft.[75] Aan het systeem wordt dus niet een verzameling vooraf geprogrammeerde beslisregels meegegeven die het systeem vervolgens kan toepassen op een gegeven dataset. In plaats daarvan krijgt het systeem de opdracht om zelf binnen bepaalde, door de mens vastgestelde grenzen,[76] een beslisregel te ontwikkelen die zo goed mogelijk een verband legt tussen input en output die aan het systeem worden meegegeven.[77] Zodra een beslisregel dit verband voldoende heeft gelegd,[78] kan de ontwikkelde beslisregel worden toegepast op nieuwe gevallen.[79]

---

systeem' en 'expertsysteem' als synoniemen worden gebruikt. Zie Franken 1993, p. 12, en Groothuis 2004, p. 15.

71 Een bekend voorbeeld hiervan is een beslisboom ('decision tree'), maar niet elk expertsysteem kan worden teruggebracht tot een beslisboon.

72 Zie voor een al wat oudere concrete toepassing hiervan binnen het juridische domein: Sergot e.a. 1986.

73 Zie uitgebreider over deze 'simpele' AI-systemen: Grosan & Abraham 2011, p. 149-180.

74 Zie ook WRR 2021, p. 63.

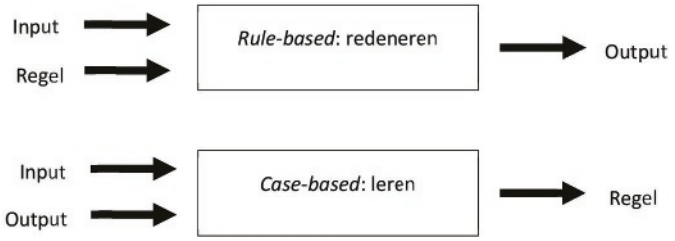
75 WRR 2021, p. 63-64 en *Kamerstukken II* 2019/20, 26643 en 32761, nr. 642, p. 7. Zie specifieker hierover Chollet 2018, p. 46-52, en Russell & Norvig 2021, p. 695: 'Many forms of learning involve adjusting weights to minimize a loss (...).' Zie ook Wolswinkel 2020a, p. 22-26.

76 Zo geeft de mens mee welke vorm de uiteindelijke beslisregel mag aannemen (de zoekruimte), wanneer de gevonden functie acceptabel is (de doelfunctie) en hoe het leerproces plaatsvindt (de zoekstrategie). Zie nader Lehr & Ohm 2017, p. 688-695, en Wolswinkel 2020a, p. 23.

77 Hoewel doorgaans drie vormen van 'leren' worden onderscheiden ('supervised', 'non-supervised' en 'reinforcement learning'), gaat in de context van geautomatiseerde besluitvorming de meeste aandacht (vooralsnog) uit naar *supervised learning*, waarbij de input en de output vooraf is gekoppeld en het zelflerende systeem het patroon daartussen moet ontdekken (Lehr & Ohm 2017, p. 673; Burrell 2016, p. 5; Cobbe 2019, p. 638).

78 Zie uitgebreider over het onderscheid tussen trainen en testen van een AI-systeem: Lehr & Ohm 2017, p. 684-688.

79 Vgl. Lehr & Ohm 2017, p. 701-702, over de mogelijkheid (en wenselijkheid) om een AI-systeem ook na ingebruikname te kunnen voeden met nieuwe data (*online machine learning*).



Figuur 1 Rule-based *en* case-based *systemen*

Het onderscheid binnen AI tussen expertsystemen en zelflerende systemen wordt om bovenstaande kenmerken wel aangeduid als het onderscheid tussen *rule-based* en *case-based* systemen (figuur 1).[80] De recente opkomst van zelflerende systemen betekent echter niet dat expertsystemen niet langer tot AI kunnen worden gerekend.[81] Expertsystemen zijn hooguit 'minder intelligent' – of 'anders intelligent' – dan zelflerende systemen.

Deze ruime benadering van AI[82] heeft tot gevolg dat in dit preadvies geen onderscheid wordt gemaakt tussen geautomatiseerde besluitvorming en AI-besluitvorming. Zoals de WRR opmerkt, is bij de meeste toepassingen van AI binnen de overheid (nog) geen sprake van gebruik van geavanceerde technieken als *deep learning*, maar kan de problematiek van de 'black box' evenzeer aan de orde zijn bij expertsystemen.[83] Mijns inziens is het niet bezwaarlijk om een ruime definitie van AI te hanteren, mits de grote variëteit aan AI-systemen in het oog wordt gehouden alsmede de gevolgen daarvan voor de discussie over transparantie bij AI-besluitvorming.

2.2.2 *De meervoudige black box*

In de context van geautomatiseerde besluitvorming worden doorgaans drie vormen van ondoorzichtigheid (*opacity*) onderscheiden.[84] Elk van die vormen kan leiden tot een (gepercipieerde) *black box* bij burgers. De eerste vorm van ondoorzichtigheid of intransparantie is *intentioneel* van aard: informatie over het AI-systeem, in het bijzonder de broncode hiervan, wordt bewust niet prijsgegeven.[85] Die vorm van intranspa-

80 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 2-3. Zie in navolging hiervan onder meer Wolswinkel 2019, p. 780, en De Poorter & Goossens 2019, p. 3305.

81 Hetzelfde geldt voor andere grensgevallen binnen de definitie van AI, zoals statistische benaderingen (lineaire regressie, logistische regressie, enz.).

82 Zie voor een vergelijkbare ruime definitie van AI het Commissievoorstel voor een AI-verordening (COM(2021)206 def.), dat in bijlage I drie technieken (van AI) onderscheidt: benaderingen voor machinaal leren (waaronder *deep learning*), op logica en op kennis gebaseerde benaderingen (zoals expertsystemen) en statistische benaderingen (inclusief Bayesiaanse schattings-, zoek- en optimalisatiemethoden), zoals lineaire en logistische regressie. Zie over deze ruime definitie ook Meuwese & Wolswinkel 2022, p. 94 en 96-97 en Kleinhout & Naves 2022, p. 67-69.

83 WRR 2021, p. 47.

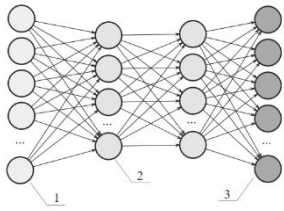
84 Zie uitgebreider Burrell 2016, p. 3-5, en Cobbe 2019, p. 638-639.

85 De broncode (*source code*) is een voor de mens leesbare programmeertaal, die wordt omgezet in een objectcode ('nullen en enen'), die (uitsluitend) kan worden gelezen door de computer.

rantie kan verband houden met de omstandigheid dat de computersoftware die het bestuursorgaan gebruikt, door externe partijen is ontwikkeld die beschikken over auteursrechten of andere rechten op deze software.[86] Deze intentionele ondoorzichtigheid raakt dus aan de vraag *wie* bepaalde informatie moet verstrekken. Daarnaast kan ook een bestuursorgaan dat zelf een systeem heeft ontwikkeld, belang hebben bij het niet openbaren hiervan, bijvoorbeeld ter voorkoming van een praktijk van *gaming the system*.[87]

De tweede vorm van intransparantie betreft ICT-ongeletterdheid: in hoeverre zijn personen die geen ICT-specialist of *data scientist* zijn, in staat de broncode van een computersysteem te doorgronden, zelfs als die wel beschikbaar wordt gesteld? Dit probleem heeft ook de Afdeling advisering van de Raad van State expliciet aangekaart door erop te wijzen dat algoritmen door middel van een programmeertaal worden omgezet in machinetaal voor computers, maar dat die omzetting voor niet-ICT-specialisten moeilijk of niet te doorgronden kan zijn.[88] Deze vorm van transparantie raakt dus aan de vraag *welke informatie aan wie* wordt verstrekt. Kenmerkend voor deze vorm van intransparantie is dat een AI-systeem voor sommige personen een *black box* kan zijn, maar voor andere personen juist niet.

> Overigens zijn bestuursrechtjuristen zeer geoefend[89] in het wetmatig (ofwel algoritmisch) toepassen van rechtsregels.[90] Hoeveel moeilijkheden juristen dus ook (vrezen te) ervaren bij het doorgronden van de taal van de computer, als er een discipline buiten de ICT (*data science*) is die in staat zou moeten zijn de taal van AI enigszins te begrijpen, dan zijn het wel de beoefenaars van het bestuursrecht.[91]



Figuur 2 Zelflerende systemen (deep learning)

86 Çapkurt 2019, p. 121-122, stelt dat dit vaak het geval is, maar het concrete zicht hierop lijkt te ontbreken.
87 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 9.
88 Afdeling advisering Raad van State 2018, p. 7.
89 Wellicht te geoefend, gezien de recente kinderopvangtoeslagaffaire.
90 Van Eck, Bovens & Zouridis 2019, p. 3016, spreken hier over 'mechanische rechtstoepassing'.
91 De gelaagde structuur bij *deep learning* systemen met *hidden layers* (2) tussen de inputdata (1) en de outputdata (3) doet de bestuursrechtjurist wellicht denken aan het fenomeen van gelaagde ('gelede') normstelling. Aan elk van de knooppunten in die *hidden layers* moeten numerieke gewichten worden toegekend.

De derde vorm van intransparantie is *intrinsiek* van aard: zelfs voor ICT-specialisten of *data scientists* is de werking van een AI-systeem niet altijd te doorgronden. Waar de beide voorgaande vormen van intransparantie zich kunnen voordoen bij alle AI-systemen, is deze vorm van intransparantie met name bij zelflerende systemen aan de orde. De enorme hoeveelheid gewichten die aan uiteenlopende dimensies kan worden toegekend, zoals het geval is bij *deep learning* (figuur 2), brengt mee dat tussen grote hoeveelheden data verbanden kunnen worden gelegd die het menselijke begrip te boven gaan.[92]

2.2.3 Transparantie en uitlegbaarheid

Transparantie wordt wel gepresenteerd als het antwoord op de problematiek van de *black box*. De verschillende verschijningsvormen van de black box brengen echter verschillende uitdagingen voor transparantie met zich. Een belangrijke onderscheid dat daarbij in het debat over geautomatiseerde besluitvorming – in verschillende benamingen[93] – de boventoon is gaan voeren, is dat tussen 'technische transparantie' enerzijds en 'uitlegbaarheid' anderzijds.[94]

Met technische transparantie wordt in dit verband veelal gedoeld op publicatie van de broncode van het computersysteem, alsmede – in geval van zelflerende systemen – van de datasets die zijn gebruikt om het systeem te trainen en te testen. Er is ook sprake van – weliswaar beperkte – technische transparantie wanneer slechts een deel van de informatie wordt verstrekt die in de broncode verscholen ligt (zoals het toegepaste algoritme en de gehanteerde parameters en drempelwaarden).[95] Technische transparantie komt primair neer op *process transparency*: ze beschrijft *hoe* het AI-systeem input omzet in output of welk leerproces het systeem hanteert.[96]

Dit begrip 'technische transparantie' staat tegenover het begrip uitlegbaarheid. Bij uitlegbaarheid gaat het erom dat in begrijpelijke taal aan een mens kan worden uitgelegd waarom het AI-systeem een bepaalde beslissing neemt.[97] Omdat het *waarom* van het AI-systeem centraal staat, gaat het hier primair om *reasoned transparency*.

Bij eenvoudigere *rule-based* systemen zou met name of slechts behoefte bestaan aan technische transparantie: wanneer die vorm van transparantie wordt geboden, kan een betrokkene zelf vaststellen waarom een bepaalde beslissing is genomen. Bovendien zou in bepaalde gevallen de behoefte aan technische transparantie zelfs geheel kunnen wegvallen, namelijk wanneer geautomatiseerde beslisregels een een-op-een vertaling zijn van wetgeving of gepubliceerd beleid.[98] Hoewel dat zeker

92 Bij die verbanden gaat het overigens eerder om correlatie dan causaliteit: Brkan & Bonnet 2019, p. 28.
93 Zo wordt ook wel gesproken over interpreteerbaarheid (zie bijv. Miller 2019, p. 8).
94 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 2-3. Zie ook Richtlijnen 2021, p. 7 en 8.
95 Zie over deze keuzes: Lehr & Ohm 2017, p. 688-695.
96 De Fine Licht & De Fine Licht 2020, p. 921.
97 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 4, en Richtlijnen 2021, p. 7. Zie uitgebreider Miller 2019, p. 6-7.
98 Aanhangsel *Kamerstukken II* 2018/19, 3088.

niet is uitgesloten,[99] zal doorgaans bij de implementatie van wetgeving of beleid in een geautomatiseerde beslisregel een extra vertaalslag nodig zijn, waarbij nadere keuzes moeten worden gemaakt die niet direct uit wetgeving of beleid zelf voortvloeien.[100] Afgezien van die behoefte aan technische transparantie kan – gelet op het onderscheid tussen *process transparency* en *reasoned transparency* – ook bij *rule-based* systemen behoefte bestaan aan afzonderlijke uitleg van de beslissing.[101] Wanneer sprake is van zelflerende *case-based* systemen, lijkt sowieso een gegeven dat technische transparantie slechts een beperkte bijdrage kan leveren aan *reasoned transparency*. In aanvulling op technische transparantie of zelfs in plaats daarvan is daarom nodig dat (de specifieke uitkomst van) dit AI-systeem uitlegbaar is.[102]

2.2.4 *De ene uitleg is de andere niet*

Hoewel het debat over *explainable AI* sterk wordt gedomineerd door de aandacht voor zelflerende systemen (*machine learning*), rijst bij elke verschijningsvorm van AI de vraag hoe de output van het systeem kan worden uitgelegd. Het is onmogelijk om binnen het bestek van dit preadvies recht te doen aan de verschillende benaderingen die tot ontwikkeling zijn gekomen om AI uitlegbaar te maken, maar het is duidelijk dat de uitlegmethoden die voorhanden zijn, afhangen van de aard van het AI-systeem (*rule-based* of *case-based*) en de reikwijdte van de uitleg: het model als geheel of enkel de individuele beslissing (generiek of specifiek).[103]

In het verlengde van het onderscheid tussen *rule-based* en *case-based* systemen wordt in het kader van uitlegbaarheid wel een onderscheid gemaakt tussen de uitleg van een *white box* en de uitleg van een *black box*.[104] Een generieke, op het model gerichte uitleg van een *white box* (zelfs als die door juristen of andere leken wordt ervaren als een *black box*) kan plaatsvinden door te testen of het AI-systeem aan bepaalde eigenschappen voldoet (*property checking*).[105] De resultaten daarvan kunnen worden beschouwd als een zekere vorm van uitleg in de zin dat die geteste, door een mens gedefinieerde eigenschappen tot op zekere hoogte kunnen samenvatten voor een mens wat het systeem doet.[106] Voor het op deze wijze toetsen van een model zal toegang tot de broncode (technische transparantie) een noodzakelijke voorwaarde zijn. Naast deze *generieke* vorm van uitleg kan een *rule-based* systeem ook op

99 Een treffend voorbeeld hiervan betreft het algoritme dat werd gehanteerd in de multibandveiling van 2020 voor de vaststelling van de verschuldigde prijs (bijlage III bij Regeling aanvraag- en veilingprocedure vergunningen 700, 1400 en 2100 MHz, *Stcrt.* 2020, 13725).

100 Brkan 2019, p. 95, onderscheidt in dit verband tussen *law-based* en *rule-based* systemen, waarbij de geautomatiseerde beslisregels van *law-based* systemen direct ontleend zijn aan de wet.

101 Atkinson, Bench-Capon & Bollegala 2020, p. 7, wijzen erop dat juist in het recht bij afwijzende beslissingen behoefte bestaat aan een uitleg.

102 Zie De Fine Licht & De Fine Licht 2020, p. 919, en Esposito 2022, p. 5.

103 Zie uitgebreider Edwards & Veale 2017, p. 55-59, Wachter e.a. 2017, p. 78-79, Guidotti e.a. 2018 en Brkan & Bonnet 2019, p. 33-38.

104 Vgl. Brkan & Bonnet 2019, p. 33-34.

105 In dat verband wordt ook wel gesproken over verificatie en validatie van het systeem (Brkan & Bonnet 2019, p. 34).

106 Brkan & Bonnet 2019, p. 34. Een eigenschap die kan worden getoetst is bijvoorbeeld dat het systeem nooit een subsidie verstrekt die hoger is dan een bepaald maximumbedrag.

individueel niveau worden uitgelegd. Daarbij kan het pad worden beschreven dat een individueel geval door de 'als, dan'-structuur van het AI-systeem heeft doorlopen.[107] Daarnaast kan gebruik worden gemaakt van zogeheten *counterfactuals*, die aangeven hoe een inputvariabele anders had moeten luiden om tot een andere uitkomst te komen.[108]

Bij zelflerende systemen is een uitlegmethode op basis van enkel de broncode minder geschikt, omdat uit de vooraf opgegeven broncode zelf niet volgt welke gewichten het systeem al lerende aan de verschillende factoren heeft toegekend. Toch kan ook bij de uitleg van een *black box* een vergelijkbaar onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de uitleg van het model (*model explanation*) en anderzijds de uitleg van de individuele uitkomst (*outcome explanation*).[109] Bij globale of modelgeoriënteerde uitleg kan bijvoorbeeld een toelichting worden verstrekt op bepaalde (menselijke) keuzes in het ontwerp van het AI-systeem (bijv. de keuze voor een bepaald algoritme), op de eigenschappen van de trainingsdata en testdata en op de inrichting van het 'leerproces' van het AI-systeem.[110] Een dergelijke 'uitleg' van een model komt al snel in de buurt van technische transparantie in de zin dat eerder informatie wordt verstrekt over het *hoe* van het systeem dan over het *waarom* van het systeem. De vraag is dan ook in hoeverre een dergelijke uitleg toereikend is voor de ontvanger die een antwoord op de 'waarom'-vraag verwacht. Dat antwoord kan wellicht worden gegeven indien de generieke uitleg van het model neerkomt op het benaderen van de werking van het systeem met een model dat wel begrijpelijk is, zoals een beslisboom of een beperkte verzameling van beslisregels met een 'als, dan'-structuur.[111] Dit laatste is echter lang niet altijd mogelijk, zodat juist bij geavanceerdere zelflerende systemen een modelgeoriënteerde uitleg tekort kan schieten.[112]

> Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een eenvoudig voorbeeld (figuur 3).[113] Stel dat een zelflerend systeem een functie heeft gevonden die de negatieve gevallen (driehoeken) onderscheidt van de positieve gevallen (cirkels). De functie is geen eenvoudige lineaire functie, maar een complexere curve. Het is onmogelijk om de exacte baan van deze curve als geheel begrijpelijk uit te leggen. Wel kan op lokaal niveau het verloop van de curve wellicht beter worden begrepen door de curve als een lineaire functie te beschouwen en door specifiek te kijken naar de kenmerken van de historische data die zich in de buurt van die lineaire benadering bevinden.

---

107 Brkan & Bonnet 2019, p. 32, wijzen erop dat in een *rule-based* systeem elke afzonderlijke stap in het systeem kan worden uitgelegd, waarmee ook de uiteindelijke beslissing kan worden uitgelegd.

108 Atkinson, Bench-Capon & Bollegala 2020, p. 7, spreken in dit verband over een '*what-if* query'.

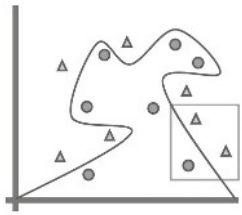
109 Zie Edwards & Veale 2017, p. 55, en Guidotti e.a. 2018, p. 11, die daarnaast afzonderlijk het inspecteren van het model (zoals bij audits) en het (op voorhand) ontwerpen van een *transparent box* onderscheiden. Selbst & Powles 2017, p. 239, relativeren overigens in bepaalde gevallen het onderscheid tussen uitleg van het model en uitleg van de individuele beslissing.

110 Edwards & Veale 2017, p. 55-56.

111 Guidotti e.a. 2018, p. 12-13. Veale & Edwards 2017, p. 56, spreken in dit verband over 'estimated global logics'.

112 Edwards & Veale 2017, p. 55-56.

113 Ontleend aan Edwards & Veale 2017, p. 57.



Figuur 3 Globale en lokale uitleg

Lokale of subjectgeoriënteerde uitleg probeert niet het model als geheel uit te leggen, maar enkel een specifieke individuele uitkomst op basis van specifieke input. Die uitleg van de individuele uitkomst kan verschillende vormen aannemen. Zo kan ook op lokaal niveau worden geprobeerd de uitkomst van een geavanceerd systeem te benaderen met een eenvoudig systeem (zoals een beslisboom of een lineair model) dat wel kan worden geïnterpreteerd.[114] Een andere benadering is om voor een specifieke beslissing het gewicht van de verschillende variabelen te bepalen (*feature importance*),[115] zodat inzichtelijk is voor de betrokkene welke factoren het meest van invloed zijn geweest op de uitkomst. Weer een andere benadering is om ten aanzien van een bepaalde factor aan te geven hoe de inputvariabele had moeten verschillen om een andersluidende beslissing te bereiken (*counterfactuals*).[116] Uiteraard kunnen ook combinaties van deze uitlegmethoden worden gehanteerd, waarbij eerst de belangrijkste variabelen worden geïdentificeerd en vervolgens voor die variabelen *counterfactuals* worden geïdentificeerd.[117]

Een lokale uitleg kan op verschillende manieren vorm krijgen.[118] Die verschillende vormen kunnen worden geïllustreerd aan de hand van een fictief voorbeeld over onderzoeksfinanciering:

- *Input influence based*: hier wordt aangegeven welke factoren in positieve of in negatieve mate hebben bijdragen aan de uitkomst, bijvoorbeeld de kwaliteit van de aanvraag (--), de kwaliteit van de onderzoeker (-) en de plannen voor kennisdisseminatie (+).
- *Sensitivity-based:* hier wordt aangegeven hoe een bepaalde inputfactor had moeten wijzigen om tot een andersluidende uitkomst te komen. Bijvoorbeeld: als de onderzoeker niet enkel in nationale, maar ook in internationale *peer-reviewed* tijdschriften zou hebben gepubliceerd, zou de score van de aanvraag op de kwaliteit van de onderzoeker stijgen van – naar +.

114 Zie Guidotti e.a. 2018, p. 13-14, en Brkan & Bonnet 2019, p. 34-35. Zie hierover ook Wachter e.a. 2018, p. 850-851.
115 Guidotti e.a. 2018, p. 16.
116 Zie onder meer Lehr & Ohm 2017, p. 708-710, Edwards & Veale 2017, p. 56-58, Binns e.a. 2018, en Brkan & Bonnet 2019, p. 35. Deze laatste benadering van 'counterfactuals' is overigens ook vertrouwd bij minder geavanceerde systemen, zoals expertsystemen (Wachter e.a. 2018, p. 849).
117 Doshi-Velez e.a. 2017, p. 4-5.
118 Zie Edwards & Veale 2017, p. 58. Zie ook Binns e.a. 2018.

– *Case-based*: hier wordt aangegeven welke (historische) gevallen het meest op de voorliggende aanvraag lijken: met welke onderzoeksaanvragen uit het verleden vertoont deze aanvraag de meeste gelijkenis?
– *Demographic-based*: hier wordt aangegeven wat de kenmerken zijn van de (historische) gevallen die een vergelijkbare behandeling als de voorliggende aanvraag hebben ontvangen. Wat zijn de kenmerken van andere aanvragen die weliswaar als 'goed' zijn aangemerkt, maar toch zijn afgewezen?

Kenmerkend voor de verschillende *xAI*-benaderingen ten aanzien van lokale uitleg is dat niet enkel wordt gekeken naar het voorliggende geval, maar dat ook nadrukkelijk een relatie wordt gelegd met aanverwante gevallen. Daarmee sluit deze vorm van uitleg duidelijk aan bij het *case-based* karakter van zelflerende systeem, waarbij de beslisregel immers is gebaseerd op historische gevallen.

De mogelijkheden om een bepaalde vorm van uitleg van een AI-systeem te genereren zijn voortdurend in ontwikkeling. Wat vandaag nog niet kan worden uitgelegd, kan morgen misschien wel of in elk geval beter worden uitgelegd. Niettemin blijft volgens sommigen de uitleg die een zelflerend systeem kan geven nog (ver) achter bij de uitleg die een expertsysteem kan geven.[119] Of een bepaalde vorm van uitleg toereikend is, wordt echter niet enkel bepaald door de technische mogelijkheden, maar juist door de (externe) eisen die de 'buitenwereld' aan de uitleg van een beslissing stelt. Uit een algemene overzichtsstudie van Miller blijken vier succesvolle kenmerken van een uitleg. In de eerste plaats is een succesvolle uitleg *contrasterend*. Dit betekent in de context van bestuurlijke besluitvorming dat niet (slechts) wordt uitgelegd waarom een afwijzende beslissing is genomen, maar ook waarom een afwijzende in plaats van een toewijzende beslissing is genomen. In dit verband kunnen *counterfactuals* (tegenvoorbeelden) van groot belang zijn.[120] In de tweede plaats is een uitleg bij voorkeur *selectief*. Dat wil zeggen dat een uitleg zelden bestaat uit een volledige verklaring van een gebeurtenis. In plaats daarvan worden hooguit een of twee oorzaken gegeven voor een bepaalde gebeurtenis (of redenen voor een bepaalde beslissing). In de derde plaats zijn kansen of waarschijnlijkheden niet van belang voor een succesvolle uitleg. In plaats daarvan bestaat een menselijke behoefte aan een *causale* uitleg die is toegespitst op het voorliggende geval. In de vierde en laatste plaats is een uitleg *sociaal*, als deel van een conversatie tussen de zender en de ontvanger. Dit brengt mee dat de eisen die aan een uitleg worden gesteld, mede afhangen van de positie van de zender en de ontvanger (deskundigheid, gedeelde achtergrondkennis, enz.).[121]

119 Atkinson, Bench-Capon & Bollegala 2020, p. 18.
120 Zie ook Wachter 2018 e.a., p. 849-851.
121 Miller 2019, p. 2.

2.3 Slot: nieuws onder de bestuursrechtelijke zon?

Het debat binnen *xAI* roept de vraag op wat het bestuursrecht eigenlijk verwacht van transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming. Als AI-systemen worden ingezet ten behoeve van bestuurlijke besluitvorming, zal transparantie ten aanzien van die systemen zich immers moeten oriënteren op de transparantie-eisen die het bestuursrecht momenteel stelt.

Hoewel de begrippen transparantie en uitlegbaarheid niet tot het jargon van de gemiddelde bestuursrechtjurist behoren, zijn bestuursrechtjuristen meer dan bekend met de verplichting om overheidsinformatie – al dan niet op verzoek – beschikbaar te stellen en besluiten van een motivering te voorzien. In dat opzicht zou de gememoreerde discussie binnen het gegevensbeschermingsrecht over de vraag of de AVG een 'recht op uitleg' toekent, de bestuursrechtjurist vreemd moeten overkomen.[122] Omgekeerd betekent dit dat waar het gegevensbeschermingsrecht kan blijven hangen in de voorvraag of een dergelijk recht op informatie en uitleg bestaat, het bestuursrecht in staat zou moeten zijn om aan te geven aan welke transparantiestandaard besluitvorming met behulp van AI in elk geval zou moeten voldoen.

Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming is echter geen statisch gegeven. De afgelopen periode zijn transparantieverplichtingen als gevolg van diverse ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak in beweging. Dat maakt de analyse van de geldende transparantiestandaard binnen het bestuursrecht niet alleen relevant voor de discussie over geautomatiseerde besluitvorming, maar ook voor andere vormen van bestuurlijke besluitvorming.

122 Edwards & Veale 2017, p. 39.

3 Bestuursrechtelijke transparantie in beweging

Het analytische transparantiekader uit de vorige paragraaf biedt een structuur om de verschillende bestuursrechtelijke normen die verband houden met transparantie bij bestuurlijke besluitvorming in onderlinge samenhang in kaart te brengen. Binnen die beschrijving is de temporele dimensie leidend, waarbij een driedeling wordt gehanteerd tussen transparantie voorafgaand aan de besluitvorming (ex ante), transparantie tijdens de besluitvorming (ex durante) en transparantie na afloop van de besluitvorming (ex post). Per fase van de besluitvorming komen andere dimensies van het transparantiekader aan de orde voor zover relevant voor die fase.

3.1 Transparantie ex ante

3.1.1 Bekendmaking

Beschikkingen van bestuursorganen berusten in beginsel op een wettelijke grondslag.[123] Het ligt daarom voor de hand om eerst de vereiste transparantie ten aanzien van dit wettelijke kader in kaart te brengen.[124] Onder dit wettelijke kader vallen niet alleen algemeen verbindende voorschriften, maar ook eventuele beleidsregels die in het kader van die wettelijke bevoegdheid zijn vastgesteld ('pseudowetgeving'). Op grond van artikel 4:84 Awb is het bestuursorgaan immers verplicht om in beginsel conform de vastgestelde beleidsregel te handelen.[125] Ten aanzien van deze besluiten (en wetten in formele zin) geldt een bijzondere eis van transparantie die wordt aangeduid als *bekendmaking*.

Waarom? Omdat wetten en besluiten gericht zijn op het tot stand brengen van rechtsgevolgen waaraan ook burgers kunnen zijn gebonden,[126] treden wetten en besluiten niet in werking voordat ze zijn bekendgemaakt.[127] Bekendmaking heeft in dit

123 Vgl. art. 3:47 lid 2 Awb.

124 Vgl. Buijze 2013, p. 32: 'Rule-governed decision making (...) can be seen as an ex ante transparency-enhancing instrument about which decisions can be taken by public authorities, and the way those decisions are going to be taken.' De specifieke problematiek van wijziging van de besluitvormingsregels tijdens de besluitvormingsprocedure blijft hier verder buiten beschouwing.

125 Ook omstandigheden die bij het opstellen van een beleidsregel zijn verdisconteerd, kunnen tegenwoordig gelden als bijzondere omstandigheden die afwijking van een beleidsregel rechtvaardigen (ABRvS 26 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2840, *AB* 2016/447, m.nt. H.E. Bröring).

126 PG *Awb I*, p. 231.

127 Zie art. 88 Grondwet ten aanzien van wetten, art. 8 Bekendmakingswet ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften en art. 3:40 Awb ten aanzien van besluiten (waaronder beleidsregels). Art. 8 Bekendmakingswet spreekt expliciet over bekendmaking 'op de voorgeschreven

verband een specifieke betekenis, namelijk 'het zodanig ter kennis brengen van een besluit aan de daarbij betrokkenen dat het besluit zijn werking als rechtshandeling kan verkrijgen'.[128]

Waar/voor wie? Als gevolg van de Wet elektronische publicaties[129] moeten sinds kort niet alleen algemeen verbindende voorschriften, maar ook beleidsregels worden bekendgemaakt in een officieel (van overheidswege) uitgegeven publicatieblad.[130] Publicatie van een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel via een ander medium, zoals een gemeentelijke website, is dus weliswaar te beschouwen als een vorm van transparantie, maar niet van bekendmaking.[131] De uitgifte van publicatiebladen[132] geschiedt (uitsluitend) elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze.[133] In het bijzonder moeten alle publicatiebladen, dus ook die van decentrale overheden, worden uitgegeven via de landelijke digitale infrastructuur van officielebekendmakingen.nl.[134] Bovendien worden publicaties in het publicatieblad met het oog op eventueel hergebruik hiervan in beginsel beschikbaar gesteld in een machinaal, door computers leesbaar formaat, zodat ze kunnen worden gebruikt als 'open data'.[135] Een uitzondering op deze verplichte bekendmaking in een elektronisch uitgegeven officieel publicatieblad is mogelijk wanneer dat gerechtvaardigd is wegens aard of omvang van een bijlage bij een besluit. Een dergelijke bijlage kan worden gepubliceerd in een ander algemeen toegankelijk elektronisch medium dan het publicatieblad.[136]

Wat? De Bekendmakingswet bevat niet alleen de verplichting om algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels bekend te maken in een publicatieblad,[137] maar ook om teksten van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels in geconsolideerde vorm voor eenieder kosteloos beschikbaar te stellen, hetgeen een vorm van *real-time* transparantie betreft.[138] Daarentegen bevat de Bekendmakingswet geen

---

wijze', maar deze eis geldt ook voor art. 3:40 Awb. Zie Ortlep 2013, par. 2, met verwijzing naar *PG Awb I*, p. 231 e.v.

128 *PG Awb I*, p. 230-231.

129 Wet van 17 juli 2020 tot wijziging van de Bekendmakingswet en andere wetten in verband met de elektronische publicatie van algemene bekendmakingen, mededelingen en kennisgevingen, *Stb.* 2020, 262.

130 Bekendmaking in een dagblad, nieuwsblad of huis-aan-huisblad, zoals art. 3:42 Awb voorheen nog mogelijk maakte ten aanzien van besluiten van bestuursorganen van decentrale overheden, behoort daarmee tot het verleden, hoewel publicatie in een dergelijk papieren blad nog wel als aanvullende service denkbaar is zonder als bekendmaking te gelden. Zie hierover *Kamerstukken II* 2019/20, 35218, nr. 3, p. 15 en 24.

131 Zie reeds ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:646.

132 Elk openbaar lichaam heeft een of meer eigen publicatiebladen (art. 1 en 2 Bekendmakingswet).

133 Art. 1 lid 2 en 2 lid 8 Bekendmakingswet.

134 Art. 2.1 Regeling elektronische publicaties.

135 Art. 2.2 lid 2 Regeling elektronische publicaties.

136 Art. 7 lid 2 Bekendmakingswet. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35218, nr. 3, p. 41. Wanneer een dergelijke bijlage wordt gewijzigd, moet die bijlage opnieuw worden vastgesteld (art. 7 lid 3 Bekendmakingswet).

137 Art. 6 Bekendmakingswet.

138 Art. 19 Bekendmakingswet. Op grond van art. 24 Bekendmakingswet geldt deze consolidatieverplichting voor reeds eerder bekendgemaakte beleidsregels van decentrale overheden eerst

verplichting om een toelichting bij het besluit te vermelden.[139] Voor beleidsregels bestaat die verplichting wel op grond van de Algemene wet bestuursrecht,[140] hoewel de inhoudelijke motivering van een dergelijk besluit van algemene strekking uit de aard der zaak doorgaans een globaler karakter zal hebben dan de motivering van een individuele beschikking.[141] Voor algemeen verbindende voorschriften ontbreekt een vergelijkbare wettelijke verplichting,[142] maar wordt wel een (ongeschreven) motiveringsplicht aangenomen.[143] Andere documenten dan algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels die betrekking hebben op bestuurlijke besluitvorming, worden in beginsel juist niet gepubliceerd in het publicatieblad om de kernfunctie van het publicatieblad niet te ondergraven.[144]

Door wie? In de Bekendmakingswet aangewezen bestuursorganen van de verschillende openbare lichamen dragen zorg voor de uitgifte van 'hun' publicatiebladen.[145] Toch zijn ook andere actoren betrokken bij dit uitgifteproces. Allereerst is sprake van een centraliseringstendens nu de elektronische uitgifte van alle publicatiebladen plaatsvindt door middel van officielebekendmakingen.nl, een digitale infrastructuur die in stand wordt gehouden door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Verder kent de Bekendmakingswet een specifieke regeling voor de situatie waarin in een algemeen verbindend voorschrift normen van niet-publiekrechtelijke aard (zoals NEN-normen) van toepassing worden verklaard. Van deze normen moet mededeling worden gedaan in het publicatieblad waarin het algemeen verbindend voorschrift is bekendgemaakt. Wanneer kosteloze beschikbaarheid van deze normen voor alle betrokkenen voldoende is verzekerd, kan worden volstaan met mededeling van de vindplaats van de normen. Als dat niet het geval is, moet het bestuursorgaan eenieder op verzoek kosteloos inzage verlenen in deze normen.[146] Daarvoor zal het bestuursorgaan dus afspraken moeten maken met de privaatrechtelijke instantie die de normen heeft vastgesteld.

---

vanaf 1 juli 2022.

139 Zie expliciet *Kamerstukken II* 2019/20, 35218, nr. 3, p. 40: 'Overigens wordt een dergelijke toelichting niet beschouwd als onderdeel van het bekendgemaakte besluit.'

140 Art. 3:47 lid 1 Awb.

141 *PG Awb III, p.* 154.

142 Zie art. 3:1 lid 1 Awb, op grond waarvan afdeling 3.7 van de Awb niet van toepassing is op besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften.

143 Conclusie A-G Widdershoven 22 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, punten 8.10 en 8.11.

144 *Kamerstukken II* 2019/20, 35218, nr. 3, p. 17: 'Het is niet vanzelfsprekend om de officiële publicatiebladen een rol te geven bij elke vorm van verplichte actieve openbaarheid. De publicatiebladen zijn vooral bedoeld voor de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht en voor berichten die (rechts)gevolgen hebben voor groepen belanghebbenden en waarover die burgers tijdig dienen te beschikken om hun belangen te kunnen behartigen. (...) Opname van alle verplichte kennisgevingen met betrekking tot andere informatie kan ertoe leiden dat de kernfunctie van de bladen wordt overschaduwd. Alleen kennisgevingen die betrekking hebben op besluiten zullen daarom onder de werking van het voorgestelde stelsel worden gebracht.'

145 Art. 2 Bekendmakingswet.

146 Art. 14a Bekendmakingswet.

Hoe? Bekendmaking van besluiten is naar haar aard een *actieve* vorm van informatieverstrekking. Het bestuursorgaan dat een besluit heeft genomen, zal uit eigen beweging tot bekendmaking (op de voorgeschreven wijze) moeten overgaan. Zonder bekendmaking kunnen de besluiten die het bestuursorgaan heeft genomen, immers niet in werking treden.

Binnen de context van het geven van beschikkingen kan de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels worden beschouwd als een vorm van *process transparency*. Door publicatie van het *rulebook*[147] is voor buitenstaanders (tot op zekere hoogte) vooraf duidelijk welke regels van toepassing zijn op de besluitvorming in een individueel geval.

3.1.2 Meer dan bekendmaking?

De specifieke betekenis van bekendmaking leidt allereerst tot de vraag of ook aanvullende vormen van transparantie bestaan bij dergelijke besluiten van algemene strekking. Naast de mogelijkheid om via een ander medium bekendheid te geven aan deze besluiten (transparantie *as a service*),[148] is hier met name van belang dat de Wet open overheid vereist dat algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels uit eigen beweging *openbaar* worden gemaakt door het bestuursorgaan.[149] Deze regeling van openbaarmaking lijkt overbodig ten opzichte van het regime van bekendmaking: met de bekendmaking van deze besluiten is de openbaarmaking hiervan verzekerd.[150] Bij nader inzien ligt dat wellicht toch iets genuanceerder. Allereerst kent de Woo de verplichting om documenten zo spoedig mogelijk en uiterlijk binnen twee weken na vaststelling hiervan openbaar te maken.[151] De Bekendmakingswet bevat geen dergelijke bepaling, zodat de Woo op die temporele dimensie van transparantie (*wanneer*) de Bekendmakingswet aanvult. Verder moet de actieve openbaarmaking van documenten op grond van de Wet open overheid elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze geschieden via een *andere* landelijke digitale infrastructuur, namelijk open.overheid.nl.[152] Dit leidt ertoe dat een en hetzelfde document op twee (officiële) platforms moet worden gepubliceerd (*waar*), namelijk officielebekendmakingen.nl en open.overheid.nl.

Daarnaast lijken zich ten aanzien van overheidsinformatie onafhankelijk van de wettelijke transparantieregimes (Awb, Bekendmakingswet, Woo) buitenwettelijke

147 Heald 2006, p. 31-32, beschouwt deze *rulebook transparency* als een onderdeel van *process transparency*.

148 Bijv. via de gemeentelijke website of toch via een huis-aan-huisblad.

149 Art. 3.3 lid 1 onder a en b Woo.

150 Hoewel in het algemeen aan het (nieuwe) openbaarmakingsregime van de Woo verschillende belangen ten grondslag liggen, namelijk de democratische rechtsstaat, het individu, het bestuur zelf en de economische, culturele en wetenschappelijke ontwikkeling (*Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 16-18), geldt specifiek ten aanzien van besluiten van algemene strekking dat de *reden* voor openbaarmaking niet anders is dan de reden voor bekendmaking, namelijk als voorwaarde voor inwerkingtreding van deze besluiten (*Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 55).

151 Art. 3.3 lid 4 Woo. Zie Wolswinkel 2020c, p. 26.

152 Zie art. 3.3b Woo, waarvan de formulering overigens is ontleend aan de Bekendmakingswet (*Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 77).

transparantieverplichtingen te ontwikkelen waarvan de juridische status niet altijd duidelijk is.[153] Zo heeft de Afdeling in de context van competitieve besluitvorming de jurisprudentielijn ontwikkeld dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren 'een passende mate van openbaarheid' moet verzekeren met betrekking tot de beschikbaarheid van de schaarse vergunning, de verdelingsprocedure, het aanvraagtijdvak en de toe te passen criteria. Deze transparantieverplichting houdt in dat het bestuur over deze aspecten tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid moet scheppen, door informatie hierover bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.[154] Ten aanzien van verschillende transparantiedimensies rijst de vraag hoe deze transparantieverplichting zich verhoudt tot het wettelijke bekendmakingsregime (*wanneer*: 'tijdig voorafgaand', *waar*: 'passend medium', *voor wie*: 'potentiële gegadigden').[155] Die onduidelijke verhouding wordt nog eens versterkt door het recente arrest *Didam*,[156] waarin de Hoge Raad de jurisprudentielijn van de Afdeling heeft doorgetrokken naar privaatrechtelijke gronduitgifte door overheden. Niet alleen maakt die ruimere positionering van de transparantieverplichting een eenduidige inbedding daarvan binnen het op besluiten gerichte wettelijke bekendmakingsregime minder eenvoudig, maar ook formuleert de Hoge Raad in dit arrest een aanvullende transparantieverplichting. Indien namelijk bij voorbaat vaststaat of redelijkerwijs mag worden aangenomen dat op grond van objectieve, toetsbare en redelijke criteria slechts één serieuze gegadigde in aanmerking komt voor de aankoop, dan hoeft weliswaar geen mededingingsruimte te worden geboden, maar dient het overheidslichaam wel zijn voornemen tot verkoop *tijdig voorafgaand aan de verkoop* op zodanige wijze bekend te maken dat *eenieder* daarvan kennis kan nemen. De ratio van deze *ex ante* verplichting die geldt jegens 'eenieder' (*voor wie*), wordt uit het arrest niet duidelijk, zeker nu het aanbestedingsrecht waarin de transparantieverplichting is geworteld, slechts een *ex post* verplichting kent om de onderhandse gunning van een opdracht bekend te maken.[157]

Hoewel buitenwettelijke transparantieverplichtingen een belangrijke vangnetfunctie kunnen vervullen,[158] blijft van belang dat die buitenwettelijke transparantieverplichtingen nadrukkelijk worden verhouden tot wettelijke transparantieregimes. Daarvan is lang niet altijd sprake.[159] Alleen wanneer de verhouding

153 Zie reeds Wolswinkel 2020c, p. 28-30.

154 ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2927, *AB* 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Speelautomatenhal Vlaardingen*), r.o. 8. In r.o. 12.1 (slot) en r.o. 14 spreekt de Afdeling expliciet over de 'transparantieverplichting'.

155 Bovendien ontwikkelt zich ook bij deze buitenwettelijke transparantieverplichting een wisselwerking tussen actieve en passieve informatieverstrekking. Zie ABRvS 30 augustus 2017, *AB* 2017/390, m.nt. C.J. Wolswinkel & G.J. Stoepker (*speelautomatenhal Emmen*), waarover ook Wolswinkel 2019, p. 783.

156 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, *AB* 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren (*supermarkt Didam*).

157 Zie art. 2.37 jo. 2.134 Aanbestedingswet 2012.

158 Buijze 2013, p. 254-255.

159 In *speelautomatenhal Emmen* (ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336, *AB* 2017/390, m.nt. C.J. Wolswinkel & G.J. Stoepker) overweegt de Afdeling weliswaar – zonder nadere

tussen het wettelijke en het buitenwettelijke transparantieregime inzichtelijk wordt gemaakt, is duidelijk of het wettelijke transparantieregime tekortschiet en of een buitenwettelijke transparantieverplichting dit gebrek beoogt te herstellen.

3.2 Transparantie tussentijds

3.2.1 Reguliere besluitvorming

Wanneer de besluitvormingsprocedure eenmaal is aangevangen, hetzij door een aanvraag hetzij ambtshalve, kent het bestuursrecht relatief weinig algemene waarborgen voor *real-time* transparantie tijdens het besluitvormingsproces.[160] Het kan voor een aanvrager dus lange tijd stil blijven voordat er witte rook komt. Algemene waarborgen voor *track* & *trace*-besluitvorming, zoals de melding dat een document is toegevoegd aan het besluitvormingsdossier, zijn grotendeels afwezig in de Awb.[161] Wie de Awb erop naslaat, treft in het kader van de voorbereiding van de beschikking (afdeling 4.1.2 Awb) slechts enkele bepalingen aan over het naar voren brengen van zienswijzen ('horen') van belanghebbenden. Deze hoorplicht in het kader van de primaire besluitvorming staat – als afgeleide van artikel 3:2 Awb – in het teken van een zorgvuldige feitenvaststelling.[162] Om die reden is de hoorplicht geclausuleerd vormgegeven: de verplichting om een belanghebbende te horen bestaat enkel indien dat nodig is met het oog op een zorgvuldige vaststelling van de feiten en belangen.[163] Hoewel het (geclausuleerde) recht om een zienswijze in te brengen niet gepaard gaat met een expliciete verplichting van het bestuursorgaan om voorafgaand aan het horen aan de betrokkene voldoende stukken of informatie ter beschikking te stellen, zou een dergelijke verplichting wel uit het zorgvuldigheidsbeginsel kunnen worden afgeleid: alleen wanneer vooraf bepaalde informatie wordt verstrekt, kan op een zinvolle wijze invulling worden gegeven aan het recht te worden gehoord.[164]

> De algemene regeling van afdeling 4.1.2 van de Awb contrasteert met de specifieke regeling van afdeling 5.4.1 van de Awb betreffende de procedure tot oplegging van een bestuurlijke boete.[165] Allereerst moet aan de overtreder die in de gelegenheid wordt gesteld over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete een zienswijze

toelichting – dat de uitgiftecondities die de burgemeester heeft opgesteld en heeft verstrekt aan alle potentiële belangstellenden (r.o. 4.1), geen besluit zijn, maar lijkt het eigenlijke probleem te zijn dat deze (ogenschijnlijke) beleidsregels niet op de voorgeschreven wijze van art. 3:42 Awb zijn bekendgemaakt.

160 Hooguit moet de ontvangst van een elektronisch ingediende aanvraag worden bevestigd (art. 4:3a Awb). Op grond van art. 29 Dienstenwet moet bij een aanvraag om een dienstenvergunning altijd een ontvangstbevestiging worden gestuurd, waarbij de beslistermijn en de rechtsmiddelenclausule worden vermeld.

161 De aanvrager kan hooguit een kennisgeving van verlenging van de beslistermijn verwachten (art. 4:14 Awb). Bijzondere wetgeving kan extra transparantieverplichtingen bevatten, zoals bijvoorbeeld hoofdstuk 3 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Dienstenwet.

162 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 341.

163 Zie voor een uitwerking hiervan de voorwaarden zoals genoemd in art. 4:7 en 4:8 Awb, alsmede de uitzonderingen in art. 4:11 en 4:12 Awb. Zie hierover ook Schlössels & Zijlstra 2017, p. 284-288.

164 Daalder 2015, p. 511.

165 Zie ook Daalder 2015, p. 511-512.

naar voren te brengen, reeds bij de uitnodiging daartoe het rapport dat over de overtreding is gemaakt, worden toegezonden of uitgereikt. Dit betreft dus een *actieve* transparantieverplichting voor het bestuursorgaan. Daarnaast geldt bij de oplegging van bestuurlijke boetes een passieve transparantieverplichting in de zin dat het bestuursorgaan, ongedacht of de overtreder wordt gehoord, de overtreder *desgevraagd* in de gelegenheid moet stellen om de gegevens waarop (het voornemen tot) het opleggen van de bestuurlijke boete berust, in te zien (en daarvan afschriften te vervaardigen).[166]

De AVG introduceert in aanvulling op de Awb tussentijdse transparantieverplichtingen voor het bestuursorgaan voor zover het als 'verwerkingsverantwoordelijke' persoonsgegevens verwerkt tijdens het besluitvormingsproces.[167] Op het bestuursorgaan rust in dat verband een *actieve* informatieverplichting jegens degene wiens persoonsgegevens worden verwerkt. Ongeacht of de persoonsgegevens van de betrokkene zelf zijn verkregen (art. 13 AVG) dan wel anderszins (art. 14 AVG), moet het bestuursorgaan bepaalde, in de AVG gespecificeerde informatie aan de betrokkene verstrekken, onder meer over de verwerkingsdoeleinden waarvoor de persoonsgegevens zijn bestemd.[168] In het eerste geval moet deze informatie worden verstrekt bij de verkrijging van de persoonsgegevens (bijvoorbeeld bij de indiening van de aanvraag),[169] terwijl in het andere geval deze informatie moet worden verstrekt binnen een redelijke termijn, maar uiterlijk binnen één maand na de verkrijging van de persoonsgegevens, afhankelijk van de concrete omstandigheden waarin de persoonsgegevens worden verwerkt.[170] Dat betekent dat deze transparantieverplichting dus los staat van een eventueel te nemen besluit.[171] Tegenhanger en sluitstuk van deze beide actieve informatieverplichtingen vormt het recht op inzage in de verwerking van persoonsgegevens (art. 15 AVG), waarbij sprake is van informatieverstrekking op verzoek. Overigens zijn beperkingen op deze (actieve en passieve) informatieverplichtingen mogelijk, onder meer vanwege 'toezicht, inspectie of regelgeving' en vanwege de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen.[172] De 'tussentijdse' transparantieverplichtingen onder de AVG zijn dus niet absoluut.

3.3.2 Uniforme openbare voorbereidingsprocedure

De regeling van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afdeling 3.4 Awb) is een interessante figuur als het gaat om tussentijdse transparantie, juist omdat

166 Art. 5:49 Awb. Zie ook Daalder 2015, p. 511.
167 Zie specifiek over de AVG in relatie tot overheidsbesluitvorming: Jak & Bastiaans 2018, p. 3020.
168 Het enige verschil tussen art. 13 en 14 AVG is dat in geval van art. 14 AVG ook informatie moet worden verstrekt over de categorieën van persoonsgegevens en de bron waar de persoonsgegevens vandaan komen, en – in voorkomend geval – of zij afkomstig zijn van openbare bronnen, terwijl in geval van art. 13 AVG ook informatie moet worden verstrekt over de aanwezigheid van een verplichting om gegevens te verstrekken.
169 Art. 13 lid 1 en 2 AVG.
170 Art. 14 lid 3 onder a AVG.
171 Zie nader over de vervaging van het onderscheid tussen voorbereiding en besluitvorming: Meuwese 2022, p. 59.
172 Zie art. 23 AVG en de uitwerking daarvan in art. 41 Uitvoeringswet AVG.

zij het *openbare* karakter van de voorbereiding van het besluit benadrukt. Bij deze procedure wordt met het oog op een zorgvuldige voorbereiding van het besluit een ontwerpbesluit ter inzage gelegd, waarover zienswijzen kunnen worden ingediend. Deze facultatieve regeling, die regelmatig wordt toegepast bij besluiten van algemene strekking maar ook kan worden toegepast bij beschikkingen,[173] brengt ten opzichte van reguliere besluitvorming een aantal wijzigingen in het transparantieregime met zich.

Allereerst wordt het *moment* van verstrekking van bepaalde informatie in de besluitvorming naar voren gehaald: waar de zogeheten 'op de zaak betrekking hebbende stukken' bij reguliere besluitvorming eerst in de fase van bezwaar worden verstrekt,[174] moet deze informatie bij de uniforme openbare voorbereidingsprocedure reeds worden verstrekt bij de terinzagelegging van het *ontwerp* van het besluit, althans voor zover deze informatie redelijkerwijs nodig is voor een beoordeling van dit ontwerp.[175] Voorafgaand aan deze terinzagelegging geeft het bestuursorgaan in het voor het bestuursorgaan aangewezen publicatieblad, dus elektronisch, kennis van het ontwerpbesluit.[176] Kennisgeving komt neer op een vermelding van een zakelijke weergave van de inhoud van het ontwerpbesluit, met vermelding van de wijze waarop en de periode waarin de stukken waarop de kennisgeving betrekking heeft voor eenieder ter inzage liggen. Een andere optie is dat van het ontwerpbesluit *mededeling* wordt gedaan, in welk geval een volledige publicatie van het ontwerpbesluit in het publicatieblad wordt opgenomen.[177] De terinzagelegging van de bij het ontwerpbesluit behorende stukken vindt vervolgens ook elektronisch plaats,[178] maar niet in een officieel publicatieblad.[179] Publicatiebladen worden namelijk gereserveerd voor (definitieve) besluiten van algemene strekking, zowel vanwege de technische standaarden waaraan deze documenten moeten voldoen als vanwege de vereiste permanente beschikbaarheid. Bovendien moet de lijst van op de zaak betrekking hebbende stukken zo nodig kunnen worden aangevuld met nieuwe stukken,[180] hetgeen zich slecht zou verdragen met het meer statische karakter van het bekendmakingsregime. Eerder wordt daarom gedacht aan elektronische publicatie van het ontwerpbesluit en de op de zaak betrekking hebbende stukken op de website van het betreffende bestuursorgaan.[181] Al met al faciliteert de regeling van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure een vorm van *real-time* transparantie die met name betrekking heeft op *process transparency*, maar ook elementen van *reasoned transparency* kan bevatten voor zover het ontwerpbesluit een ontwerpmotivering bevat.

---

173 Wertheim 2019, p. 22.
174 Art. 7:4 lid 2 Awb. Zie hierna par. 3.4.4.
175 Art. 3:11 lid 1 Awb.
176 Art. 3:12 lid 1 Awb.
177 *Kamerstukken II* 2018/19, 35218, nr. 3, p. 19.
178 Art. 13 lid 1 Bekendmakingswet. Op grond van art. 23 Bekendmakingswet geldt een overgangsperiode voor elektronische terinzagelegging.
179 Art. 13 lid 3 Bekendmakingswet.
180 Art. 3:14 lid 1 Awb.
181 *Kamerstukken II* 2018/19, 35218, nr. 3, p. 19.

3.4 Transparantie ex post

3.4.1 Toegang tot de beschikking

Transparantie van de beschikking (als eindproduct van het besluitvormingsproces) is een vorm van *data transparency*, in het bijzonder outputtransparantie. Binnen het bestuursrecht manifesteert deze outputtransparantie zich op verschillende wijzen. Allereerst is er de bekendmaking van beschikkingen. Bekendmaking van een beschikking is niet alleen een constitutief vereiste voor inwerkingtreding hiervan,[182] maar ook bepalend voor de aanvang van de termijn om bezwaar of beroep in te stellen.[183] Bekendmaking van beschikkingen vindt niet aan eenieder plaats, maar enkel aan de belanghebbenden tot wie de beschikking is gericht, in beginsel door toezending[184] of uitreiking.[185] Door 'mededeling' van de beschikking in een algemeen toegankelijk medium kunnen ook anderen kennis nemen van de beschikking, maar deze kennisgeving heeft niet het karakter van bekendmaking en is dus niet relevant voor de inwerkingtreding van de beschikking of de aanvang van de bezwaar- of beroepstermijn.[186]

Omdat de bekendmaking van beschikkingen alleen plaatsvindt aan de belanghebbenden tot wie het besluit is gericht (en de verplichte mededeling ook beperkt kan blijven tot bepaalde personen), rijst de vraag of beschikkingen ook voor eenieder openbaar moeten worden gemaakt. Volgens vaste jurisprudentie moeten in elk geval vergunningen, tegen de verlening waarvan door derden rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, *gelet op hun aard*, in beginsel openbaar worden geacht. Een verzoek om openbaarmaking van een dergelijke beschikking zal daarom in beginsel moeten worden toegewezen.[187] De Wet open overheid geeft een nieuwe impuls aan openbaarmaking van beschikkingen door het bestuursorgaan te verplichten deze categorie van documenten in elk geval uit eigen beweging openbaar te maken via het landelijke digitale platform van open.overheid.nl.[188] De (geconsolideerde) memorie

182 Art. 3:40 Awb.

183 Zie art. 6:8 Awb.

184 In toenemende mate vindt toezending overigens niet langer per post plaats, maar elektronisch (bijvoorbeeld via de Berichtenbox van MijnOverheid). Zie uitgebreider Van Kaam 2020. Zie in dit verband ook het wetsvoorstel Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer (*Kamerstukken II* 2018/19, 35261, nr. 2).

185 Art. 3:41 Awb. Voor de zogeheten zaaksgerichte beschikking geldt het complementaire regime van art. 3:42 Awb, aangezien die niet tot een of meer belanghebbenden is gericht.

186 Zie voor specifieke situaties waarin mededeling van een besluit moet worden gedaan: art. 3:43 en 3:44 Awb.

187 ABRvS 1 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE2047, *AB* 2003/37, m.nt. P.J. Stolk. Zie eerder onder meer Vz. ARRvS 4 oktober 1988, *AB* 1989/275, en ARRvS 31 januari 1989, *AB* 1989/277, m.nt. H.J. de Ru. Omgekeerd kan een bestuursorgaan niet zonder meer verwijzen naar een eerdere terinzagelegging ter onderbouwing van het standpunt dat een vergunning reeds openbaar is (ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2860).

188 Anders dan bij besluiten van algemene strekking (art. 3.3 lid 1 Woo), is bij openbaarmaking van beschikkingen (art. 3.3 lid 2 aanhef en onder k Woo) toetsing aan de uitzonderingsgronden voor openbaarmaking (art. 5.1 Woo) noodzakelijk. Zie in het verleden over (de onmogelijkheid van) een verplichting tot actieve openbaarmaking van beschikkingen: Pietermaat 2003, p. 32-33, en Daalder 2015, p. 506.

van toelichting[189] ligt de keuze voor deze categorie niet afzonderlijk toe, maar vermeldt meer in het algemeen dat bepaalde categorieën van informatie zodanig van belang zijn voor individuen en voor de samenleving als geheel dat openbaarmaking hiervan niet achterwege kan blijven.[190] Deze hoofdregel van actieve openbaarmaking van beschikkingen gaat echter gepaard met een omvangrijke uitzondering hierop. De (geconsolideerde) memorie van toelichting vermeldt hierover dat bij bepaalde categorieën beschikkingen op voorhand vaststaat dat ze in verband met de weigeringsgronden van artikel 5.1 Woo niet openbaar kunnen worden gemaakt (met name de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens) of in een enkel geval omdat de kosten niet opwegen tegen het belang van de openbaarheid.[191] Voorbeelden hiervan zijn financiële beschikkingen (belastingen, toeslagen, uitkeringen), de meeste handhavingsbeschikkingen en subsidiebeschikkingen gericht aan natuurlijke personen.[192] Ook beschikkingen houdende de afwijzing van een gevraagde beschikking zijn uitgezonderd van actieve openbaarmaking.[193] De reden hiervoor is dat dergelijke beschikkingen geen rechtsgevolg in het leven roepen, 'waarmee de voornaamste reden vervalt om tot actieve openbaarmaking over te gaan'.[194] Uitgezonderde (waaronder afgewezen) beschikkingen kunnen uiteraard nog steeds op verzoek worden geopenbaard, in welk geval het openbaarmakingsregime van hoofdstuk 4 van de Woo van toepassing is.[195] Algemene toegankelijkheid van deze beschikkingen via een landelijk digitaal platform[196] is dan echter niet langer gegarandeerd.

De verplichte openbaarmaking van beschikkingen (binnen twee weken na vaststelling hiervan)[197] ziet enkel op de beschikking zelf, dus op het eindproduct van de besluitvorming. Er geldt dus geen verplichting tot openbaarmaking van de aanvraag ('inputtransparantie') of van andere onderdelen van het onderliggende besluitvormingsdossier. Wel kan onder omstandigheden een bijlage onderdeel zijn van de beschikking als daarin de reikwijdte van de beschikking nader wordt geduid (bijvoorbeeld met een kaart of met aan de vergunning verbonden voorwaarden).[198] Voorts is van belang dat beschikkingen niet noodzakelijk afzonderlijk hoeven te worden gepubliceerd, maar ook kunnen worden gepubliceerd in een overzicht

189 De artikelsgewijze toelichting van de memorie van toelichting is geactualiseerd in verband met de behandeling van het wetsvoorstel Wijzigingswet Woo door de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N). Na aanname van het wetsvoorstel is de artikelsgewijze toelichting van de memorie van toelichting opnieuw geactualiseerd (bijlage bij *Kamerstukken I* 2021/22, 33328, AB), maar deze opnieuw geactualiseerde versie verschilt voor zover hier relevant niet inhoudelijk van de eerdere versie waarnaar hierna wordt verwezen in dit preadvies.

190 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 53.

191 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 63.

192 Zie de lijst van 21 categorieën van uitgezonderde beschikkingen in art. 3.3 lid 2 aanhef en onder k Woo. Zie hierover ook par. 4.2 van het VAR-preadvies van Drahmann.

193 Art. 3.3 lid 2 aanhef en onder k sub 21° Woo.

194 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 70.

195 Zie hoofdstuk 4 Woo.

196 Art. 3.3b Woo heeft alleen betrekking op documenten die actief openbaar worden gemaakt.

197 Art. 3.3 lid 4 Woo.

198 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 63.

dat voor personen elektronisch raadpleegbaar is.[199] Achtergrond hiervan is het voorkomen van administratieve lasten voor bestuursorganen, juist bij de openbaarmaking van grote aantallen documenten. De openbaarmaking ziet bij een dergelijk overzicht niet langer op de volledige documenten, maar enkel op de 'wezenlijke elementen' hiervan.[200] De nadruk op een voor personen elektronisch raadpleegbaar overzicht staat in contrast met de hoofdregel in de Woo dat de informatie als 'open data' voor machinale verwerking beschikbaar wordt gesteld.[201]

Al met al draagt de wettelijke regeling van verplichte actieve openbaarmaking van beschikkingen in de Wet open overheid bij aan meer *externe* procedurele openbaarheid. Buitenstaanders kunnen hierdoor kennis nemen van besluitvorming in individuele gevallen, terwijl ook degenen die zelf worden geconfronteerd met bestuurlijke besluitvorming, kunnen nagaan hoe andere bestuursorganen in vergelijkbare situaties handelen.[202] Ook hier geldt – evenals bij besluiten van algemene strekking – dat de transparantieregimes van bekendmaking en openbaarmaking elkaar kunnen aanvullen, bijvoorbeeld ten aanzien van de vraag *wanneer* bepaalde informatie moet worden verstrekt.

3.4.2 Toegang tot de motivering

De bekendmaking en openbaarmaking van beschikkingen, aan belanghebbenden of zelfs – al dan niet (deels) geanonimiseerd – aan eenieder, kan worden beschouwd als een vorm van *data transparency*, in het bijzonder outputtransparantie: het bestuur informeert burgers welke beslissing het heeft genomen. Daarmee is echter nog niet duidelijk *waarom* het bestuur een bepaalde beslissing heeft genomen (*reasoned transparency*). Binnen het bestuursrecht wordt transparantie over het *waarom* van de beslissing vanouds verbonden met het vereiste van een kenbare motivering.

> Transparantie raakt primair aan de kenbaarheid van de motivering en niet aan de deugdelijkheid van de motivering.[203] Een kenbare motivering kan worden beschouwd als een opstap richting een deugdelijke of draagkrachtige motivering: wanneer de motivering niet kenbaar is, kan niet worden beoordeeld of deze deugdelijk is. Zoals hierna zal blijken, is het niet altijd eenvoudig (en nodig) om de eisen van een kenbare en een deugdelijke motivering scherp te onderscheiden.

De eis van een kenbare motivering vervult verschillende functies. Van Male heeft reeds in 1988 drie verschillende functies onderscheiden die anno 2022 nog steeds onverkort relevant zijn, namelijk een rationaliseringsfunctie voor het bestuur, een

199 Art. 3.3a Woo.
200 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 75.
201 Art. 2.4 lid 3 Woo vereist dat documenten bij voorkeur beschikbaar worden gesteld in elektronische vorm, in een machinaal leesbaar open formaat, samen met de metadata.
202 Een aardig voorbeeld hiervan betreft Rb. Den Haag 27 augustus 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:8907, waarin de in de gemeentelijke verordening vastgestelde looptijd van vijf jaar onverbindend werd verklaard, waarbij mede een rol leek te spelen dat in andere gemeenten een vergunningsduur van tien tot vijftien jaar werd gehanteerd.
203 Art. 3:46 Awb.

aanvaardingsfunctie voor de betrokkene en een rechtsbeschermingsfunctie, omdat de bestuursrechter de motivering van het besluit kan beoordelen:

> 'In de regel dat een bestuursbeslissing kenbaar gemotiveerd moet worden (het formele motiveringsbeginsel) is een belangrijke waarborg gelegen. Het op schrift stellen van de redengeving dwingt het bestuursorgaan zijn gedachten te ordenen, Voorts draagt het kenbaar zijn van gronden met overtuigingskracht bij aan de aanvaarding van bestuursbesluiten, waardoor onnodige beroepen worden bespaard. Tenslotte wordt ermee bereikt dat appellanten niet in hun beroepsrechten worden gekort.'[204]

Dezelfde drie functies noemt Snellen in zijn VAR-preadvies uit 1993 onder toevoeging van de vierde functie dat derden de juridische en feitelijke gronden van een beslissing kunnen nagaan ('bewijsfunctie'):

> 'Aan de verantwoording van een beschikking door middel van een expliciete motivering kan men een viertal functies toekennen. In de eerste plaats een rechtsbeschermingsfunctie. De adressant kan de eigen rechten behartigen omdat duidelijk is op welke feitelijke en rechtsgronden de overheid haar beschikking baseert. In de tweede plaats een satisfactiefunctie. De betrokken burger kan een duidelijk en plausibel gemaakte beschikking gemakkelijker accepteren. In de derde plaats een zelfcontrolefunctie. De beschikkende overheid wordt door redelijke motieven aan te voeren tot redelijkheid in haar beschikkingen genoopt. En tenslotte een bewijsfunctie. Ook derden kunnen de redelijkheid van de aangevoerde juridische en feitelijke gronden nagaan.'[205]

Die derden kunnen uiteraard als belanghebbenden betrokken zijn in de besluitvormingsprocedure, maar de algemene bewoordingen van deze vierde functie sluiten niet uit dat derden, ongeacht of ze belanghebbenden zijn, ook buiten die specifieke besluitvormingsprocedure (en hun eventuele deelname daaraan) inzicht willen verkrijgen in het *waarom* van een bepaalde beslissing.

De Awb geeft aan de eis van een kenbare motivering invulling door te bepalen dat de motivering moet worden vermeld bij de *bekendmaking* van het besluit.[206] Indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat, kan vermelding van de motivering achterwege blijven. Toch moet ook in dat geval een motivering 'achter de hand' worden gehouden, aangezien de motivering alsnog zo spoedig mogelijk moet worden verstrekt wanneer een *belanghebbende* binnen een redelijke termijn om de motivering verzoekt.[207]

---

204 Van Male 1988, p. 76. Zie ook Van Male 2007, par. 3, die in de loop der tijd een verschuiving ten aanzien van die rechtsbescherming constateert: de motivering van het besluit is geworden tot een standpuntbepaling van het bestuursorgaan over feitenvaststelling, rechtsuitleg en kwalificatie, die slechts wordt beoordeeld voor zover de belanghebbende de standpuntbepaling van het bestuur gemotiveerd heeft bestreden.

205 Snellen 1993, p. 77.

206 Art. 3:47 lid 1 Awb.

207 Art. 3:48 Awb.

Bij de totstandkoming van de Awb is nadrukkelijk in het midden gelaten of de motivering van een besluit moet worden beschouwd als een onlosmakelijk onderdeel van dat besluit.[208] Aangezien in bepaalde gevallen een motivering achterwege kan blijven, zal een besluit niet altijd zelf een motivering bevatten. Voor belanghebbenden maakt dit verder niet uit, aangezien zij linksom of rechtsom kennis moeten kunnen nemen van de aan de beschikking ten grondslag gelegde motivering. Daarentegen is voor openbaarmaking van beschikkingen wel van belang of de motivering daadwerkelijk deel uitmaakt van de beschikking. Als de beschikking geen motivering bevat,[209] blijft bij openbaarmaking van een beschikking verborgen *waarom* de betreffende beschikking is gegeven en kunnen (bepaalde) derden de redenen van deze beschikking niet nagaan. Met verplichte openbaarmaking van beschikkingen op grond van de Woo is dus richting eenieder wel sprake van *data transparency*, maar niet van *reasoned transparency*.

Over de inrichting van de motivering vermeldt de Awb vrijwel niets. De enige expliciete eis die de Awb bevat, is dat zo mogelijk wordt vermeld krachtens welk wettelijk voorschrift het besluit wordt genomen.[210] Voor het overige bevat de Awb geen algemene regels over de gedetailleerdheid van de motivering. Die zal volgens de wetsgeschiedenis uiteen kunnen lopen al naar gelang het type beschikking, de desbetreffende belanghebbende of het bestuursorgaan.[211]

> Een enkele keer wordt in bijzondere wetgeving meer houvast geboden ten aanzien van de inrichting en de gedetailleerdheid van de motivering. Zo is in het aanbestedingsrecht vereist dat de (schriftelijke) mededeling van de zogeheten gunningsbeslissing[212] aan iedere betrokken inschrijver of betrokken gegadigde de relevante redenen voor die beslissing bevat, waaronder in ieder geval wordt verstaan de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde.[213]

---

208 Zie *PG Awb I*, p. 271: 'Daarbij kan in het midden worden gelaten of deze vermelding deel uitmaakt van de beschikking zelf of op een andere wijze bij de bekendmaking wordt verstrekt, maar van belang is dat de belanghebbende met het oog op zijn bezwaar- en beroepsmogelijkheden kennis kan nemen van de aan de beschikking ten grondslag gelegde motivering.'

209 Juist omdat enkel 'positieve' beschikkingen openbaar moeten worden gemaakt, ligt voor de hand dat die minder vaak een motivering zullen bevatten.

210 Art. 3:47 lid 2 Awb. Wanneer een besluit niet berust op een wettelijke grondslag (bijv. een buitenwettelijke subsidie), kan aan deze eis uiteraard niet worden voldaan.

211 *PG Awb III*, p. 154: 'De motivering dient aan redelijke eisen dient te voldoen, mede rekening houdend met het belang dat de betrokken burgers bij de motivering hebben. Uit de aard der zaak zal de motivering van een besluit van algemene strekking doorgaans een globaler karakter hebben dan de motivering van een individuele beschikking.'

212 De gunningsbeslissing betreft 'de keuze van de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf voor de ondernemer met wie hij voornemens is de overeenkomst waarop de procedure betrekking had te sluiten, waaronder mede wordt verstaan de keuze om geen overeenkomst te sluiten' (art. 1.1 Aanbestedingswet 2012).

213 Art. 2.130 lid 1 en 2 Aanbestedingswet 2012. Overigens lijkt deze uitwerking nog steeds onvoldoende houvast te bieden, aangezien een voorstel tot aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 wordt voorbereid. Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21, p. 8.

Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever twee verschillende aspecten onder de eis van een kenbare motivering heeft willen scharen: ten eerste moet het bestuur inzicht verschaffen in de door hem gevolgde gedachtegang en ten tweede moet de vermelding van de motivering op zodanige wijze geschieden dat zij voor de desbetreffende belanghebbende *redelijkerwijs begrijpelijk* is.[214] Wat betreft het eerste aspect wijst de wetsgeschiedenis op de noodzaak van een *volledige* motivering: het bestuur verschaft geen inzicht in de door hem gevolgde gedachtegang wanneer de motivering niet volledig is. Een motivering is bijvoorbeeld onvolledig (en daarmee niet volledig kenbaar) indien wordt volstaan met een aantal algemene overwegingen zonder dat wordt aangegeven in hoeverre er sprake is van specifieke omstandigheden of wanneer wordt verwezen naar beleid zonder acht te slaan op specifieke omstandigheden.[215] Het tweede aspect van een 'voor de desbetreffende belanghebbende redelijkerwijs begrijpelijke' motivering is in de wetsgeschiedenis minder uitgewerkt, maar suggereert in elk geval een zeker maatwerk in de motivering van een besluit: wat een begrijpelijke motivering is voor de ene partij, hoeft geen begrijpelijke motivering te zijn voor de andere partij:

> 'Dat betekent enerzijds dat het bestuur des te zorgvuldiger in de vermelding van de motivering zal moeten zijn naarmate de betrokken belanghebbende minder goed op de hoogte is van het desbetreffende beleidsterrein en het van toepassing zijnde recht. Anderzijds zal het bestuur met een soberder aanduiding mogen volstaan als de beschikking gericht is tot een zeer goed in de materie ingevoerde belanghebbende, en de beschikking geen andere belanghebbenden kent.'[216]

Het verwijzen in (de motivering van) een besluit naar andere toegankelijke documenten kan blijkens de wetsgeschiedenis ook de functie hebben van kenbaar motiveren. De algemene voorwaarde daarbij is dat de verwijzing voldoende concreet is, de publicatie voldoende toegankelijk is en de motivering voor de belanghebbende inzichtelijk blijft.[217] De Awb zelf bevat twee concrete uitwerkingen hiervan. Ten eerste kan ter motivering van een besluit (of een onderdeel daarvan) worden volstaan met een verwijzing naar een met het oog daarop uitgebracht advies, indien het advies zelf de motivering bevat en van het advies kennis is of wordt gegeven.[218] In de tweede plaats kan ter motivering van een besluit worden volstaan met verwijzing naar een vaste gedragslijn, mits deze gedragslijn is neergelegd in een beleidsregel.[219]

---

214 *PG Awb I*, p. 271. Deze eis van begrijpelijkheid komt soms ook terug in de rechtspraak. Zie bijvoorbeeld ABRvS 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2703 ('een kenbare en begrijpelijke motivering').

215 *PG Awb I*, p. 271. Zie in de jurisprudentie nadien bijvoorbeeld ABRvS 18 augustus 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AQ6993. Overigens bespreekt Van Male 1988, p. 78, de eis dat de motivering toegesneden moet zijn op het concrete geval juist in de context van een draagkrachtige motivering.

216 *PG Awb I*, p. 271.

217 *PG Awb I*, p. 268.

218 Art. 3:49 Awb.

219 Art. 4:82 Awb. Een beleidsregel moet immers worden bekendgemaakt (afdeling 3.6 Awb) en gemotiveerd (afdeling 3.7 Awb).

Hoewel besluiten regelmatig sneuvelen op een motiveringsgebrek, zijn bij mijn weten in de bestuursrechtspraak weinig algemene lijnen uitgezet ten aanzien van de motivering van beschikkingen. Dat hangt ongetwijfeld samen met de omstandigheid dat motiveren neerkomt op maatwerk.[220] Een uitzondering hierop betreft de *Holland Opera*-uitspraak, waarin de Afdeling in de context van een tendersysteem de eis van een 'vergelijkende motivering' ontwikkelt:

> 'Daarbij is van belang dat ingevolge artikel 3:46 van de Awb het besluit waarbij de eigen aanvraag is afgewezen dient te berusten op een deugdelijke motivering. Dit houdt in dat, naast inzicht in de beoordeling van de eigen aanvraag, tevens inzicht moet worden verschaft in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen. Omdat de rangorde mede wordt bepaald door de beoordeling van andere aanvragen, betekent dit dat de motivering van de afwijzing van de eigen aanvraag ook inzicht moet verschaffen in de beoordelingen van de aanvragen die hoger in de rangorde zijn geëindigd.'[221]

Hoewel de Afdeling deze eis van een vergelijkende motivering plaatst in de sleutel van een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb), lijkt zij eerst en vooral samen te hangen met het aspect van een *volledige* motivering: een motivering die alleen inzicht verschaft in de beoordeling van de eigen aanvraag, maar niet in de beoordeling van andere 'concurrerende' aanvragen, is onvolledig. In aanvulling hierop vereist het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat een advies niet alleen inzicht moet bieden in de totstandkoming van de rangschikking van de aanvragen, maar juist ook in de overwegingen die hebben geleid tot het oordeel over de betrokken aanvraag. Die passende verantwoording ontbreekt in elk geval indien een toelichting op de gemiddelde score ontbreekt en eveneens een overzicht van de scores van de individuele leden van de adviescommissie.[222] Hoewel ook bij het College het besluit uiteindelijk strandt op de eis van een deugdelijke motivering, is hier wederom het voornaamste probleem dat de motivering te weinig informatie bevat en dus onvolledig is om als deugdelijk te kunnen worden aangemerkt.

> Een voorbeeld van een vergelijkende beoordeling buiten de context van schaarse publieke rechten betreft de taxatie van onroerende zaken. Het taxatierapport vermeldt weliswaar drie vergelijkbare woningen ('referentieobjecten'), maar merkt daarbij tegelijk op dat de WOZ-waarde is vastgesteld op basis van 'modelmatige waardebepaling'. Dit betekent dat voor de vaststelling van de waarde van de getaxeerde woning gebruik is gemaakt van de waarde van alle woningen waarvan een verkoopprijs beschikbaar is.[223]

220 Schlössels & Zijlstra 2017, p. 382.

221 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (*Holland Opera*), r.o. 5.5. De jurisprudentielijn is inmiddels ook toegepast op schaarse vergunningen. Zie ABRvS 8 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1597, *AB* 2020/411, m.nt. C.J. Wolswinkel.

222 CBb 14 juni 2017, ECLI:NL:CBB:2017:240, *AB* 2018/59, m.nt. E.M.J. Hardy.

223 Zie bijlage 4 'Model taxatieverslag woningen' bij de Uitvoeringsregeling instructie waardebepaling Wet waardering onroerende zaken. Zie over deze praktijk van waardebepaling ook Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 179-180.

De eis van een kenbare motivering van de beschikking is een vorm van ex post *reasoned transparency*: zij licht toe waarom een bepaalde beslissing is genomen. Alleen belanghebbenden kunnen aanspraak maken op toegang tot de motivering van de beschikking; openbaarmaking van de beschikking impliceert nog geen openbaarmaking van de motivering van die beschikking voor eenieder.

3.4.3 Toegang tot het dossier

Een besluit moet weliswaar vergezeld gaan van een (deugdelijke) motivering, maar dat betekent niet dat daarmee toegang wordt verkregen tot alle stukken die in het kader van de besluitvorming zijn gehanteerd. Nu zou kunnen worden betoogd dat dit ook niet nodig is, omdat de motivering al de noodzakelijke uitleg (het *waarom*) van de beslissing bevat. Toegang tot het besluitvormingsdossier in de vorm van de 'op de zaak betrekking hebbende stukken' is daarom eerder een vorm van *process transparency* dan van *reasoned transparency*, omdat hieruit met name kan worden afgeleid *hoe* het besluitvormingsproces is verlopen.

Waarom/wat? Het doel van het recht op toegang tot het besluitvormingsdossier[224] is te waarborgen dat een geschil over een door een bestuursorgaan genomen besluit wordt beslecht op basis van alle relevante feitelijke gegevens die het bestuursorgaan ter beschikking staan, zodat de belanghebbende zich daarover kan uitlaten en de rechter (of het bestuursorgaan in bezwaar) daarmee bij zijn beoordeling rekening kan houden.[225] Tot de op de zaak betrekking hebbende stukken behoren daarom niet alleen de stukken die het bestuursorgaan daadwerkelijk heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit, maar ook stukken die het bestuursorgaan ter beschikking staan of hebben gestaan zonder dat het deze stukken heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit, *mits* deze stukken van belang kunnen zijn voor de beslechting van de (nog) bestaande geschilpunten.[226] Deze laatste beperking brengt mee dat de verzameling van de op de zaak betrekking hebbende stukken over de tijd heen kan wijzigen, zodat sprake is van een dynamisch besluitvormingsdossier.[227]

Wat/waar? Gelet op het doel van deze transparantieverplichting is zij niet beperkt tot op papier vastgelegde gegevens, maar ook van toepassing op in elektronische vorm vastgelegde gegevens, zoals grafische weergaven en afbeeldingen, die – op papier of in andere vorm – leesbaar of anderszins waarneembaar kunnen worden gemaakt. Daarentegen zijn softwareprogramma's en andere elektronische systemen voor gegevensverwerking[228] in beginsel geen op de zaak betrekking hebbende

224 Dit recht is neergelegd in art. 7:4 Awb voor zover het gaat om de bezwaarprocedure bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen.

225 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.1.

226 Zie HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.2. Zie nader over de betekenis van dit arrest voor het bestuursrecht als geheel par. 2 van het VAR-preadvies van Bontje en Pietermaat.

227 Uit HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.2, blijkt dat deze verzameling tijdens de procedure kan groeien, aangezien de verplichting van het bestuursorgaan ook geldt voor stukken die eerst in (hoger) beroep ter beschikking van het bestuursorgaan zijn gekomen.

228 De Hoge Raad spreekt over opslag, bewerking, verwerking of beheer van gegevens (HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.3).

gegevens.[229] Voor zover die systemen gegevens bevatten die van belang en raadpleegbaar zijn met het oog op de aan de orde zijnde zaak, vormen enkel deze gegevens (en dus niet de databases als zodanig) het op de zaak betrekking hebbende 'stuk', dat in de vorm van een afdruk of op een andere geschikte wijze ter beschikking moet worden gesteld.[230]

In het verlengde van de eis van een vergelijkende motivering heeft de Afdeling de afbakening van de op de zaak betrekking hebbende stukken enigszins opgerekt in de context van competitieve besluitvorming. Zij overweegt in dit verband:

> '(...) dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en dientengevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de *totstandkoming* van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage worden gelegd.'[231]

In termen van transparantie verbindt de Afdeling in deze *Holland Opera*-uitspraak *reasoned transparency* (de motivering) met *process transparency* (toegang tot het besluitvormingsdossier) en *data transparency* (toegang tot de aanvragen). Volgens de Afdeling vallen onder de op de zaak betrekking hebbende stukken niet alleen de adviezen van de adviescommissie over de concurrerende aanvragen, maar ook deze concurrerende aanvragen zelf. Voor zover concurrentiegevoelige overwegingen zich zouden verzetten tegen verstrekking van bepaalde informatie, bestaat de mogelijkheid om inzage achterwege te laten als geheimhouding om gewichtige redenen geboden is.[232] Die mogelijkheid ontbreekt echter sowieso als de Woo tot openbaarmaking van die informatie verplicht.[233]

Hoe? De verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken beschikbaar te stellen, is in de Awb vormgegeven als een actieve informatieverplichting van het bestuur. Deze actieve verplichting is in de rechtspraak aangevuld met een *passieve*

---

229 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.3.

230 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.4. Deze benadering, waarbij databases niet zonder meer op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, contrasteert met de benadering voor andere stukken, namelijk dat een stuk *als geheel* een op de zaak betrekking hebbend stuk is zodra het stuk passages bevat die op de zaak betrekking hebben (HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.2). Daarom benadrukt de Hoge Raad dat deze benadering enkel ziet op systematische gegevensverzamelingen; een in een computersysteem opgeslagen tekstbestand – zoals een brief of een rapport – moet in zijn geheel als één stuk worden aangemerkt.

231 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (*Holland Opera*), r.o. 6.1.

232 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258 (*Holland Opera*), r.o. 6.2 met verwijzing naar art. 7:4 lid 6 Awb.

233 Art. 7:4 lid 7 Awb. Zie in die zin ook ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:646.

informatieverplichting: het bestuur moet in beginsel tegemoetkomen aan een verzoek van een belanghebbende tot overlegging van een bepaald stuk indien deze voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat dit stuk van enig belang kan zijn (geweest) voor de besluitvorming in zijn zaak.[234]

Wanneer? Het recht op toegang tot het besluitvormingsdossier ontstaat in de systematiek van de Awb pas nadat een belanghebbende bezwaar heeft ingesteld.[235] De vraag is of dit niet te laat is, mede gelet op de eerder genoemde aanvaardings- of satisfactiefunctie die aan de kenbaarheid van de motivering van een besluit wordt toegekend. Juist waar de motivering van het besluit en toegang tot het besluitvormingsdossier als communicerende vaten fungeren (een summiere toelichting vraagt wellicht om meer toegang tot de stukken), zou een belanghebbende ook tijdig kennis moeten kunnen nemen van het achterliggende dossier om (de motivering van) het besluit beter te begrijpen (en al dan niet te aanvaarden). Dit zou ervoor pleiten om reeds bij de bekendmaking van het besluit de belanghebbende te informeren over (de mogelijkheid van) toegang tot op de zaak betrekking hebbende stukken, zoals hij ook door middel van de rechtsmiddelenclausule wordt geïnformeerd over de mogelijkheid om bezwaar of beroep in te stellen.[236] Feitelijk is de hiervoor besproken uniforme openbare voorbereidingsprocedure een voorbeeld waarbij het moment van inzage in de 'op de zaak betrekking hebbende stukken' naar voren wordt gehaald. Wanneer het moment van toegang tot het dossier naar voren wordt gehaald, heeft dit wel tot gevolg dat de omvang van het dossier zo ruim mogelijk moet worden opgevat. Met andere woorden: de beperking in de jurisprudentie dat op de zaak betrekking hebbende stukken steeds van belang moeten kunnen zijn voor de beslechting van de (nog) bestaande geschilpunten, valt weg, omdat op het moment van bekendmaking van het besluit de eventuele geschilpunten nog niet bekend zijn. Deze handelwijze kan uiteraard nog verder naar voren worden gehaald, waarbij het besluitvormingsdossier een dynamisch bestand wordt dat tijdens het besluitvormingsproces toegankelijk is en voortdurend kan worden aangevuld met nieuwe documenten.[237] Een dergelijke dynamische benadering van besluitvorming stelt niet alleen eisen aan de inrichting van openbaarmakingsprocessen,[238] maar ook aan de inrichting van dossiervormingsprocessen.[239]

Voor wie? Toegang tot het besluitvormingsdossier vormt een recht dat toekomt aan belanghebbenden. Daarmee zijn documenten in het kader van bestuurlijke besluitvorming dus niet automatisch openbaar voor eenieder. Toch wordt de Wet openbaarheid van bestuur regelmatig ingezet als een instrument om toegang te

234 Zie onder meer HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BA3823, r.o. 3.5.2 en HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:874, r.o. 2.3.2.

235 Art. 7:4 lid 2 Awb.

236 Art. 3:45 Awb.

237 Bepaalde overwegingen, zoals het belang van toezicht, kunnen zich dan uiteraard alsnog verzetten tegen *real-time* transparantie, zoals ook het geval is bij de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (art. 3:11 lid 2 Awb).

238 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 54.

239 Dit geldt zelfs indien de voorbereiding niet resulteert in een besluit.

krijgen tot (nadere) informatie over bestuurlijke besluitvorming. Dat is op zich niet uitgesloten, aangezien de Awb ten opzichte van de Woo (en voorheen de Wob) geen bijzonder openbaarmakingsregime inhoudt. Als gevolg hiervan kan aan een belanghebbende niet op grond van zijn betrokkenheid in een procedure tegen de overheid het recht worden ontzegd op kennisneming van gegevens die voor andere burgers openbaar zijn.[240] Wel kan juist een dergelijke belanghebbende worden tegengeworpen dat hij op grond van de Awb toegang kan verkrijgen of had kunnen verkrijgen tot het besluitvormingsdossier. Zo heeft de Afdeling inmiddels bepaald dat in beginsel misbruik van de Wob wordt gemaakt indien het doel van een verzoek om informatie over een verkeersboete redelijkerwijs slechts gelegen kan zijn in het aanvechten van die verkeersboete. Die informatie kan immers worden verkregen binnen het kader van een tegen de verkeersboete ingestelde procedure, zodat geen afzonderlijk verzoek op grond van de Wob hoeft te worden gedaan.[241] Toch wordt in de bestuursrechtspraak niet zonder meer aangenomen dat sprake is van misbruik van recht zodra een Wob-verzoek betrekking heeft op informatie over bestuurlijke besluitvorming: als er geen concrete indicaties zijn dat met het Wob-verzoek iets anders wordt beoogd dan openbaarmaking, dan is niet relevant of diezelfde informatie ook op grond van artikel 7:4 Awb had kunnen worden verkregen door een belanghebbende in de besluitvormingsprocedure.[242] Omgekeerd is het mogelijk om een informatieverzoek niet te beschouwen als een Wob-verzoek als het belang van verzoeker bij kennisneming van de informatie redelijkerwijs slechts gelegen kan zijn in het aanvechten van bepaalde besluiten en niet in het voor eenieder openbaar laten worden van de verzochte informatie.[243]

Interessant is in dit verband dat artikel 5.5 van de Wet open overheid in aanvulling op het algemene openbaarmakingsregime een nieuw, selectief 'openbaarmakingsregime' introduceert waarbij het bestuursorgaan een natuurlijke of rechtspersoon op diens verzoek de op de verzoeker betrekking hebbende in documenten neergelegde informatie verstrekt.[244] Deze bepaling is nadrukkelijk bedoeld als een vangnetbepaling in aanvulling op andere wettelijke waarborgen, zoals het inzagerecht van de AVG en het hiervoor besproken recht op toegang tot op de zaak betrekking hebbende stukken.

> Ten opzichte van het inzagerecht van artikel 15 AVG is de vangnetbepaling van artikel 5.5 Woo in die zin ruimer dat zij ook betrekking heeft op rechtspersonen en niet beperkt is tot persoonsgegevens, die naar hun aard slechts betrekking hebben op natuurlijke personen. Bovendien heeft het inzagerecht van de AVG slechts betrekking

240 Daalder 2015, p. 501-502, met verwijzing naar ABRvS 26 juli 1999, *JB* 1999/226.

241 ABRvS 20 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3482, *AB* 2018/149, m.nt. E.C. Pietermaat. Bij verkeersboetes is overigens sprake van administratief beroep, zodat art. 7:18 Awb van toepassing is in plaats van art. 7:4 Awb.

242 ABRvS 11 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4173, *AB* 2020/262, m.nt. A. Drahmann (*speelautomatenhal Leusden*)

243 ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3415.

244 De term 'openbaarmaking' is hier dus enigszins misplaatst, omdat de informatie niet voor eenieder beschikbaar is, maar enkel voor de verzoeker.

op bepaalde, in artikel 15 AVG gespecificeerde informatie over de verwerking van persoonsgegevens, terwijl de vangnetbepaling uit de Woo voorziet in een (algemeen) recht op toegang tot (bestuurlijke) documenten die op de verzoeker betrekking hebben.[245] Specifiek in de context van bestuurlijke besluitvorming heeft de Afdeling al eerder duidelijk gemaakt dat het inzagerecht van artikel 15 AVG (voorheen artikel 35 Wet bescherming persoonsgegevens) niet tot doel heeft de toegang tot bestuurlijke documenten te verzekeren.[246] Het doel van artikel 15 AVG is (enkel) dat betrokkene zich van de verwerking van persoonsgegevens op de hoogte kan stellen en de rechtmatigheid daarvan kan controleren. Toegang tot het verstrekken van informatie die betrekking heeft op de verzoeker, is dus niet gegarandeerd onder de AVG.[247]

De verplichting tot 'selectieve' informatieverstrekking op grond van artikel 5.5 Woo is overigens niet absoluut of onbegrensd, aangezien het belang van verstrekking aan verzoeker moet worden afgewogen tegen belangen die zich kunnen verzetten tegen deze (selectieve) informatieverstrekking. Bovendien moet de verzoeker bij zijn verzoek de aangelegenheid of het daarop betrekking hebbende document vermelden, waarover hij informatie wenst te ontvangen.[248]

In aanvulling hierop bevat artikel 5.6 Woo een eveneens als uitzonderlijk bedoeld selectief openbaarmakingsregime: het bestuursorgaan kan, indien bepaalde informatie niet voor eenieder openbaar gemaakt kan worden, besluiten de informatie uitsluitend aan de verzoeker te verstrekken, indien er klemmende redenen zijn om de verzoeker ondanks de toepasselijke weigeringsronden de gevraagde informatie niet te onthouden. Volgens de memorie van toelichting wordt met de term 'klemmende redenen' aangegeven dat slechts om zwaarwegende redenen tot verstrekking van de gevraagde gegevens moet worden overgegaan. Een dergelijke (uitzonderlijke) situatie kan aan de orde zijn wanneer blijkt dat het achterwege blijven van openbaarmaking van informatie voor een bepaald individu onevenredig nadelig blijkt te zijn.[249] Ook deze uitzondering zou in bepaalde gevallen kunnen worden ingezet in de context van bestuurlijke besluitvorming, hoewel dat niet direct voor de hand ligt, gelet op het aanvullende karakter van artikel 5.6 Woo ten opzichte van andere transparantiewaarborgen.

---

245 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 113-114.

246 ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:452: 'De verplichting een "kopie van de persoonsgegevens" te verstrekken op grond van artikel 15, derde lid, van de AVG, betekent dus niet dat een bestuursorgaan verplicht is een kopie te verstrekken van de documenten waarin die persoonsgegevens voorkomen. Een bestuursorgaan mag dat doen, maar het mag ook voor een andere vorm kiezen waarin de kopie van de persoonsgegevens wordt verstrekt, mits met de gekozen wijze van verstrekking maar aan het doel van artikel 15, derde lid, van de AVG wordt voldaan.'

247 Zie ook *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 114.

248 Zie de tweede volzin van art. 5.5 lid 1 Woo.

249 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, N, p. 115. Zie in dit verband ook HvJ EG 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:443 (*Queen/Fisher*). In deze zaak zou een partij pas op een later moment, namelijk in het kader van een beroepsprocedure, bepaalde informatie kunnen verkrijgen, terwijl die al wel bij het bestuursorgaan berustte. Buijze 2013, p. 254-255, bespreekt dit arrest om te laten zien dat het transparantiebeginsel als vangnet kan fungeren als openbaarheidswetgeving geen uitkomst biedt.

3.4 Slot: een *rule-based* standaard?

De vraag welke transparantiewaarborgen het bestuursrecht momenteel bevat ten aanzien van bestuurlijke besluitvorming, laat zich niet beknopt beantwoorden, aangezien deze waarborgen onder verschillende benamingen (bekendmaking, openbaarmaking, mededeling, kennisgeving, enz.) verspreid zijn over verschillende wetgeving. Daarom volstaan hier enkele algemenere observaties ten aanzien van de verschillende dimensies van transparantie bij bestuurlijke besluitvorming.

Waarom? Transparantieverplichtingen die specifiek verband houden met bestuurlijke besluitvorming, zijn primair gericht op de bescherming van de rechten van belanghebbenden in het besluitvormingsproces. Daarnaast brengt het streven van openbaarheidswetgeving 'naar een goed en democratisch bestuur' mee dat informatie over bestuurlijke besluitvorming ook aan anderen wordt verstrekt. Een relatief nieuwe loot aan de stam vormt het (zelfstandige) belang van de bescherming van persoonsgegevens (AVG) en het belang van hergebruik van overheidsinformatie als 'open data'. Daarnaast lijken bepaalde transparantieverplichtingen zich buiten de wettelijke kaders om te ontwikkelen, bijvoorbeeld teneinde gelijke kansen in een competitief besluitvormingsproces te verzekeren.

Wat? Het bestuursrecht kent een nauwkeurig uitgewerkt systeem van *data transparency*, waarbij de uitkomst van het besluitvormingsproces wordt gecommuniceerd (outputtransparantie). Daarbij geldt voor besluiten van algemene strekking dat algemene toegankelijkheid hiervan voor eenieder verzekerd is door elektronische publicatie op een specifieke internetlocatie. Voor beschikkingen is echter ook een tendens in die richting van bredere beschikbaarstelling zichtbaar, omdat de Wet open overheid voorziet in de verplichte openbaarmaking van (bepaalde) beschikkingen. Wat betreft transparantie van de motivering (*reasoned transparency* ten aanzien van de motivering) en het besluitvormingsproces (*process transparency* ten aanzien van de op de zaak betrekking hebbende stukken) is het bestuursrecht veel minder expliciet en gedetailleerd.

Voor wie? De bestuursrechtelijke tweedeling tussen bekendmaking (en mededeling) enerzijds en openbaarmaking anderzijds heeft gevolgen voor de primaire doelgroep van de transparantieverplichtingen: slechts een belanghebbende of eenieder. Toch vertonen deze twee doelgroepen in toenemende mate overlap. Zo bevat de Woo inmiddels ook een regime voor 'selectieve openbaarmaking'. Omgekeerd is de Awb-regeling van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure weliswaar erop gericht belanghebbenden in staat te stellen hun zienswijze op een ontwerpbesluit naar voren te brengen, maar heeft de verplichting tot elektronische beschikbaarstelling van het ontwerpbesluit en de op de zaak betrekking hebbende stukken feitelijk tot gevolg dat deze informatie voor eenieder beschikbaar is.

Wanneer? Het zwaartepunt van de transparantieverplichtingen bij bestuurlijke besluitvorming ligt aan het einde van het besluitvormingstraject met de bekendmaking van het besluit en de vermelding van de bijbehorende motivering (en zelfs daarna in geval van toegang tot op de zaak betrekking hebbende stukken). Mede

onder invloed van de AVG is echter een tendens zichtbaar waarbij het moment naar voren wordt gehaald waarop informatie wordt verstrekt over het besluitvormingsproces. In geval van de AVG is dat aan de orde omdat informatie over de verwerking van persoonsgegevens sowieso moet worden verstrekt, ongeacht of en wanneer uiteindelijk een besluit wordt genomen. Maar ook daarbuiten kan aanleiding bestaan om het moment van transparantie naar voren te halen, bijvoorbeeld bij het inzage bieden in het besluitvormingsdossier voorafgaand aan het instellen van bezwaar.

Waar? In toenemende mate wordt voor de beschikbaarstelling van overheidsinformatie gebruik gemaakt van internet en daarbinnen van centrale, algemeen toegankelijke platforms. Hier dreigt het risico van een zekere versplintering, met aparte platforms voor de bekendmaking van besluiten van algemene strekking en voor de actieve openbaarmaking van andere documenten. De sterke oriëntatie op bekendmaking van besluiten in de Bekendmakingswet leidt er bovendien toe dat de openbaarmaking van deze documenten weliswaar uniform is geregeld, maar dat voor de openbaarmaking van andere documenten een mindere eenduidige structuur voorhanden is.

Hoe? Tot slot is bij de meeste vormen van transparantie bij bestuurlijke besluitvorming sprake van een zekere wisselwerking tussen actieve en passieve informatieverstrekking. Enkel de bekendmaking van besluiten lijkt zich aan dit duale stelsel te onttrekken met een louter actieve informatieverplichting. Toegang tot de motivering of de op de zaak betrekking hebbende stukken begint weliswaar bij het bestuursorgaan, maar kan nader vorm krijgen op verzoek van betrokkenen.

Al met al heeft de bestuursrechtelijke standaard voor transparantie bij bestuurlijke besluitvorming op het eerste gezicht meer een *rule-based* dan een *case-based* karakter. Veel belang wordt toegekend aan de beschikbaarheid van algemene regels die op het individuele geval worden toegepast, zoals de bekendmaking van besluiten van algemene strekking. Bovendien zijn andere transparantiewaarborgen nadrukkelijk toegespitst op het individuele geval dat voorligt, zoals de informatieverplichting in het kader van de verwerking van persoonsgegevens. Ook toegang tot het besluitvormingsdossier in de zin van 'op de zaak betrekking hebbende stukken' lijkt zich te richten op het individuele geval ('de zaak'). Toch is ook enige beweging in de richting van *case-based* transparantie zichtbaar, bijvoorbeeld met de ontwikkeling van de eis van een 'vergelijkende motivering' in de context van competitieve besluitvorming en de daarmee gepaard gaande uitbreiding van op de zaak betrekking hebbende stukken tot concurrerende aanvragen. De vraag is nu of en hoe die (dynamische) bestuursrechtelijke standaard gestalte krijgt bij geautomatiseerde besluitvorming.

4 Bestuursrechtelijke transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming

4.1 Bestuursrechtelijke contouren

4.1.1 *De opkomst van een (nieuwe) transparantiestandaard*

Hoewel bestuurlijke besluitvorming in toenemende mate met behulp van computersystemen plaatsvindt, zijn specifieke transparantiewaarborgen bij geautomatiseerde besluitvorming afwezig in de Awb.[250] Dat betekent niet dat transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming niet op het netvlies van het bestuursrecht staat. Reeds in 1993 bracht Franken transparantie als een van de beginselen van behoorlijk IT-gebruik onder de aandacht van het bestuursrechtelijke publiek in de context van expertsystemen (dus de eerste generatie AI).[251] Richtinggevende jurisprudentie over transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming is echter lange tijd op één hand te tellen geweest.[252] Een witte raaf is in dit verband de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep over het zogeheten Claimbeoordelings- en Borgingssyssteem (CBBS), een geautomatiseerd systeem dat wordt gebruikt om te bepalen in welke mate iemand arbeidsongeschikt is. De Raad kwam reeds in 2004 tot het oordeel dat het gebruik van een dergelijk systeem ter ondersteuning van het besluitvormingsproces op zich aanvaardbaar is, maar dat het systeem wel moet voldoen aan eisen van 'transparantie, verifieerbaarheid en toetsbaarheid'.[253]

In 2017 gaat ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich actief bemoeien met de ontwikkeling van transparantieverplichtingen bij geautomatiseerde besluitvorming. Centraal in deze AERIUS-jurisprudentie staat het systeem AERIUS Calculator, dat in het kader van het Programma Aanpak Stikstof 2015-201 (PAS) door decentrale overheden (verplicht) wordt gebruikt bij het vaststellen van de

250 Zie ook Çapkurt & Schuurmans 2019, p. 256, over het gebrek aan aandacht in de Awb voor data. De AVG, die een ruimer bereik heeft dan bestuursorganen, wordt in dit verband niet als bestuursrechtelijke wetgeving beschouwd.

251 Franken 1993, p. 21-22 en 42-43.

252 Zo bespreekt Groothuis 2004, p. 44-49, slechts drie uitspraken die (indirect) kunnen worden gerelateerd aan geautomatiseerde besluitvorming.

253 Zie CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4716. Zie ook CRvB 12 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY9973 ('een voldoende mate van inzichtelijkheid en toetsbaarheid voor justitiabelen, rechtshulpverleners en de rechter'), en CRvB 20 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK5025 ('een toereikend niveau van transparantie, verifieerbaarheid en toetsbaarheid'). Zie over deze CBBS-jurisprudentie ook Van Eck 2018, p. 70, en Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 181-184.

mate van stikstofdepositie.[254] De Afdeling overweegt in dit verband in *AERIUS-I* als volgt:

> 'Voordeel van het PAS is dat de gevolgen van de maatregelen en de totale depositie van de economische ontwikkelingen integraal en in samenhang zijn beoordeeld. Daarnaast maakt het verplichte gebruik van AERIUS (...) deels geautomatiseerde en efficiënte besluitvorming mogelijk. Het PAS, de bijbehorende passende beoordeling en AERIUS brengen echter ook het risico met zich dat de deels geautomatiseerde besluitvorming op grond hiervan niet inzichtelijk en controleerbaar is vanwege een gebrek aan inzicht in de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames. Indien belanghebbenden rechtsmiddelen willen aanwenden tegen op het PAS gebaseerde besluiten kan daardoor een ongelijkwaardige procespositie van partijen ontstaan. Zij kunnen in geval van besluitvorming op basis van een programma dat vanuit hun perspectief is te beschouwen als een zogenoemde "black box" immers niet controleren op basis waarvan tot een bepaald besluit wordt gekomen.'[255]

De oplossing die de Afdeling introduceert ter voorkoming van deze ongelijkwaardige procespositie, is dat het bestuur[256] de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar moet 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 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.[257]

> Aanvankelijk werd AERIUS Calculator gedefinieerd als een rekeninstrument, bestaande uit een softwareprogamma en een handboek.[258] Dit handboek bestaat uit een verzameling van zogeheten 'factsheets', die 'technisch-inhoudelijke beschrijvingen' bevatten van de gehanteerde methodiek en de data.[259] Die modelmatige uitleg heeft echter niet kunnen verhinderen dat diverse keuzes, gegevens en aannames die ten grondslag liggen aan AERIUS, althans aan het PAS en de bijbehorende passende beoordeling, onvoldoende inzichtelijk zijn gemaakt.[260]

---

254 Zie inmiddels art. 2.1 Regeling natuurbescherming.

255 ABRvS 17 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259, *AB* 2017/313, m.nt. P. Mendelts, *AB Klassiek* 2022/42, m.nt. C.J. Wolswinkel (*AERIUS-I*), r.o. 14.3.

256 In *AERIUS-I* rustte deze verplichting overigens niet op het (provinciale) bestuursorgaan dat bevoegd was tot vergunningverlening, maar op de landelijke bestuursorganen die het PAS en AERIUS Calculator hadden ontwikkeld. Zie over die centraliseringstendens bij geautomatiseerde besluitvorming reeds Franken 1993, p. 42.

257 *AERIUS-I*, r.o. 14.4.

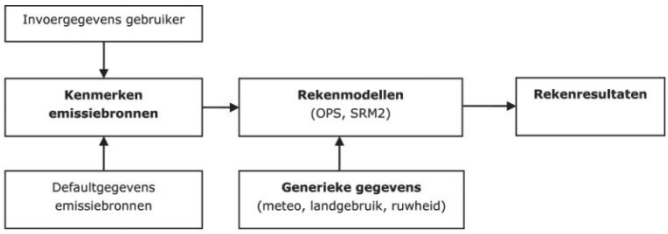
258 Zie art. 1 Regeling programmatische aanpak stikstof, zoals vervallen per 11 juli 2017. Inmiddels wordt in art. 1.1 Regeling natuurbescherming enkel verwezen naar 'het rekeninstrument'.

259 Zie ook *AERIUS-I*, r.o. 6.16.

260 *AERIUS-I*, r.o. 27 en 29.4.

In de *Blankenburg*-uitspraak[261] (in dit preadvies aangeduid als *AERIUS-II*) uit 2018 brengt de Afdeling – in eigen woorden – een 'verfijning' aan op dit toetsingskader door een onderscheid te introduceren tussen enerzijds maatwerkgegevens en anderzijds standaardgegevens.[262]

> Deze terminologie is specifiek ontleend aan de beschrijving van het systeem AERIUS Calculator, waarin een drietal soorten inputgegevens worden onderscheiden (invoergegevens gebruiker, standaardgegevens emissiebronnen en generieke gegevens) die in het rekenmodel worden ingevoerd (figuur 4).[263]



Figuur 4 AERIUS Calculator

Volgens de Afdeling moet het bestuursorgaan in zijn (ontwerp)besluit[264] niet alleen inzichtelijk maken wat de uitkomsten zijn van het onderzoek (lees: de output of de rekenresultaten), maar ook op welke maatwerkgegevens zijn besluit is gebaseerd (lees: de input).[265] Deze maatwerkgegevens ofwel de gegevens die de gebruiker van AERIUS Calculator zelf heeft ingevoerd (en die dus kunnen verschillen per besluit), moeten uit eigen beweging op papier of anderszins waarneembaar worden overgelegd als 'op de zaak betrekking hebbende' gegevens. Dit is volgens de Afdeling noodzakelijk zodat belanghebbenden kunnen bepalen of zij gebruik willen maken van de mogelijkheid om zienswijzen naar voren te brengen tegen het ontwerpbesluit of van het recht in beroep te gaan tegen het definitieve besluit, maar ook om de juistheid van de gebruikte gegevens, de gemaakte berekeningen en de daarop gebaseerde aannames, keuzes en beslissingen inhoudelijk te kunnen betwisten. De plicht om maatwerkgegevens uit eigen beweging over te leggen betekent echter niet dat de maatwerkgegevens zoals die zijn ingevoerd in het rekenmodel, direct volledig in of met het besluit moeten worden overgelegd of ter beschikking moeten worden

261 ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*AERIUS-II*).

262 De terminologie in *AERIUS-II* is niet altijd even consequent: maatwerkgegevens, maatwerk invoergegevens, standaardgegevens, standaard invoergegevens. Naar mijn mening volstaat een onderscheid tussen maatwerkgegevens en standaardgegevens. Maatwerkgegevens zijn per definitie inputgegevens ('maatwerkinvoergegevens'), standaardgegevens kunnen inputgegevens zijn ('standaardinvoergegevens'), maar ook beslisregels die op de inputgegevens worden toegepast ('rekenmodellen').

263 *Stcrt.* 2015, 18411.

264 Het tracébesluit dat centraal stond in *AERIUS-II*, was voorbereid met behulp van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure.

265 *AERIUS-II*, r.o. 23.3.

gesteld. In plaats daarvan is voldoende dat in of met het besluit duidelijk wordt gemaakt welke keuzes bij de invoer zijn gemaakt ten aanzien van de maatwerkgegevens. Alleen indien een belanghebbende behoefte heeft aan de maatwerkgegevens in de vorm zoals die zijn ingevoerd, moet het bestuursorgaan deze op verzoek ter beschikking stellen op papier of in andere leesbare of waarneembare vorm of de mogelijkheid bieden deze in te zien.[266]

Standaardgegevens (zoals standaardinvoergegevens en rekenmodellen) hoeven daarentegen niet uit eigen beweging te worden overgelegd door het bestuursorgaan. Enkel indien belanghebbenden behoefte hebben aan (informatie over) standaardgegevens die niet in of met het besluit inzichtelijk zijn gemaakt, moet het bestuursorgaan deze op verzoek ter beschikking stellen, wederom op papier of in andere leesbare of waarneembare vorm, of de mogelijkheid bieden deze in te zien. De Afdeling verwacht in dat verband van belanghebbenden dat zij hun verzoek om informatie en inzage in standaardgegevens (of maatwerkgegevens zoals die zijn ingevoerd) tijdig in de procedure doen en daarbij – zo mogelijk – aangeven welke specifieke gegevens het betreft, opdat het bestuursorgaan daarin zo gericht en duidelijk mogelijk inzage kan geven.[267] Daarmee komt de Afdeling dus deels terug van de verplichting tot *volledige* beschikbaarstelling uit eigen beweging uit *AERIUS-I*, hoewel zij in *AERIUS-II* in het midden laat of die standaardgegevens (anders dan de maatwerkgegevens) op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. De vraag die verder in *AERIUS-II* onbeantwoord is gebleven, is *waarom* het bestuur deze standaardgegevens niet uit eigen beweging hoeft over te leggen.[268]

Hoewel de aandacht voor dit toetsingskader van de Afdeling aanvankelijk beperkt leek,[269] is het inmiddels meer dan voldoende onder de aandacht van de bestuursrechtelijke gemeenschap gekomen. Daaraan heeft zeker ook bijgedragen dat de Hoge Raad deze jurisprudentielijn heeft overgenomen in WOZ-zaken en heeft uitgebreid tot volledig geautomatiseerde besluitvorming,[270] terwijl ook de Centrale Raad van Beroep deze (nieuwe) lijn inmiddels heeft verhouden tot zijn eerdere jurisprudentielijn over het geautomatiseerde systeem CBBS.[271] Een constante in deze jurispruden-

266 *AERIUS-II*, r.o. 23.4.

267 *AERIUS-II*, r.o. 23.5.

268 Uit het ongevraagde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State blijkt dat hiermee een balans is gezocht tussen transparantie en onevenredig zware bestuurslasten (Afdeling advisering Raad van State 2018, p. 7).

269 Hoewel de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak daags na de 'PAS-uitspraak' reeds wees op dit aspect tijdens de jaarvergadering van de VAR (zie VAR 2018, p. 75).

270 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *AB* 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch (grondstaffel). Dit arrest staat in het belastingrecht wel bekend als het 'black box'-arrest (zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 18 november 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4069).

271 CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB: 2019: 1737. Overigens laat de Raad in het midden of de AERIUS-standaard afwijkt van de standaard die de Centrale Raad van Beroep zelf had geformuleerd.

tie is dat, ongeacht de exacte bewoordingen, transparantie steeds als opmaat wordt gezien richting controle of toetsing.[272]

4.1.2 *De AERIUS-standaard als (algemene) transparantiestandaard?*

Juist omdat de AERIUS-standaard is omarmd door de andere hoogste bestuursrechters, is interessant om deze standaard te analyseren vanuit de verschillende dimensies van transparantie. Daarbij is sowieso opvallend dat de AERIUS-verplichting aanvankelijk in *AERIUS-I* als een buitenwettelijke verplichting tot ontwikkeling is gekomen, maar vervolgens in *AERIUS-II* is ingepast in de bestaande wettelijke regeling ten aanzien van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure en 'op de zaak betrekking hebbende stukken'.

Waarom? In 2017 heeft de Afdeling de verplichting tot volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling van keuzes, gegevens en aannames (hierna: de AERIUS-verplichting) nadrukkelijk geplaatst in de sleutel van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende beginsel van *equality of arms* door te verwijzen naar het voorkomen van een ongelijkwaardige procespositie.[273] In 2018 richt de Afdeling zich in *AERIUS-II* echter nadrukkelijker op het inzichtelijk maken van bepaalde gegevens 'in of met het besluit'. Die benadering sluit beter aan bij het vereiste van een kenbare motivering. Om die reden heeft het mijns inziens de voorkeur om dit toetsingskader in te bedden in het motiveringsbeginsel: het inzichtelijk maken van een besluit is een verplichting die op het bestuur rust, ongeacht het instellen van een rechtsmiddel.[274] De Raad van State laat overigens zelf ook doorschemeren dat de AERIUS-verplichting mogelijk ook kan worden ingebed 'in het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel en daaraan gerelateerd de eisen van transparantie en uitlegbaarheid'.[275]

Door wie? Hoewel voor de hand ligt dat de AERIUS-verplichting rust op het bestuursorgaan dat een besluit neemt met behulp van een geautomatiseerd systeem,[276] legt de Afdeling deze verplichting in *AERIUS-I* juist niet op dit bestuursorgaan, maar op de bestuursorganen die het systeem hebben ontworpen. Hier doet zich de centraliseringstendens voor die Franken reeds in 1993 voorspelde.[277] Daarnaast omzeilt de AERIUS-standaard (vooralsnog) de vraag of het bestuursorgaan verplicht is de broncode over te leggen indien die bij een andere instantie berust. De Hoge Raad handhaaft namelijk de vaste jurisprudentie dat de verplichting tot het ter inzage leggen van de op de zaak betrekking hebbende stukken zich niet kan uitstrekken tot

272 De zinsnede 'onvoldoende inzichtelijk en controleerbaar' komt niet alleen terug in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters, maar ook van de civiele rechter (*SyRI*, r.o. 6.86).

273 Zie ook nadrukkelijk Raad van State 2021, p. 74.

274 Zie ook Wolswinkel 2019, p. 779, De Poorter & Goossens 2019, p. 3308, en Adriaansz 2020a, p. 87.

275 Raad van State 2021, p. 74. Zie in dezelfde zin Raad van State 2021, p. 76: 'Deze informatieverplichting is door de Afdeling bestuursrechtspraak tot nu toe gebaseerd op het beginsel van de *equality of arms*. Mogelijk kan die verplichting bij gebreke aan een daartoe strekkende specifieke wettelijke regel ook worden gebaseerd op het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel.'

276 Zie HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, *AB* 2018/388, m.nt. P.A. Flutsch (grondstaffel).

277 Franken 1993, p. 42.

informatie die het bestuursorgaan zelf niet kan raadplegen (lees: software die bij een externe ontwikkelaar berust),[278] maar formuleert los daarvan – specifiek in de context van geautomatiseerde besluitvorming – de verplichting voor het bestuursorgaan om zorg te dragen voor de 'inzichtelijkheid en controleerbaarheid' van de in die context gemaakte keuzes, aannames en gegevens, ook indien die informatie (nog) niet is neergelegd in op de zaak betrekking hebbende stukken.[279] Daarmee lijkt niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen toch inzage in de broncode moet worden geboden, namelijk als de onderliggende keuzes niet op andere wijze inzichtelijk kunnen worden gemaakt.

Voor wie? De AERIUS-verplichting richt zich specifiek tot belanghebbenden en heeft daarmee kenmerken van de *interne* procedurele openbaarheid. Het lijkt er zelfs op dat daarbinnen een zekere differentiatie mogelijk is in de zin dat belanghebbenden gericht moeten aangeven waarop hun verzoek om informatie en inzage betrekking heeft, opdat het bestuursorgaan daarin zo gericht en duidelijk mogelijk inzage kan geven.[280] Tegelijk leidt de verplichting uit *AERIUS-II* om in het kader van een ontwerpbesluit bepaalde gegevens te verstrekken, ertoe dat deze gegevens (tijdelijk) voor eenieder openbaar zijn, zodat hiermee indirect enige vorm van *externe* procedurele openbaarheid wordt gecreëerd.

Waar? De AERIUS-standaard vereist weliswaar adequate beschikbaarstelling, maar is verder niet heel expliciet over het medium waarlangs de betreffende informatie moet worden verstrekt. In elk geval volgt uit *AERIUS-II* dat het bestuursorgaan gegevens ter beschikking moet stellen op papier of in andere leesbare of waarneembare vorm of de mogelijkheid moet bieden deze gegevens in te zien (bijvoorbeeld door belanghebbenden de mogelijkheid te bieden plaats te nemen achter een computerscherm). Voor zover keuzes, gegevens en aannames als op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage worden gelegd in het kader van een uniforme openbare voorbereidingsprocedure, zal deze inzage (ook) elektronisch moeten plaatsvinden via een algemeen toegankelijk medium, bijvoorbeeld op een website.

Wanneer? In *AERIUS-II* is het 'tijdige' moment geconcretiseerd waarop transparantie moet worden geboden. De verplichting tot tijdige beschikbaarstelling betekent concreet dat 'in of met het besluit' inzage wordt verstrekt in de gehanteerde gegevens. Dat lijkt in zekere zin een aanscherping ten opzichte van de verplichting in het kader van reguliere besluitvorming om 'op de zaak betrekking hebbende stukken' eerst voorafgaand aan de hoorzitting in bezwaar beschikbaar te stellen. Bij toepassing van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure is geen sprake van een aanscherping, aangezien de op de zaak betrekking hebbende gegevens sowieso ten

278 Zie par. 3.4.3 onder 'wat'.

279 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316. Uit de conclusie van A-G IJzerman van 25 september 2017 blijkt dat de gemeente zelf niet, maar de externe softwareleverancier (uiteindelijk) wel in staat was de zogeheten 'grondstaffel' te herleiden uit de software (ECLI:NL:PHR:2017:1008, punten 3.4 en 5.7).

280 Zie uitgebreider over differentiatie tussen burgers bij informatieverstrekking: Balvert 2022, p. 94-97.

tijde van het ter inzage leggen van het ontwerpbesluit beschikbaar moeten worden gesteld, dus voorafgaand aan het nemen van het definitieve besluit.

Hoe? In *AERIUS-I* is de verplichting tot volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling vormgegeven als een actieve informatieverplichting ('uit eigen beweging'). In *AERIUS-II* is die actieve informatieverplichting gematigd en aangevuld met een passieve informatieverplichting ten aanzien van standaardgegevens en maatwerkgegevens zoals die zijn ingevoerd in het systeem. Hoewel dat passieve element niet nadrukkelijk uit de tekst van de Awb blijkt, is die duale benadering in lijn met bestaande jurisprudentie over op de zaak betrekking hebbende stukken.[281]

Wat? Het meest complexe vraagstuk is uiteindelijk welke informatie ter beschikking moet worden gesteld. Waar in *AERIUS-I* nog in algemene zin werd gesproken over keuzes, gegevens en aannames,[282] vervangt de Afdeling deze driedeling in *AERIUS-II* door een sterk door AERIUS Calculator bepaalde terminologie, waarbij een centraal onderscheid wordt gemaakt tussen maatwerkgegevens die specifiek zijn voor het te nemen besluit en standaardgegevens die onafhankelijk zijn van het te nemen besluit.[283] Hoewel de AERIUS-jurisprudentie dus (nog) geen verplichting tot ontsluiting van de broncode bevat,[284] kan hieruit evenmin een 'recht op (begrijpelijke) uitleg' worden afgeleid.[285] De AERIUS-verplichting beoogt slechts te verzekeren dat de onderliggende gegevens (datasets) – al dan niet op verzoek – beschikbaar worden gesteld aan belanghebbenden; het is vervolgens aan de belanghebbende om deze gegevens zelf te beoordelen of te laten beoordelen en al dan niet te betwisten. Daarmee is de AERIUS-standaard dus eerder een gecombineerde vorm van *(input) data transparency* en *process transparency* dan een vorm van *reasoned transparency*.

Al met al kan de AERIUS-standaard worden beschouwd als een eerste stap in de bestuursrechtelijke normering van transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming. Deze contouren vormen echter zeker nog geen alomvattend toetsingskader. Zo laat de standaard zich niet expliciet uit over externe openbaarheid (voor eenieder) noch over publicatie van de broncode noch over de uitleg van een beslissing die op basis van een geautomatiseerd systeem is genomen. Ook de Afdeling bestuursrechtspraak zelf maakt in haar toelichting op de AERIUS-jurisprudentie al nadrukkelijk het voorbehoud dat de daarin ontwikkelde regels zijn geformuleerd in zaken over besluiten die tot stand zijn gekomen met *rule- based* expertsystemen.[286] Voor andere AI-systemen is daarom mogelijk een andere of aanvullende benadering

281 Zie 3.4.3 onder 'hoe'.
282 Zie over deze terminologische keuze: Wolswinkel 2019, p. 780-782.
283 Onder die standaardgegevens vallen in de terminologie van de Afdeling zowel standaardinvoergegevens als rekenmodellen (Raad van State 2021, p. 74).
284 De broncode van AERIUS is immers al beschikbaar gesteld als 'open source' via https://gitlab.com/AERIUS.
285 De Poorter & Goossens 2019, p. 3307, spreken in één adem van een 'recht op informatie en inzage'.
286 Raad van State 2021, p. 73. Van Ettekoven 2018, p. 221, merkt AERIUS Calculator nadrukkelijk aan als een expertsysteem.

aangewezen.[287] Dit roept de vraag op of vanuit de AERIUS-standaard en voortbouwend op het 'analoge' referentiepunt (uit par. 3) in meer algemene zin de bestuursrechtelijke transparantiestandaard voor geautomatiseerde besluitvorming kan worden geïdentificeerd.

4.2 Naar een bestuursrechtelijke standaard voor AI-besluitvorming

4.2.1 *Naar een hogere standaard?*

Alvorens terug te grijpen op het analoge referentiepunt van menselijke besluitvorming, rijst de vraag of die 'menselijke' standaard wel relevant is voor geautomatiseerde besluitvorming.[288] Die discussie spitst zich in het kader van *xAI* toe op de vraag of AI-besluitvorming aan een hogere (juridische) standaard zou moeten voldoen dan menselijke besluitvorming. Enerzijds is er de opvatting dat (zelflerende) AI-systemen niet aan hogere transparantiestandaarden zouden moeten worden onderworpen, omdat transparantie bij menselijke besluitvorming ten onrechte wordt overschat.[289] Evenals bij menselijke besluitvorming zou bij de uitleg van geautomatiseerde besluitvorming een vorm van *practical reason* voldoende moeten zijn.[290] Zoals het er niet om gaat het functioneren van het menselijke brein te doorgronden, zo is het evenmin nodig om de interne werking van een geautomatiseerd systeem te doorgronden, maar enkel om een bepaalde handeling te rechtvaardigen.[291] Daarvoor zijn uitgebreide en technische toelichtingen niet noodzakelijk, maar is juist een uitleg wenselijk die contrasterend, selectief en sociaal is.[292] Daartegenover staat de opvatting dat wel degelijk aanleiding kan bestaan om een afwijkende transparantiestandaard te hanteren, juist omdat AI-systemen en het menselijke brein verschillen. Wanneer immers het uitgangspunt is dat zo veel mogelijk transparantie moet worden verschaft, dan is een belangrijk verschil tussen AI-systemen en het menselijke brein dat het ontwerp van AI-systemen wel kan worden geopenbaard (in tegenstelling tot het functioneren van het menselijke brein). Met andere woorden, ten aanzien van AI-systemen is het soms eerder mogelijk om *full transparency* te realiseren.[293] Bovendien ontbreekt bij bepaalde AI-systemen juist een *practical reason* die de uitkomst van het systeem op een intuïtieve, overtuigende manier kan verklaren. Ook om die reden zou voor AI-systemen in bepaalde gevallen een alternatieve uitleg moeten gelden die zich minder richt op een voor mensen

287 Zie over mogelijke beperkingen bij extrapolatie van de AERIUS-standaard tot zelflerende systemen ook Wolswinkel 2020a, p. 35 en Wolswinkel 2020b, p. 29.

288 Zie over de moeilijkheid van het definiëren van menselijke intelligentie: Hirsch Ballin 2021, p. 14.

289 Zerilli e.a. 2018, par. 5, wijzen in dit verband expliciet naar de 'black box' van juridische beslissingsruimte.

290 Zerilli e.a. 2018, par. 2, beschrijven *practical reason* (praktische rede) als het domein van de rede dat de rechtvaardiging van een bepaalde handeling betreft.

291 Zerilli e.a. 2018, par. 8; De Fine Licht & De Fine Licht 2020, p. 919.

292 Zerilli e.a. 2018, par. 2: 'But the primary difference between administrative and ordinary life decision-making is not at the level of form. Both contexts involve practical reasoning of a more or less systematic character.'

293 Günther & Kasirzadeh 2021, par. 3.1. Zo bevat de Wob geen verplichting om gegevens te vervaardigen die niet in bestaande documenten zijn neergelegd, ongeacht de mate van inspanning (zie ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2285; ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:848).

intuïtieve verklaring (*reasoned transparency*) en meer (of ook) op het ontwerp en de werking van het systeem (*process transparency*).[294]

De nationale bestuursrechtspraak wekt soms de indruk dat voor geautomatiseerde besluitvorming inderdaad een hogere standaard geldt. Zo overwoog de Centrale Raad van Beroep dat in elk geval zolang het geautomatiseerde systeem CBBS als zodanig bepaalde onvolkomenheden bevatte, ter compensatie daarvan en ter voorkoming dat het bestreden besluit wegens strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel of het motiveringsbeginsel moest worden vernietigd, hoge(re) eisen moesten worden gesteld aan de verslaglegging en motivering van de in een concreet geval aan het besluit ten grondslag gelegde uitgangspunten.[295] De formulering van de Raad ('hoge(re) eisen') is wat cryptisch, maar doet denken aan de omgang met beleidsregels. Zolang de algemene uitgangspunten van het achterliggende systeem nog onvoldoende zijn uitgelegd, zal ter motivering van een individueel besluit niet kunnen worden volstaan met een verwijzing naar dat systeem. Dit betekent echter nog niet dat voor het geautomatiseerde systeem als zodanig een hogere standaard geldt dan voor menselijke besluitvorming.

Ook ten aanzien van de AERIUS-standaard is niet geheel duidelijk of sprake is van een hogere standaard. In het ongevraagde advies spreekt de Afdeling advisering over een 'verscherpte interpretatie' van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit licht zij toe met de opmerking dat in een besluit onder meer moet worden toegelicht welke beslisregels (algoritmen) zijn gebruikt en welke gegevens zijn overgenomen van andere bestuursorganen.[296] Wat hier 'verscherpt' is, is minder duidelijk. Interessant is in elk geval dat de Afdeling advisering niet expliciet overweegt dat de verplichting om keuzes, gegevens en aannames volledig, tijdig en adequaat uit eigen beweging beschikbaar te stellen, strenger is dan de eis die in dit verband aan menselijke besluitvorming wordt gesteld. Dit zou kunnen betekenen dat een vergelijkbare eis aan menselijke besluitvorming zou moeten worden gesteld.[297] Bedoelt de Afdeling advisering dus enkel dat strenger dan voorheen moet worden omgegaan met geautomatiseerde systemen of ook dat strenger met geautomatiseerde systemen moet worden omgegaan dan met niet-geautomatiseerde systemen? In elk geval lijkt in de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters geen uitgangspunt te gelden dat moet worden gestreefd naar *volledige* transparantie, hetgeen een aanwijzing zou zijn voor een hogere standaard voor transparantie bij AI-besluitvorming.[298]

294 Günther & Kasirzadeh 2021, par. 3.2. Zie ook tot op zekere hoogte Doshi-Velez e.a. 2017, p. 17-19.
295 Zie onder meer CRvB 9 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR4716.
296 Afdeling advisering Raad van State 2018, p. 3.
297 Zie Wolswinkel 2019, p. 782-783.
298 Vgl. HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316 en CRvB 15 mei 2019, ECLI:NL:CRVB: 2019:1737, r.o. 4.3.7.

In de literatuur is wel bepleit dat geautomatiseerde beslisregels minstens de status van beleidsregels zouden moeten hebben.[299] Dat zou een hogere standaard opleveren dan voor andere beslisregels, aangezien artikel 4:81 Awb enkel een bevoegdheid, maar geen verplichting tot vaststelling van beleidsregels (en daarmee tot algemene bekendmaking hiervan) veronderstelt.

Eerder lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de bestuursrechtelijke standaard bij geautomatiseerde besluitvorming niet wezenlijk verschilt van de standaard bij menselijke besluitvorming. Tot diezelfde conclusie komen Van Amerongen en Schuurmans bij een vergelijking tussen deskundigenadvisering en advisering door de computer wanneer zij opmerken dat de toetsing van op deskundigenadvisering dan wel op algoritmische analyse gebaseerde *black box*-besluiten slechts gradueel verschilt en dat beide toetsingskaders elkaar kunnen versterken.[300]

4.2.2 *Bestuursrechtelijke gezichtspunten*

Zelfs wanneer voor geautomatiseerde besluitvorming vooralsnog geen hogere standaard geldt dan voor menselijke besluitvorming, geldt wel als uitgangspunt dat de resulterende transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming in elk geval niet *lager* mag liggen dan bij menselijke besluitvorming. Het is daarom van belang dat de bestaande bestuursrechtelijke transparantiestandaard adequaat wordt geoperationaliseerd in een geautomatiseerde context.[301] Dit leidt tot de volgende vijf bestuursrechtelijke gezichtspunten, waarbij de contouren van de AERIUS-standaard het vertrekpunt vormen (par. 4.1) en dit vertrekpunt verder vorm krijgt met de 'analoge' inzichten uit paragraaf 3.

1) Technische transparantie (al dan niet op verzoek)

Hoewel de toegevoegde waarde van technische transparantie, waaronder de beschikbaarstelling van de broncode en de gehanteerde datasets, wordt betwijfeld als het gaat om de acceptatie van beslissingen,[302] in elk geval bij zelflerende systemen, is het eerste bestuursrechtelijke gezichtspunt niettemin dat in beginsel ook steeds technische transparantie moet kunnen worden verstrekt.[303] Het gaat hierbij zowel om *data transparency* als *process transparency*. Bovendien zou het bestuursrecht juist bij zelflerende systemen wel eens strenger kunnen zijn, ook als het gaat om technische transparantie, omdat zich bij dergelijke systemen grotere risico's kunnen voordoen, bijvoorbeeld ten aanzien van *bias* in de data.[304]

---

299 Van Eck 2018, p. 428-429; Van Eck, Bovens & Zouridis 2019, p. 3016. Zie ook Schuurmans, Leijten & Esser 2021, p. 52 en 65.

300 Van Amerongen & Schuurmans 2019, p. 196.

301 Zie over die noodzaak van contextualisering ook Oswald 2018, p. 7, Wolswinkel 2020a, p. 29 e.v., Wolswinkel 2020b, p. 29, en Adriaansz 2020b, p. 244-245.

302 Zie Fine De Licht & Fine De Licht 2020, p. 921-922.

303 Zie in deze richting ook Van Male 2018, p. 278.

304 Zie in dit verband SyRI, r.o. 6.90-6.95: nadat de rechtbank eerst heeft vastgesteld dat zonder inzicht in het systeem niet kan worden gecontroleerd of sprake is van een 'eenvoudige beslisboom', wijst zij afzonderlijk op de mogelijkheid van toepassing van *deep learning* systemen bij SyRI. Vervolgens concludeert de rechtbank dat de SyRI-wetgeving zonder inzicht in de risicoindicatoren en het risicomodel, althans zonder nadere wettelijke waarborgen die dit gebrek aan

Technische transparantie kan op verschillende wijzen worden gerealiseerd.[305] Wanneer de broncode of in elk geval de beslisregel waaraan de broncode uitdrukking geeft, in een algemeen verbindend voorschrift of een beleidsregel is neergelegd, moet de broncode (of de daaraan ten grondslag liggende beslisregel) algemeen bekend worden gemaakt langs elektronische weg. Hierbij is denkbaar dat het publicatieblad verwijst naar een ander elektronisch medium waar deze broncode wordt gepubliceerd, zoals een *code repository*.[306] Daartegenover staat dat vervolgens ter motivering van een vaste gedragslijn kan worden volstaan met verwijzing naar de beleidsregel die deze gedragslijn bevat.[307]

Voor zover de beslisregel of de broncode zich bevindt in een ander bij het bestuursorgaan berustend document,[308] geldt weliswaar geen specifiek bekendmakingsregime, maar dat betekent niet dat deze code niet voor verstrekking in aanmerking komt. Juist wanneer de geautomatiseerde beslisregel een minder directe vertaling is van het toepasselijke recht (en de beslisregels dus niet kenbaar zijn in het 'bovenliggende' algemeen verbindend voorschrift of de beleidsregel), moeten zwaardere eisen worden gesteld aan inzage in de gemaakte keuzes, gegevens en aannames (dus de gehanteerde beslisregels) bij de ontwikkeling en implementatie van het geautomatiseerde systeem. Daarbij is zelfs niet uitgesloten dat de broncode – en in geval van zelflerende systemen ook de trainings- en testdata – worden aangemerkt als 'op de zaak betrekking hebbende stukken' als de gemaakte keuzes, gegevens en aannames niet anderszins kenbaar zijn.[309] Hoewel gewichtige redenen zich in dat geval nog steeds kunnen verzetten tegen verstrekking van deze informatie, is dat niet langer het geval wanneer de Wet open overheid tot openbaarmaking verplicht.[310]

Momenteel zet de overheid steeds meer in op het actief delen van de broncode van overheidssoftware door de overheid.[311] Toch bestaat er (nog) geen expliciete wettelijke 'open source' verplichting. Wel kan onder de Wet open overheid uiteraard een verzoek worden gedaan tot openbaarmaking van de broncode van het computersysteem. De broncode, zelfs als die slechts elektronisch raadpleegbaar is, is bij uitstek een document dat, voor zover het zich bevindt bij een bestuursorgaan, openbaar kan worden gemaakt. Bij een dergelijk verzoek zal moeten worden beoordeeld of bepaalde weigeringsgronden (zoals het belang van opsporing en toezicht

---

inzicht compenseren, onvoldoende handvatten biedt voor de conclusie dat de inzet van SyRI proportioneel is.

305 Zie par. 2.2.3. Zie ook Van Heukelom-Verhage 2020, p. 215.

306 Zie par. 3.1.1.

307 Art. 4:82 Awb. Die mogelijkheid ontbreekt indien de geautomatiseerde beslisregel niet als beleidsregel wordt vastgesteld en bekendgemaakt. Zie hierna het derde gezichtspunt.

308 Bröring 2019, p. 175, verwacht dat geautomatiseerde beslisregels (algoritmen) niet in de plaats zullen treden van beleidsregels, maar in aanvulling hierop zullen functioneren.

309 Uit *AERIUS-II* volgt immers dat op verzoek inzage moet worden geboden in de standaardgegevens, waaronder de rekenmodellen. Dit belang van technische transparantie weerspiegelt dan ook het belang van een zorgvuldige verslaglegging (documentatie) van het ontwikkelproces. Zie in deze richting ook Richtlijnen 2021, p. 22-23.

310 Art. 7:4 lid 7 Awb.

311 *Kamerstukken II* 2019/20, 26643, nr. 676.

en wellicht het belang van bescherming van de rechten van derden) zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking.[312] Hoewel artikel 3.3 Woo (nog) niet expliciet voorschrijft dat de broncodes van overheidssoftware actief openbaar worden gemaakt, is dit wellicht een volgende stap in de wettelijke regulering van actieve openbaarmaking om het beleid van 'open source' verder richting te geven.[313]

Het bestuursorgaan kan zich in het kader van bestuurlijke besluitvorming naar mijn mening niet verschuilen achter de omstandigheid dat een AI-systeem is ontwikkeld door een externe softwareleverancier die beschikt over de auteursrechten op deze software. Hierover kan het bestuursorgaan immers vooraf afspraken maken bij het gebruik maken van de software.[314] Bovendien is de bescherming van het auteursrecht onder de Wet open overheid niet absoluut in de zin dat dit belang moet worden afgewogen tegen het belang van openbaarmaking.[315] Als onder de Woo al goede redenen kunnen bestaan om inzage te bieden in de broncode, dan kunnen die zeker ook bestaan in het kader van de *interne* procedurele openbaarheid. Aan belanghebbenden kan toegang tot de broncode worden verstrekt als op de zaak betrekking hebbend stuk, hoewel gewichtige redenen zich in dat geval nog steeds kunnen verzetten tegen verstrekking hiervan. Wanneer het bestuursorgaan buiten die gewichtige redenen om geen inzage wil of kan verstrekken in de broncode terwijl dat wel noodzakelijk is om de gemaakte keuzes, gegevens en aannames inzichtelijk te maken, dan kan het bestuursorgaan zijn besluitvorming niet op dit geautomatiseerde systeem baseren.[316]

2) Technische transparantie én generieke uitleg

Het tweede bestuursrechtelijke gezichtspunt is dat technische transparantie altijd vergezeld moet gaan van een zekere uitleg.[317] Dit geldt niet alleen voor beschikkingen, maar ook voor besluiten (of zelfs ruimer: beslisregels) met een algemene strekking. In de literatuur is erop gewezen dat naarmate de beslisregel complexer is (waarbij met name wordt gedacht aan zelflerende systemen), technische transparantie minder van betekenis wordt en uitlegbaarheid de voorkeur verdient.[318] Het kan inderdaad zo zijn dat de initiële broncode in die gevallen minder informatief is

312 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 6-7. Overigens blijken vooralsnog met name Wob-verzoeken over het gebruik van algoritmen te zijn gedaan, maar niet zozeer over algoritmen zelf (zie bijvoorbeeld www.rijksoverheid.nl/documenten/wob-verzoeken/2019/05/21/besluit-wob-verzoek-over-informatie-en-of-documenten-naar-het-gebruik-van-algoritmen-binnen-de-overheid). Brauneis & Goodman 2018, p. 136, beschrijven onderzoek uit de Verenigde Staten waarin om openbaarmaking van algoritmen zelf is verzocht.

313 In België is een dergelijk wetsvoorstel gedaan (Raad van State 2021, p. 76).

314 Zie Brkan & Bonnet 2019, p. 45, Coglianese & Lehr 2019, p. 35-36, en Wolswinkel 2020a, p. 40.

315 Zie ABRvS 30 september 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2302 (*Medice*). Zie ook Çapkurt 2019, p. 122.

316 Vgl. de 'analoge' regeling van de verwijzing naar private normen in art. 12a Bekendmakingswet.

317 Adriaansz 2020a, p. 89-90, onderscheidt tussen inzicht in het redeneerproces en inzicht in het gedrag van algoritmes, hoewel niet geheel duidelijk is wat exact het verschil is tussen beide vormen van inzicht. Zie ook Adriaansz 2020b, p. 243-244, over de betekenis van de eis van een kenbare motivering voor geautomatiseerde besluitvorming.

318 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 10: 'Met het oog op transparantie van algoritmes is verder van belang dat uitlegbaarheid van het algoritme, dat wil zeggen de verklaring daarvan in begrijpelijke taal, de voorkeur kan hebben boven "technische" transparantie waarbij

om de uiteindelijke werking van de geautomatiseerde beslisregel te begrijpen (voor zover dat al mogelijk is), omdat die werking het resultaat is van het trainen van het systeem aan de hand van historische data. Maar waar de discussie tussen technische transparantie en uitlegbaarheid binnen *xAI* vaak lijkt te zijn vormgegeven als een '*of-of*'-discussie, geeft het bestuursrecht eerder blijk van een '*en-en*'-benadering die vraagt om zowel technische transparantie (*process transparency*) als uitlegbaarheid (*reasoned transparency*).

Uitleg van het model hoeft niet te wachten totdat de individuele beslissing is genomen en kan dus ook *ex ante* plaatsvinden. Deze eis van (generieke) uitleg raakt daarmee aan de eis die de AVG stelt om – in geval van verwerking van persoonsgegevens – een betrokkene uit eigen beweging 'nuttige informatie over de onderliggende logica' van geautomatiseerde besluitvorming te verschaffen, zelfs voordat een beslissing is genomen.[319] Juist omdat deze uitleg voorafgaat aan een eventueel te nemen individuele beslissing, zal die noodzakelijkerwijs een generiek karakter hebben.[320] Interessant is in dit verband dat op lokaal niveau meerdere initiatieven zijn opgezet voor een zogeheten algoritmeregister.[321] Dergelijke initiatieven, die nog niet wettelijk zijn verankerd,[322] dragen bij aan een zekere generieke toelichting op het model.[323] Een vergelijkbare ontwikkeling is de verplichting uit de voorgestelde AI-Verordening om voor AI-systemen met een hoog risico een publiek toegankelijke databank in te richten, die onder meer een beschrijving bevat van de beoogde doelen van het AI-systeem.[324] Een impliciete verplichting tot actieve informatieverstrekking over de werking van een AI-systeem kan mogelijk ook worden afgeleid uit de AERIUS-jurisprudentie zelf. Waar zogeheten 'standaardgegevens' onafhankelijk zijn van het te nemen besluit,[325] lijkt mij dat een gerechtvaardigde uitzondering op de verplichting van het bestuursorgaan om deze gegevens uit eigen beweging beschikbaar te stellen in het kader van individuele besluitvorming, enkel kan zijn gelegen in de omstandigheid dat die 'besluitonafhankelijke' informatie al beschikbaar is.[326] Indien wenselijk kunnen belanghebbenden in een besluitvormingsprocedure vervolgens een verzoek doen om nadere informatie over deze standaardgegevens. Juist waar de AERIUS-standaard het belang van 'tijdige' beschikbaarstelling benadrukt en belanghebbenden sowieso kunnen worden geconfronteerd met grote hoeveelheden informatie in het besluitvormingsproces, is voortijdige en proactieve beschikbaarstelling van die standaardgegevens aangewezen.

---

de gebruikte broncode en analysemethoden en de gebruikte databestanden volledig openbaar worden gemaakt.'

319 Zie art. 13 en 14 AVG. Het is opvallend dat de deelverplichting om nuttige informatie over de onderliggende logica te verstrekken niet is beperkt tot de verwerking van de persoonsgegevens, maar ziet op het systeem van geautomatiseerde besluitvorming als zodanig.

320 Wachter e.a. 2017, p. 78.

321 Zie onder meer het algoritmeregister van de gemeente Amsterdam (https://algoritmeregister.amsterdam.nl).

322 Zie hierover *Kamerstukken II* 2020/21, 26643, nr. 765, p. 7-8.

323 Zie over het belang van publieksvoorlichting: Richtlijnen 2021, p. 28-30.

324 Art. 60 jo. bijlage VIII van de voorgestelde AI-Verordening (COM(2021)206 def.).

325 Zie par. 4.1.2.

326 Zie in die richting ABRvS 4 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1760, r.o. 11.2.

3) Generieke uitleg én specifieke uitleg

Het bestuursrecht verlangt niet alleen een (generieke) uitleg van het systeem, maar ook een (specifieke) uitleg van de individuele beslissing die op basis van dat systeem is genomen. Bij bepaalde eenvoudige systemen is met de generieke uitleg van het systeem mogelijk ook de uitleg van een individuele beslissing gegeven (en bestaat dus geen behoefte aan een individuele motivering).[327] In alle andere gevallen zal in een individuele situatie steeds afzonderlijk moeten worden gemotiveerd waarom toepassing van een geautomatiseerde beslisregel op specifieke input (maatwerkgegevens) tot een bepaalde uitkomst leidt. Hier moet niet alleen worden gedacht aan *case-based* systemen, want ook bij *rule-based* systemen kan behoefte bestaan aan een individuele uitleg.[328] Deze eis van een dubbele motivering (generieke én specifieke uitleg) kan in het bestuursrecht worden gerelateerd aan een deelaspect van het vereiste van een kenbare motivering: de *volledige* motivering. Deze eis van een volledige motivering brengt in het algemeen mee dat ter motivering van een beschikking niet kan worden volstaan met verwijzing naar een algemene regel, maar dat ook moet worden ingegaan op specifieke omstandigheden.[329]

Vervolgens is de vraag hoe die uitleg van een individuele beslissing eruit moet zien bij geautomatiseerde besluitvorming. Zoals aangegeven zijn binnen *xAI* meerdere technieken voor het geven van een zogeheten 'lokale uitleg' ontwikkeld (en in ontwikkeling), zoals het identificeren van de meest relevante factoren en hun onderlinge gewicht, het benaderen van een individuele uitkomst met een eenvoudiger, begrijpelijk model (zoals een beslisboom) en – met name – het werken met zogeheten *counterfactuals*.[330] De vraag is of een dergelijk *xAI* uitlegmodel van *counterfactuals* aansluit bij de eisen die in het bestuursrecht worden gesteld aan de uitleg van een individuele beslissing.[331] Hier kan wellicht het andere – doorgaans wat meer onderbelicht (en ongrijpbaar) gebleken – aspect van de kenbare motivering behulpzaam zijn, namelijk 'een redelijkerwijs begrijpelijke motivering': het bestuur zal zorgvuldiger in de vermelding van de motivering moeten zijn naarmate de betrokken belanghebbende minder goed op de hoogte is van het desbetreffende beleidsterrein en het van toepassing zijnde recht.[332] Hieraan kan in de context van geautomatiseerde besluitvorming worden toegevoegd een gebrek aan kennis bij de belanghebbende van (geavanceerde) geautomatiseerde systemen. Een redelijkerwijs begrijpelijke motivering leidt ertoe dat de burger weet wat de belangrijkste redenen zijn geweest voor een bepaald besluit en waarop hij zijn pijlen moet richten teneinde een andersluidend besluit te verkrijgen. Naar mijn mening ligt een aantal van de algemene succesfactoren van een goede motivering, namelijk een selectieve, op het individuele

327 Zie par. 2.2.4.
328 Vgl. Atkinson, Bench-Capon & Bollegala 2020, p. 7.
329 Zie par. 3.4.2.
330 Zie par. 2.2.4.
331 Volgens Atkinson, Bench-Capon & Bollegala 2020, p. 7, is de eigenheid van een juridische motivering juist dat een verliezende partij meer belang heeft bij een motivering dan een winnende partij.
332 Zie par. 3.4.2.

geval toegespitste en sociale uitleg,[333] ook besloten in het bestuursrecht. In de motivering van een beschikking worden lang niet alle omstandigheden behandeld die mogelijk relevant zijn voor een afwijzende beslissing (selectief)[334] en ontwikkelt de motivering zich tijdens het besluitvormingsproces (sociaal),[335] al dan niet door de gefaseerde beschikbaarstelling van op de zaak betrekking hebbende stukken. Daarnaast zal de motivering in geval van beschikkingen eerder een causale, op het individuele geval toegespitste motivering bevatten in plaats van een waarschijnlijkheidsargumentatie (hoewel standaardmotiveringen bij geautomatiseerde besluitvorming zeker niet zijn uitgesloten).[336] Mijn indruk is dat met name het aspect van de 'contrasterende uitleg', bijvoorbeeld aan de hand van *counterfactuals* (tegenvoorbeelden), nog onderontwikkeld is in het bestuursrecht. Weliswaar kan de *Holland Opera*-uitspraak als een eerste aanzet in de richting van een 'vergelijkende beoordeling' worden gezien in de specifieke context van competitieve besluitvorming,[337] maar het is geen algemeen uitgangspunt dat bij bestuurlijke besluitvorming in de motivering een bepaald geval nadrukkelijk wordt vergeleken met vergelijkbare gevallen die zich in het verleden hebben voorgedaan of zich hypothetisch kunnen voordoen. In plaats daarvan lijkt eerder sprake van een *rule-based* benadering waarbij het individuele geval (de *minor*) wordt verbonden met de algemene regel (de *maior*) en dus op zichzelf wordt beoordeeld.[338] Een contrasterende, *case-based* motivering van een beslissing vergt daarentegen een vergelijking met andere hypothetische of historische gevallen. Uiteraard staat het belanghebbenden vrij een beroep te doen op het gelijkheidsbeginsel, maar dat kan alleen (zinvol) als belanghebbenden voldoende zicht hebben op vergelijkbare situaties. Hieraan ontbreekt het veelal bij een beperkte invulling van de 'op de zaak betrekking hebbende stukken': wanneer (historische) vergelijkbare gevallen niet als op de zaak betrekking hebbende stukken worden aangemerkt, is het moeilijk of zelfs onmogelijk een gefundeerd beroep op het gelijkheidsbeginsel te doen.

Een specifieke uitdaging betreft die (complexe) AI-systemen waarvoor wel een lokale uitleg, maar geen globale uitleg beschikbaar is. Waar het bestuursrecht een scherp onderscheid lijkt te veronderstellen tussen de algemene regel en de toepassing van die algemene regel in een individueel geval, vervaagt dat onderscheid zodra de inhoud van de regel (althans het inzicht hierin) enkel wordt bepaald door het individuele geval.[339] Dit betekent dat bij dergelijke AI-systemen een algemene (zinvolle) uitleg van de beslisregel niet kan worden gegeven, maar enkel uitleg over de toepassing hiervan in een individueel geval. Die stijl van motiveren lijkt mij op zich niet uitgesloten, zolang ten aanzien van het systeem als geheel wel technische transparantie wordt betracht. Tegelijk zou deze omstandigheid van onvoldoende

333 Zie het slot van par. 2.2.4.
334 Zie bijvoorbeeld ABRvS 13 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ1246 en ABRvS 22 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:199 ten aanzien van de (deel)criteria voor onderzoeksfinanciering.
335 Vgl. Van Male 2007, par. 3.
336 Zie reeds Franken 1993, p. 33-34, en Snellen 1993, p. 78-79.
337 Zie par. 3.4.2.
338 Konijnenbelt & Van Male 2014, p. 300-301.
339 Zie over deze vervaging ook Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 15.

uitlegbaarheid van het systeem als geheel juist ervoor kunnen pleiten om geautomatiseerde beslisregels niet zonder meer op te nemen in een beleidsregel. Volgens vaste jurisprudentie mag een bestuursorgaan beleid dat *niet* is neergelegd in een beleidsregel als gedragslijn volgen in een individueel geval, mits het de keuze daarvoor bij ieder individueel besluit opnieuw motiveert.[340] De eis van een lokale uitleg dwingt daarom het bestuursorgaan om in individuele gevallen tot een inzichtelijke beslissing te komen, hetgeen bijdraagt aan een van de functies van een kenbare motivering, namelijk het rationaliseren van het beslissingsproces.[341]

4) Grenzen aan uitlegbaarheid of aan AI-besluitvorming

Het bestuursrecht verlangt tot slot dat altijd een motivering kan worden gegeven. De achtergrond van een volledige en redelijkerwijs begrijpelijke motivering biedt weliswaar ruimte voor een flexibele toepassing, maar staat niet toe dat een motivering geheel achterwege blijft. Zelfs wanneer op het eerste gezicht hieraan geen behoefte bestaat, moet altijd op verzoek van een belanghebbende een motivering kunnen worden gegeven. Het bestuursrecht kan dus geen genoegen nemen met het argument dat voor een bepaald AI-systeem (vooralsnog) geen uitleg beschikbaar is.[342] Wanneer een AI-systeem niet (voldoende) kan worden uitgelegd, is toepassing hiervan *de facto* uitgesloten.[343] Uiteraard kan dat gezichtspunt ertoe leiden dat het bestuur overgaat tot het geven van een summiere uitleg, maar in lijn met eerdere jurisprudentie zal steeds moeten worden bepaald of sprake is van een 'toereikend niveau' van de motivering, waarbij de bestuursrechter zal moeten vasthouden aan een bepaalde ondergrens aan de op het individuele geval toegespitste motivering. Omgekeerd zal uitlegbaarheid reeds op het netvlies van het bestuursorgaan moeten staan zodra het een bepaald AI-systeem ontwikkelt (of laat ontwikkelen).[344]

Hoewel het vasthouden aan de eis van uitlegbaarheid grenzen zou kunnen stellen aan het gebruik van complexere AI-systemen,[345] geldt evenzeer dat het vasthouden aan de eis van uitlegbaarheid kan fungeren als katalysator voor verdere ontwikkeling van geautomatiseerde systemen en *xAI*.[346] Ook binnen de nationale rechtspraak

340 Zie onder meer ABRvS 22 juni 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT7970, ABRvS 27 december 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY7321 en ABRvS 24 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1378.

341 Vgl. De Fine Licht & De Fine Licht 2020, p. 924. Zie ook Wachter e.a. 2018, p. 843.

342 Cobbe 2019, p. 648. Uiteraard zal de praktijk minder zwart-wit zijn en zal eerder de vraag rijzen of een systeem voldoende is uitgelegd.

343 Meuwese & Wolswinkel 2022, p. 98. In vergelijkbare zin vereist art. 13 van de voorgestelde AI-Verordening (COM(2021)206 def.) dat AI-systemen met een hoog risico op zodanige wijze worden ontworpen en ontwikkeld dat de werking ervan voldoende transparant is om gebruikers in staat te stellen de output van het systeem te interpreteren en op passende wijze te gebruiken. Deze gebruikers kunnen op hun beurt zijn onderworpen aan eigen transparantieverplichtingen (vgl. art. 29 lid 2 AI-Verordening), zoals de informatieverplichtingen uit de AVG bij geautomatiseerde besluitvorming (zie hierover ook Meuwese & Wolswinkel 2022, p. 98-99). Daargelaten of alle AI-besluitvorming door de overheid moet worden beschouwd als besluitvorming met behulp van AI-systemen met een hoog risico, zullen deze eisen uit de voorgestelde AI-Verordening als een belangrijk referentiepunt kunnen dienen (vgl. Meuwese & Wolswinkel 2022, p. 97).

344 Vgl. Lehr & Ohm 2017, p. 692-693.

345 *Kamerstukken II* 2018/19, 26643 en 32761, nr. 570, p. 8.

346 Coglianese & Lehr 2019, p. 50.

is zichtbaar dat de rechter het bestuur scherp heeft gehouden door vast te houden aan de eis van transparantie en daarmee het bestuur ertoe heeft bewogen om de gehanteerde systemen (CBBS, AERIUS, SyRI) op het vlak van transparantie te verbeteren. Ook om die reden zal het bestuursrecht moeten vasthouden aan de eis van een motivering, zeker bij belastend overheidsoptreden, en daarmee richting kunnen geven aan het debat over *xAI*.[347]

5) *Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming is meer dan algoritmische transparantie*
Een laatste bestuursrechtelijke gezichtspunt is dat transparantie bij bestuurlijke besluitvorming meer omvat dan transparantie ten aanzien van het computersysteem. Het computersysteem is immers een instrument waarmee tot een bepaalde beslissing wordt gekomen. Enerzijds stelt dit hoge eisen aan volledig geautomatiseerde besluitvorming, juist ook ten aanzien van transparantie, omdat menselijke interventie ontbreekt.[348] Anderzijds betekent dit niet dat deels geautomatiseerde besluitvorming eenvoudiger kan worden gemotiveerd. Juist wanneer sprake is van deels geautomatiseerde besluitvorming, wordt een aanvullende vorm van transparantie verwacht, namelijk over de wijze waarop invulling is gegeven aan menselijke tussenkomst (*human in the loop*).[349] Om te kunnen vaststellen of die interactie tussen mens en computer betekenisvol is geweest, zal op zijn minst inzage moeten worden geboden in wat deze interactie heeft ingehouden.[350]

Juist vanwege deze verschillende gradaties in interactie tussen geautomatiseerd systeem en beslissingsbevoegd bestuursorgaan, is mijns inziens van belang dat een burger in elk geval bij de kennisgeving van het besluit wordt geïnformeerd over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming en de rol die het geautomatiseerde systeem in de besluitvorming heeft gespeeld.[351] De AVG kent al een verplichting daartoe wanneer persoonsgegevens worden verwerkt,[352] maar die verplichting kan – als onderdeel van de motiveringsplicht of van de bekendmakingsplicht – worden verbreed tot ieder (individueel) besluit. Wat een burger van een motivering in een besluit mag verwachten, hangt namelijk af van de mate waarin en de wijze waarop de besluitvorming geautomatiseerd heeft plaatsgevonden.

---

347 Zo bepalen de richtlijnen van het ministerie van Justitie en Veiligheid dat de overheid geen algoritmen hanteert waarvan de uitkomsten niet navolgbaar (inzichtelijk) en controleerbaar zijn (Richtlijnen 2021, p. 7).

348 Vgl. art. 22 AVG. Zie in dit verband ook Wachter e.a. 2017, p. 93-96, die hoogstens ten aanzien van volledig geautomatiseerde besluitvorming een 'recht op uitleg' uit de AVG voorstelbaar achten.

349 Dat blijkt ook nadrukkelijk uit de SyRI-uitspraak waarin niet alleen een gebrek aan inzicht in het risicomodel als zodanig werd geconstateerd, maar ook een gebrek aan inzicht in de verhouding tussen het systeem van gegevenskoppeling enerzijds en de menselijke beoordeling van de uitkomst daarvan anderzijds (*SyRI*, r.o. 6.94).

350 Hier doet zich een parallel voor met de vergewisplicht van art. 3:9 Awb. Om te kunnen vaststellen of het bestuursorgaan hieraan heeft voldaan, is transparantie hierover noodzakelijk. Zie in deze richting ook de regeling in de Franse *Code des relations entre le public et l'administration*, zoals weergegeven in Raad van State 2021, p. 77.

351 Vgl. art. 10:11 Awb over de expliciete vermelding van het nemen van een besluit in mandaat.

352 Zie art. 13 en 14 AVG. In de *SyRI*-uitspraak was juist van belang dat de SyRI-wetgeving geen waarborg bevatte dat de betrokkene werd geïnformeerd over het gebruik van dit systeem (*SyRI*, r.o. 6.90 en 6.94).

4.3 Slot: bestuursrecht als ei van Columbus?

Kan het bestuursrecht de hooggespannen verwachtingen waarmaken en een richtinggevende rol vervullen in het debat over transparantie bij AI-besluitvorming? Vooralsnog lijkt het bestuursrecht geen zwaardere eisen te stellen aan het gebruik van geautomatiseerde systemen dan aan menselijke bestuurlijke besluitvorming, zodat die 'analoge' eisen als vertrekpunt kunnen worden genomen. Die analoge standaarden lijken zich geleidelijk te bewegen in de richting van 'eerdere, bredere en soms uitgebreidere' informatieverstrekking. De AERIUS-jurisprudentie over transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming is in lijn met die analoge ontwikkeling en bevat enkele aanknopingspunten die richtinggevend kunnen zijn voor de rechtsontwikkeling. Opvallend daarbij is dat bepaalde dimensies van transparantie (voor wie, wanneer, waar, hoe) veel aandacht hebben gekregen, maar dat de *wat*-vraag (welke informatie moet worden verstrekt?) nog grotendeels onbeantwoord is gebleven.

Hoewel die *wat*-vraag niet eenvoudig is te beantwoorden, mede gelet op de variëteit aan AI-systemen, bevat het bestuursrecht wel enkele algemene gezichtspunten die leidend zouden moeten zijn bij het vormgeven van transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming, zoals het belang van technische transparantie naast uitlegbaarheid en de nadruk op een volledige en redelijkerwijs begrijpelijke motivering. Tegelijk lijkt het bestuursrecht nog onderontwikkeld ten aanzien van het aspect van de contrasterende uitleg. Waar binnen *xAI* een van de oplossingsrichtingen voor de uitleg van complexe AI-systemen juist wordt gevonden in een contrasterende uitleg met *counterfactuals*, is een dergelijke vergelijkende stijl van motiveren het bestuursrecht nog grotendeels vreemd.

5 Slotbeschouwing

5.1 Tussen wet en algoritme: van *rule-based* naar *case-based* besluitvorming?

Vanuit het perspectief van de burger die een beschikking ontvangt, ademt de Algemene wet bestuursrecht de geest van juridisch-technische transparantie. Zij vereist weliswaar een deugdelijke en kenbare motivering, maar wordt slechts op één punt concreet: een besluit vermeldt in elk geval – zo mogelijk – krachtens welk wettelijk voorschrift het besluit is genomen.[353] Het is de vraag in hoeverre de geadresseerde van het besluit geholpen is met deze verwijzing naar een wettelijk voorschrift. De wet is immers – alle goede bedoelingen ten spijt – niet zozeer geschreven voor de burger als wel voor de rechtspraktijk die de wet gebruikt.[354] Vanuit het perspectief van de geadresseerde van een besluit kan daarom de verwijzing naar een wettelijk voorschrift net zozeer worden ervaren als een *black box* als de verwijzing naar de broncode van een geautomatiseerd systeem.[355]

Die gelijkenis tussen wet en algoritme wordt nog sterker wanneer rechtsregels in wettelijke voorschriften worden beschouwd als algoritmen met een 'als, dan'-structuur.[356] Zoals Snellen in zijn VAR-preadvies in 1993 al aangaf, vormen het juridische algoritme en het technische algoritme communicerende vaten: de formulering van het juridische algoritme (bijvoorbeeld de wettelijke weigeringsgrond) bepaalt hoeveel ruimte resteert voor een technisch algoritme (het computersysteem) om de juridische begrippen nader in te vullen.[357] Wanneer beslisregels in de wet reeds (voldoende) scherp zijn afgebakend, dan brengt dit niet alleen mee dat de resterende ruimte voor uitwerking van die rechtsregel in een technisch *rule-based* systeem is begrensd,[358] maar ook dat met de (gepubliceerde) wet de eerste stap in de richting van transparante besluitvorming is gezet.[359] Afgezien van algemene transparantie-

353 Art. 3:47 lid 2 Awb.
354 Zijlstra 2012, p. 12-13. De term 'wetgevingstechniek' geeft ook aan dat wetgeving voer is voor techneuten.
355 Zie ten aanzien van subsidieverstrekking: Jacobs & Den Ouden 2011, p. 204.
356 Zie uitgebreider Lokin 2018, p. 112-113, die de term 'rechtsregel' reserveert voor de uitdrukking van een rechtsnorm in geschreven tekst (Lokin 2018, p. 103).
357 Snellen 1993, p. 74. Zie ook Kroll e.a. 2017, p. 702.
358 Hiermee is nog niet gezegd dat beslisregels in regelgeving en beleid voortaan geen enkele interpretatie meer behoeven.
359 Lokin 2018, p. 197, pleit in dit verband voor de ontwikkeling van een wetgevingsvocabulaire ('taalmodel') dat voor zowel wetgevingsjuristen als ICT-ontwerpers behulpzaam kan zijn bij het expliciet maken van de algoritmes die verscholen liggen in rechtsnormen. Zie in dit verband ook de suggestie van 'preciezer wetgeven', waarbij het algoritme volledig wordt neergelegd in wetgeving (Passchier 2021, p. 118-120).

waarborgen die de (algemene) wetgever ten aanzien van geautomatiseerde besluitvorming zou kunnen opnemen in de wet,[360] is de (bijzondere) wetgever dus als eerste aan zet om transparantie bij bestuurlijke besluitvorming te bieden. Vervolgens is het aan het bestuur om binnen die wettelijke grenzen nader invulling te geven aan transparantie bij bestuurlijke besluitvorming, al dan niet in een geautomatiseerde context, waarna de bestuursrechtspraak ook daadwerkelijk bereid moet zijn om zelf 'onder de motorkap'[361] te kijken als geen of onvoldoende transparantie wordt geboden.

Waar de wet als vertrekpunt *rule-based* besluitvorming veronderstelt, daagt het onderscheid in AI tussen *rule-based* en *case-based* systemen ook het bestuursrecht uit om opnieuw te kijken naar de structuur van bestuurlijke besluitvorming. Is bestuurlijke besluitvorming inderdaad meer *rule-based* dan *case-based*? Traditiegetrouw wordt bestuurlijke besluitvorming beschouwd als toepassing van de wettelijke regel (*maior*) op een individueel geval (*minor*).[362] Afhankelijk van de beslissingsruimte die aan het bestuursorgaan is toegekend, heeft die bevoegdheidsuitoefening meer of minder het karakter van 'mechanische rechtstoepassing'. Zelfs als een belangenafweging moet plaatsvinden, is bestuurlijke besluitvorming ogenschijnlijk meer *rule-based* dan *case-based* in de zin dat een vergelijking met andere gevallen niet op de voorgrond staat. De betekenis van de regel neemt echter af naarmate de ruimte die de regel laat, niet wordt ingevuld met nadere regels, maar van geval tot geval wordt ingevuld.[363] Daarmee krijgt bestuurlijke besluitvorming meer een *case-based* karakter in de zin dat de uitkomst die in een individueel geval mogelijk is, uit een oogpunt van wetmatigheid van bestuur (consistentie) in lijn moet zijn met de wijze waarop in het verleden met vergelijkbare gevallen is omgegaan. Dit betekent ook dat de transparantiestandaarden die verbonden zijn aan bestuurlijke besluitvorming en die voornamelijk georiënteerd zijn op *rule-based* besluitvorming, zouden moeten meebewegen met die ontwikkeling richting *case-based* besluitvorming.

5.2 Een transparantie *upgrade*?

Centraal in dit preadvies staat de vraag welke transparantiestandaarden het bestuursrecht momenteel aan bestuurlijke besluitvorming stelt. Hoewel de aanleiding voor deze vraag is gelegen in de ontwikkelingen op het terrein van AI en geautomatiseerde besluitvorming, is dit preadvies bewust geschreven vanuit de gedachte dat het debat over transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming niet op zichzelf staat. De ontwikkelingen op het terrein van geautomatiseerde besluitvorming confronteren het bestuursrecht namelijk met de vraag welke eisen in het bestuursrecht eigenlijk aan transparantie bij bestuurlijke besluitvorming worden gesteld.[364] Die eisen blijken voortdurend in beweging en vragen niet alleen om het

360 Raad van State 2021, p. 75-78.
361 Uitdrukking ontleend aan Van Ettekoven 2019, p. 127.
362 Zie par. 4.2.2.
363 Vgl. Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021, p. 15.
364 Zie reeds Wolswinkel 2019 en Wolswinkel 2020a, p. 49-56.

herijken, maar ook om het opnieuw ontdekken van oude uitgangspunten. Het debat over transparantie bij geautomatiseerde besluitvorming vraagt daarom in meer algemene zin – in computertermen – om een *upgrade* van transparantie bij bestuurlijke besluitvorming. Dit geldt temeer wanneer bestuurlijke besluitvorming zich inderdaad in de richting van *case-based* besluitvorming gaat bewegen, ongeacht of sprake is van geautomatiseerde besluitvorming.

Die *upgrade* of versterking van transparantie heeft betrekking op verschillende dimensies van transparantie:

1) *Meer data transparency ten aanzien van de output*
Hoewel de Wet open overheid een eerste aanzet geeft tot actieve openbaarmaking van beschikkingen, rijst de vraag in hoeverre hiermee het belang van procespartijen bij bestuurlijke besluitvorming voldoende wordt gediend. Nu aarzelend de eerste stappen worden gezet naar verbreding van de verzameling van op de zaak betrekking hebbende stukken, zou dat ook gevolgen kunnen hebben voor het beschikbaar stellen van beschikkingen als 'open data', al dan niet als onderdeel van het besluitvormingsdossier. Dat betekent dat het bestuur in lijn met de *Holland Opera*-uitspraak meer gegevens over andere gevallen (aanvragen, adviezen, beschikkingen) zou moeten beschouwen als op *deze zaak* betrekking hebbende stukken.

2) *In een eerder stadium process transparency*
Mede onder invloed van de AVG lijken tussenstappen in een besluitvormingsproces steeds meer op zichzelf te staan en onderworpen te worden aan zelfstandige transparantieverplichtingen. Zo is voor de verplichting tot informatieverstrekking bij de verwerking van persoonsgegevens niet noodzakelijk dat later een besluit in de zin van de Awb wordt genomen. Ook de regeling van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure kan beter worden benut ter versterking van *real-time* transparantie, omdat die verzekert dat partijen tijdig over bepaalde informatie kunnen beschikken. Omdat de AERIUS-verplichting tot tijdige beschikbaarstelling van keuzes, gegevens en aannames naar mijn mening ook kan worden toegepast op menselijke besluitvorming, vereist zij dat ook bij niet-geautomatiseerde besluitvorming 'standaardinformatie' eerder openbaar wordt gemaakt, al dan niet als onderdeel van een buitenwettelijke verplichting voor het bestuur om 'een passende mate van openbaarheid' te verzekeren.

3) *Meer reasoned transparency door vergelijkende motivering van beschikkingen*
Tot slot zou meer werk moeten worden gemaakt van zogeheten 'vergelijkende beoordelingen' in het bestuursrecht. Tot nog toe is de toepassing daarvan beperkt tot competitieve besluitvorming bij bepaalde schaarse rechten. Juist waar een vaste gedragslijn niet is neergelegd in een beleidsregel, zal het motiveren van een beschikking een *case-based* karakter moeten hebben. Dit betekent dat de kwaliteit van de motivering mede wordt bepaald door de mate waarin (proactief) een vergelijking wordt gemaakt met andere gevallen, dus niet enkel nadat een belanghebbende op de vergelijking met een ander geval heeft gewezen.

Ogenschijnlijk staan deze denkrichtingen tot versterking van diverse dimensies van transparantie los van geautomatiseerde besluitvorming. Toch zal ook hier op de achtergrond AI een rol kunnen spelen. De zogeheten 'democratisering van AI'[365] heeft immers ertoe geleid dat AI-toepassingen ook binnen het bereik van de 'gewone' burger zijn gekomen.[366] Zonder al te veel inzicht in de onderliggende broncode (*process transparency*) kan de burger aan de slag met geavanceerde, maar handzame AI-toepassingen. Wanneer de burger tevens kan beschikken over de benodigde input voor die toepassingen (zoals beschikkingen in historische gevallen), kan hij zelf op basis van die data proberen een 'vaste gedragslijn' in de besluitvorming van het bestuursorgaan te construeren. Met andere woorden, de 'output data' (beschikkingen) worden voor de burger tot 'input data' in een zelflerend systeem om zelf een vaste gedragslijn of een impliciete beslisregel te construeren. Het is dan vervolgens aan het bestuur om met een contrasterende uitleg toe te lichten waarom de aanvraag van die burger toch niet voor toewijzing in aanmerking komt.

365 Chollet 2018, p. 23.
366 Zie ook Meuwese 2022, p. 64, over de mogelijkheid van *reverse engineering* door het bestuur zelf.

6 Stellingen

1. De actieve openbaarmakingsplicht van de Wet open overheid moet worden uitgebreid tot afgewezen beschikkingen (par. 3.4.1).
2. De op de zaak betrekking hebbende stukken moeten met de bekendmaking van het besluit beschikbaar worden gesteld (par. 3.4.3).
3. Bij geautomatiseerde besluitvorming geldt geen hogere transparantiestandaard dan bij niet-geautomatiseerde besluitvorming (par. 4.2.1).
4. De AERIUS-verplichting tot volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling van gemaakte keuzes, gegevens en aannames geldt ook voor niet-geautomatiseerde besluitvorming (par. 4.1.2 en 4.2.1).
5. De actieve openbaarmakingsplicht van de Wet open overheid moet worden uitgebreid tot de broncode van computersystemen (par. 4.2.2).
6. Motiveren met behulp van *counterfactuals* is vanuit bestuursrechtelijk perspectief een begaanbare weg voor transparantie bij AI-besluitvorming (par. 2.2.4, 3.4.2 en 4.2.2).

Literatuur

Adriaansz 2020a
C. Adriaansz, 'Betekenisvolle transparantie voor algoritmische besluitvorming', *Computerrecht* 2020/43, afl. 2, p. 83-91.

Adriaansz 2020b
C. Adriaansz, 'De rechtmatigheid van algoritmische besluitvorming in het licht van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel', *NTB* 2020/100, afl. 5, p. 240-249.

Afdeling advisering Raad van State 2018
Afdeling advisering Raad van State, 'Advies inzake de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen', *Stcrt.* 2018, 50999.

Van Amerongen & Schuurmans 2019
N.H. van Amerongen & Y.E. Schuurmans, 'Advies van een deskundige of algoritme? De toetsing van "black box"-besluiten door de bestuursrechter', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 175-196.

Atkinson, Bench-Capon & Bollegala 2020
K. Atkinson, T. Bench-Capon & D. Bollegala, 'Explanation in AI and law: Past, present and future', *Artificial Intelligence* 2020/103387.

Balvert 2022
A.L. Balvert, 'Datagedreven datacommunicatie binnen het bestuursrecht: geautomatiseerd maatwerk?', *NTB* 2022/40, afl. 2, p. 91-98.

Bannister & Connolly 2009
F. Bannister & R. Connolly, 'The Trouble with Transparency: A Critical Review of Openness in e-Government', *Policy & Internet* 2009, afl. 1, artikel 8, DOI: 10.2202/1944-2866.1076.

Binns e.a. 2018
R. Binns e.a., '"It's Reducing a Human Being to a Percentage"; Perceptions of Justice in Algorithmic Decisions', 2018, arXiv:1801.10408 [cs.HC].

Brauneis & Goodman 2018
R. Brauneis & E.P. Goodman, 'Algorithmic Transparency for the Smart City', *The Yale Journal of Law & Technology* 2018, p. 103-176.

Brkan 2019
M. Brkan, 'Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond', *International Journal of Law and Information Technology* 2019, p. 91-121.

Brkan & Bonnet 2019
M. Brkan & G. Bonnet, 'Legal and Technical Feasibility of the GDPR's Quest for Explanation of Algorithmic Decisions: of Black Boxes, White Boxes and Fata Morganas', *European Journal of Risk Regulation* 2019, p. 18-50.

Bröring 2019
H.E. Bröring, 'Bestuursrechtelijke soft law: tien opmerkingen', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 167-179.

Burrell 2016
J. Burrell, 'How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms', *Big Data & Society* 2016, p. 1-12.

Buijze 2013
A.W.G.J. Buijze, *The principle of transparency in EU law* (diss. Utrecht), Den Bosch: BOXPress 2013.

Buijze 2016
A.W.G.J. Buijze, 'Het transparantiebeginsel naar Nederlands recht: een visie geïnspireerd op het EU-recht', *JBplus* 2016/4, nr. 1. p. 45-61.

Çapkurt 2019
F. Çapkurt, 'Bestuursrechtelijke uitdagingen bij de normering van de data-gedreven overheid', in: R.J.N. Schlössels e.a., '25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over een jarige wet', *NTB* 2019/11, afl. 1, p. 119-124.

Çapkurt 2020
F. Çapkurt, 'Het bestuursrecht en gegevensbeschermingsrecht: de ontmoeting van twee rechtsgebieden in historisch perspectief', *RM Themis* 2020-4, p. 181-194.

Çapkurt 2021
F. Çapkurt, 'Een pleidooi voor meer gegevensbescherming in het bestuursrecht', *NTB* 2021/62, afl. 3, p. 143-144.

Çapkurt & Schuurmans 2019
F. Çapkurt & Y.E. Schuurmans, 'Blinde vlek in de Awb: data', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 253-265.

Chollet 2018
F. Chollet, *Deep Learning with Python*, New York: Manning Publications 2018.

Cobbe 2019
J. Cobbe, 'Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision-Making', *Legal Studies* 2019, p. 636-655.

Coglianese 2009
C. Coglianese, 'The Transparency President? The Obama Administration and Open Government', *Governance* 2009, p. 529-544.

Coglianese & Lehr 2017
C. Coglianese & D. Lehr, 'Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era', *The Georgetown Law Journal* 2017, p. 1127-1243.

Coglianese & Lehr 2019
C. Coglianese & D. Lehr, 'Transparency and Algorithmic Governance', *Administrative Law Review* 2019, p. 1-56.

Daalder 2015
E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2015.

Deeks 2019
A. Deeks, 'The judicial demand for explainable artificial intelligence', *Columbia Law Review* 2019, p. 1829-1850.

Doshi-Velez e.a. 2017
F. Doshi-Velez e.a., 'Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation', 2017, arXiv:1711.01134 [cs.AI].

Drahmann 2015
A. Drahmann, *Transparante en eerlijke verdeling van schaarse besluiten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2015.

Drahmann 2021
A. Drahmann, 'De Wet open overheid: een verbetering van de digitale informatiehuishouding van de overheid?', *Computerrecht* 2021/156, afl. 4, p. 321-329.

Van Eck 2018
B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming: Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018.

Van Eck, Bovens & Zouridis 2019
B.M.A. van Eck, M.A.P. Bovens & S. Zouridis, 'Algoritmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', NJB 2019/2101, afl. 40, p. 3008-3017.

Edwards & Veale 2017
L. Edwards & M. Veale, 'Slave to the Algorithm? Why a "Right to Explanation" is Probably Not the Remedy You are Looking For', *Duke Law & Technology Review* 2017, p. 18-84.

Esposito 2022
E. Esposito, 'Transparency versus explanation: The role of ambiguity in legal AI', *Journal of Cross-disciplinary Research in Computational Law* 2022-1.

Van Ettekoven 2018
B.J. van Ettekoven, 'Behoorlijke bestuursrechtspraak in het Big data tijdperk', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 185-231.

Van Ettekoven 2019
B.J. van Ettekoven, 'Big data, algoritmen en behoorlijke bestuursrechtspraak', in: R.J.N. Schlössels e.a., '25 jaar Algemene wet bestuursrecht. Verschillende generaties over een jarige wet', *NTB* 2019/11, afl. 1, p. 124-128.

De Fine Licht & De Fine Licht 2020
K. de Fine Licht & J. de Fine Licht, 'Artificial intelligence, transparency, and public decision-making. Why explanations are key when trying to produce perceived legitimacy', *AI & Society* 2020, p. 917-926.

Franken 1993
H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen', in: H. Franken, I.Th.M. Snellen, J. Smit & A.W. Venstra, *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 7-50.

Goodman & Flaxman 2017
B. Goodman & S. Flaxman, 'European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a "Right to Explanation"', *AI Magazine* Fall 2017, p. 50-57.

Goossens, Hirsch Ballin & Van Vugt 2021
J. Goossens, E.M.H. Hirsch Ballin & E.Y. van Vugt, 'Algoritmische beslisregels vanuit constitutioneel oogpunt. Tweedeling tussen algemene regels en concrete toepassing onder druk', *TvCR* 2021/1, p. 4-19.

Grimmelikhuijsen 2012
S. Grimmelikhuijsen, *Transparency and Trust: An experimental study of online disclosure and trust in government* (diss. Utrecht), Utrecht: Utrecht University 2012.

Groothuis 2004
M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Grosan & Abraham 2011
C. Grosan & A. Abraham, *Intelligent Systems. A Modern Approach*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2011.

Guidotti e.a. 2018
R. Guidotti e.a., 'A Survey of Methods for Explaining Black Box Models', *ACM Computing Surveys* 2018, afl. 5, artikel 93, https://doi.org/10.1145/3236009.

Günther & Kasirzadeh 2021
M. Günther & A. Kasirzadeh, 'Algorithmic and human decision making: for a double standard of transparency', *AI & Society* 2021, https://doi.org/10.1007/s00146-021-01200-5.

Heald 2006
D. Heald, 'Varieties of transparency', *Proceedings of the British Academy* (135) 2006, p. 25-43.

Van Heukelom-Verhage 2020
S. van Heukelom-Verhage, 'Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 185-231.

Hirsch Ballin 2021
E.M.H. Hirsch Ballin, *Mensenrechten als ijkpunten van artificiële intelligentie* (working paper nummer 46), Den Haag: WRR 2021.

Jacobs & Den Ouden 2011
M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Verdeling van schaarse subsidiegelden. De rol van adviseurs, in het bijzonder concullega's, bij de verdeling van subsidies in een tenderprocedure', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 203-233.

Jak & Bastiaans 2018
N. Jak & S. Bastiaans, 'De betekenis van de AVG voor een geautomatiseerde besluitvorming door de overheid: Een black box voor een black box?', NJB 2018/2102, afl. 40, p. 3018-3025.

Van Kaam 2020
S. van Kaam, 'Berichtenbox van MijnOverheid: burger voldoende bereikbaar voor bekendmaking besluiten via de elektronische weg?', *Computerrecht* 2020/44, afl. 2, p. 92-97.

Kleinhout & Naves 2022
B. Kleinhout & J.L. Naves, 'Het voorstel voor een Europese AI-verordening en de betekenis daarvan voor Nederlandse overheden', NTB 2022/38, afl. 2, p. 67-77.

Konijnenbelt & Van Male 2014
W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Koops 2013
B.J. Koops, 'On decision transparency, or how to enhance data protection after the computational turn', in: M. Hildebrandt & K. De Vries (red.), *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, Abingdon: Routledge 2013, p. 196-220.

Kroll e.a. 2017
J.A. Kroll e.a., 'Accountable Algorithms', *University of Pennsylvania Law Review* 2017, p. 633-705.

Larsson & Heintz 2020
S. Larsson & F. Heintz, 'Transparency in artificial intelligence', *Internet Policy Review* 2020, DOI: 10.14763/2020.2.1469.

Lehr & Ohm 2017
D. Lehr & P. Ohm, 'Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning', *University of California Davis Law Review* 2017, p. 655-717.

Lokin 2018
M.H.A.F. Lokin, *Wendbaar wetgeven* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridisch 2018.

Van Male 1988
R.M. van Male, 'Beredeneerd besluiten. Plaats, functie en betekenis van het motiveringsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht', NTB 1988, afl. 3, p. 73-78.

Van Male 2007
R.M. van Male, 'Van motiveringscontrole naar bestuursrechtelijke rechtsvinding', NTB 2007/58, afl. 10, p. 392-394.

Van Male 2018
R.M. van Male, 'Digitalisering van discretionaire bevoegdheden', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 263-284.

Meuwese 2022
A.C.M. Meuwese, 'Artificiële intelligentie en bestuursrecht: menselijk én digitaal', NTB 2022/37, afl. 2, p. 56-66.

Meuwese & Wolswinkel 2022
A.C.M. Meuwese & C.J. Wolswinkel, 'Een Wet op de Artificiële Intelligentie? De Europese wetgever haalt de nationale in', NJB 2022/92, afl. 2, p. 92-100.

Miller 2019
T. Miller, 'Explanation in artificial intelligence: Insights from the social sciences', *Artificial Intelligence* 2019, p. 1-38.

Mock 1999
W.B.T. Mock, 'On the Centrality of Information Law: A Rational Choice Discussion of Information Law and Transparency', *Journal of Computer & Information Law* 1999, p. 1069-1100.

Van Oirsouw & Goossens 2022
C.E.C. van Oirsouw & J. Goossens, 'Besturen met blockchain in de digitale netwerksamenleving: het borgen en operationaliseren van transparantie en accountability', *NTB* 2022/39, afl. 2, p. 78-90.

Ortlep 2013
R. Ortlep, 'Bekendmaking besluit "op een andere geschikte wijze"', *Netherlands Administrative Law Library*, december 2013, DOI: 10.5553/NALL/.000016.

Oswald 2018
M. Oswald, 'Algorithm-assisted decision-making in the public sector: framing the issues using administrative law rules governing discretionary power', *Philosophical Transactions of the Royal Society A. Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 2018, http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2017.0359.

Oztoprak & Ruijer 2016
A.A. Oztoprak & E. Ruijer, 'Variants of transparency: an analysis of the English Local Government Transparency Code 2015', *Local Government Studies* 2016, p. 536-556.

Passchier 2021
R. Passchier, *Artificiële intelligentie en de rechtsstaat. Over verschuivende overheidsmacht, Big Tech en de noodzaak van constitutioneel onderhoud*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Pietermaat 2003
E.C. Pietermaat, 'Processuele openbaarheid', in: *Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang* (Jonge VAR-reeks 2), Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2002, p. 9-49.

De Poorter & Goossens 2019
J.C.A. de Poorter & J. Goossens, 'Rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming', *NJB* 2019/2777, afl. 44, p. 3303-3312.

Raad van State 2021
Raad van State, *Digitalisering. Wetgeving en bestuursrechtspraak*, Den Haag: Raad van State 2021.

Richtlijnen 2021
Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door overheden en publieksvoorlichting over data-analyse* (versie 1 maart 2021), Den Haag 2021.

Russell & Novig 2021
S.J. Russell & P. Norvig, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Upper Saddle River: Prentice Hall 2021.

Samek & Müller 2019
W. Samek & K.-R. Müller, 'Towards Explainable Artificial Intelligence', in: W. Samek e.a. (red.), *Explainable AI: Interpreting, Explaining and Visualizing Deep Learning*, Cham: Springer 2019, p. 5-22.

Schlössels & Zijlstra 2017
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schuurmans, Leijten & Esser 2021
Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, 'Bestuursrecht op maat', in: *Bestuursrecht en maatwerk*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelatie 2021, p. 9-134.

Selbst & Powles 2017
A. Selbst & J. Powles, 'Meaningful Information and the Right to Explanation', *International Data Privacy Law* 2017, p. 233-242.

Sergot e.a. 1986
M.J. Sergot e.a., 'The British Nationality Act as a Logic Pogram', *Communications of the ACM* 1986, p. 370-386.

Snellen 1993
I.Th.M. Snellen, 'Het automatiseren van beschikkingen bestuurskundig beschouwd', in: *Beschikken en automatiseren* (VAR-reeks 110), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 51-117.

VAR 2018
VAR Vereniging voor bestuursrecht, *Algemene regels in het bestuursrecht. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 19 mei 2017* (VAR-reeks 141), Den Haag: Boom juridisch 2018.

VNG 2020
VNG, *Impactanalyse Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door gemeenten (tweede fase). Eindrapportage*, Den Haag: VNG 2020.

Wachter e.a. 2017
S. Wachter, B. Mittelstadt & L. Floridi, 'Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation', *International Data Privacy Law* 2017, p. 79-90.

Wachter e.a. 2018
S. Wachter, B. Mittelstadt & C. Russell, 'Counterfactual Explanations Without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR', *Harvard Journal of Law & Technology* 2018, p. 841-887.

Wertheim 2019
R.S. Wertheim, 'Functies van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in het licht van recente ontwikkelingen in de rechtspraak', *JBplus* 2019/4, p. 15-36.

Williams 2021
R. Williams, 'Rethinking Administrative Law for Algorithmic Decision Making', *Oxford Journal of Legal Studies* 2021, doi:10.1093/ojls/gqab032, p. 1-27.

Wolswinkel 2019
C.J. Wolswinkel, 'Het algoritme van de Afdeling: de realiteit van complex bestuursrecht, *Ars Aequi* 2019, p. 776-785.

Wolswinkel 2020a
C.J. Wolswinkel, *Willekeur of algoritme? Laveren tussen analoog en digitaal bestuursrecht* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2020.

Wolswinkel 2020b
C.J. Wolswinkel, 'AR meets AI: Een bestuursrechtelijk perspectief op een nieuwe generatie besluitvorming', *Computerrecht* 2020/1, p. 22-29.

Wolswinkel 2020c
C.J. Wolswinkel, 'Publicatie van besluiten in een digitaal tijdperk: Verschuivende panelen tussen bekendmaking en openbaarmaking?' *JBplus* 2020/3, p. 16-34.

WRR 2021
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Opgave AI. De nieuwe systeemtechnologie*, Den Haag: WRR 2021.

Zerilli e.a. 2018
J. Zerilli, A. Knott, J. Maclaurin & C. Gavaghan, 'Transparency in Algorithmic and Human Decision-Making: Is There a Double Standard?', *Philosophy and Technology* 2018, https://doi.org/10.1007/s13347-018-0330-6.

Zijlstra 2012
S.E. Zijlstra, *De waarde van wetgevingstechniek* (preadvies CJV), Zutphen: Uitgeverij Paris 2012.

Bestuursrechtspraak transparanter; over de interne en externe openbaarheid van de bestuursrechtspraak

Mr. N.N. Bontje en mr. E.C. Pietermaat[*]

1	**Inleiding**	**241**
1.1	Transparantie: business as usual	241
1.2	Transparantie van de bestuursrechtspraak	242
1.3	Centrale vraag	242
1.4	Aanpak en definities	243
2	**Op de zaak betrekking hebbende stukken**	**244**
2.1	Inleiding	244
2.2	Rechtspraak	245
2.2.1	Wat zijn op de zaak betrekking hebbende stukken?	246
2.2.2	Wie bepaalt wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn?	251
2.2.3	Rechtspraak samengevat	252
2.3	Procesreglement	253
2.3.1	Wat moet in elk geval worden ingediend?	253
2.3.2	Concepten en interne documenten	253
2.3.3	Juridische adviezen	254
2.3.4	Controletaak rechter	255
2.3.5	Wijzen op de mogelijkheid dat bestuursorgaan meer stukken indient	256
2.4	Aanbeveling	256
3	**Beperkte kennisneming**	**257**
3.1	Inleiding	257
3.2	Naar een gewijzigd(e toepassing van) artikel 8:29 Awb	259
3.2.1	Wie kan een verzoek doen	259
3.2.2	Prudent gebruik	261
3.2.3	Zienswijze en horen	261
3.2.4	Zijsprong: zitting met alle partijen	262

* Nina Bontje en Elisabeth Pietermaat zijn advocaat bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te Den Haag. Dit preadvies is op persoonlijke titel geschreven.

3.2.5	Tussenwegen	264
3.3	Advies	266
3.3.1	Artikel 8:29 Awb	266
3.3.2	Procesreglementen	267
4	**De toegang tot processtukken voor derden**	**268**
4.1	Inleiding: externe openbaarheid en toegang tot processtukken	268
4.2	De toegang tot processtukken geregeld	268
4.2.1	Artikel 8:79 Awb en artikel 29 Rv	268
4.2.2	Toegang tot processtukken via de Wob of Woo	269
4.2.3	Vaste werkwijzen van de rechtspraak	272
4.3	Naar een ruimere toegang tot processtukken?	273
4.3.1	Argumenten voor	273
4.3.2	Argumenten tegen	274
4.3.3	Weging	275
4.4	Openbaarmaking van processtukken in het geval van een bijzonder belang bij openbaarheid	275
4.4.1	Een bijzonder belang bij openbaarheid	276
4.4.2	Moment van openbaarmaking	277
4.4.3	Beslissing van het betrokken bestuursorgaan	278
4.4.4	Inhoudelijke processtukken	280
4.4.5	Tot slot: de inzagemogelijkheid voor journalisten rondom de zitting	280
4.5	Aanbeveling	281
5	**Classificatie van uitspraken**	**282**
5.1	Inleiding: openbaarheid van uitspraken	282
5.2	Het nut van het classificeren van uitspraken	283
5.3	Voorstel voor classificatie van uitspraken	285
5.3.1	Het classificatiesysteem van het EHRM ter inspiratie	285
5.3.2	Voorstel voor de Nederlandse bestuursrechtspraak	287
5.4	Aanbeveling	290
6	**Afsluiting**	**291**
7	**Stellingen**	**293**
Literatuur		**294**

1 Inleiding

1.1 Transparantie: business as usual

> 'In onze samenleving lijkt transparantie een bijna vanzelfsprekende strategie om de groeiende ongrijpbaarheid en complexiteit van maatschappelijke en politieke-bestuurlijke problemen en de (institutionele) oplossingen daarvoor hanteerbaar te maken. Transparantie is dus niet zozeer een belangrijk instrument, omdat hetgeen transparant wordt gemaakt zo'n mooi aanblik zou geven. Het zijn de soms turbulente ontwikkelingen in het maatschappelijke en politiek-bestuurlijke landschap die vragen om een andere wijze van oordeelsvorming en nieuwe vormen van controle. De "oude" debat- en controlestructuren lijken niet meer te voldoen en in de huidige samenleving worden andere zwaartepunten gekozen.'

Dit citaat is afkomstig uit het hoofdbetoog van Prins e.a. in het in 2013 door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) uitgebrachte rapport 'Speelruimte voor transparantere rechtspraak'.[1] In dit lijvige rapport zijn naast het hoofdbetoog negen essays opgenomen, waarin vanuit verschillende perspectieven wordt ingegaan op de transparantie van de rechtspraak en het belang daarvan. Het rapport verscheen tegen de achtergrond van op dat moment sterk opkomende belangstelling voor de rechtspraak. De belangstelling gold niet alleen voor de spraakmakende zaken, maar ook voor het instituut en de individuele rechter zelf.

Prins e.a. signaleren de algemene verwachting dat vergroting van transparantie het antwoord is op geconstateerde tekortkomingen in het functioneren van de overheid. Zo bezien is het dus weinig verrassend dat het demissionaire kabinet op 15 januari 2021 in de reactie op de bevindingen van het rapport 'Ongekend onrecht' van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag aankondigde 'radicaal te kiezen voor ruime informatievoorziening aan de Kamer'.[2] In het verlengde hiervan besloot het demissionaire kabinet om vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Wet open overheid (Woo) vaker persoonlijke beleidsopvattingen uit documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad openbaar te maken.[3]

Met de keuze voor 'transparantie' als onderwerp van de preadviezen 2022 heeft het VAR-bestuur dus voor een actueel thema gekozen. De actualiteit wordt nog eens onderstreept door de inwerkingtreding van de Woo op 1 mei 2022, die de

1 WRR-rapport 2013, p. 43.
2 *Kamerstukken II* 2020/21, 35510, nr. 4, vanaf p. 16.
3 *Kamerstukken I* 2020/21, 33328, P, p. 8.

transparantie van het bestuur beoogt te vergroten door de actieve openbaarmaking van een groot aantal documenten te verplichten.

1.2 Transparantie van de bestuursrechtspraak

Hoewel de transparantie van het openbaar bestuur op dit moment in het brandpunt van de belangstelling staat, kan dat niet worden gezegd van de transparantie van de bestuursrechtspraak. Dat is op zichzelf ook niet zo gek, want het uitgangspunt van openbaarheid van de rechtspraak is diep verankerd in onze rechtstaat. Artikel 121 Grondwet bepaalt:

> 'Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.'

In het verlengde hiervan neemt artikel 8:62 Algemene wet bestuursrecht (Awb) tot uitgangspunt dat zittingen openbaar zijn, bepaalt artikel 8:78 Awb dat de uitspraak in het openbaar geschiedt en voorziet artikel 8:79 Awb erin dat afschriften van de uitspraak aan partijen en aan anderen worden verstrekt. Binnen de procedure geldt een recht op transparantie voor de deelnemende partijen: artikel 8:42 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de bestuursrechter zendt. Artikel 8:39 Awb regelt dat de partijen (in beginsel) de beschikking krijgen over de op de zaak betrekking hebbende stukken: de griffier zendt deze door aan partijen. Daarmee is geborgd dat de deelnemers aan een procedure allen de beschikking hebben over de op de zaak betrekking hebbende stukken. Een uitgangspunt dat ook recht doet aan het beginsel van *equality of arms* dat voortvloeit uit artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het van oorsprong verdragsrechtelijke verdedigingsbeginsel houdt in dat een partij die in geschil is met de overheid de informatie moet kunnen krijgen die voor zijn verdediging relevant is. De mededeling van een bestuursorgaan dat alleen de bestuursrechter (en niet andere procesdeelnemers) kennis mag nemen van de stukken wordt door de rechter om die reden indringend getoetst ter beantwoording van de vraag of de beperking van de kennisneming is gerechtvaardigd. Dat is alleen het geval als er sprake is van gewichtige redenen (art. 8:29 lid 1 Awb).

1.3 Centrale vraag

Transparantie van de bestuursrechtelijke procedure met gelijke toegang van partijen tot de processtukken is hoeksteen en uitgangspunt van een eerlijke geschilbeslechting en een vanzelfsprekend vertrekpunt. Voor alle zaken die vanzelfsprekend zijn, of die in de praktijk wel werken, is onderhoud soms nodig. Zijn er verbeteringen mogelijk, wenselijk of noodzakelijk? Het is daarom terecht dat de VAR dit deelonderwerp heeft geagendeerd en dat wij ons over die vraag mogen buigen vanuit onze praktijkervaring. De centrale vraag van ons preadvies is:

> *Hoe kan de transparantie van de bestuursrechtspraak concreet worden verbeterd?*

1.4 Aanpak en definities

Bij de beantwoording van deze centrale vraag zijn wij aangesloten bij het bestaande onderscheid tussen interne openbaarheid[4] en externe openbaarheid.[5] Onder interne openbaarheid wordt verstaan de toegang van partijen en de rechter tot alle relevante informatie voor de behandeling van een zaak. Het belang van interne openbaarheid is gelegen in het recht op een eerlijk proces. Onder externe openbaarheid verstaan wij de openbaarheid van de procedure bij de bestuursrechter voor anderen dan procespartijen. Externe openbaarheid bestaat tot op heden uit openbaarheid van de zitting en de uitspraak. Doel daarvan is primair de inzichtelijkheid en controleerbaarheid (en daarmee de onpartijdigheid) van de rechtspraak te waarborgen. Daarnaast draagt openbare rechtspraak bij aan de rechtsontwikkeling; doordat kennis kan worden genomen van de wijze waarop de rechter een zaak beoordeelt, kan inzicht worden verkregen in de wijze waarop wet- en regelgeving moet worden uitgelegd.

In de volgende vier hoofdstukken doen wij zoveel mogelijk concrete aanbevelingen om met name voor de burger en gemachtigden met een brede praktijk de bestuursrechtspraak transparanter te maken. De aanbevelingen zijn gericht aan de rechtspraak of de wetgever. Voor wat betreft de interne openbaarheid zien de aanbevelingen op de op de zaak betrekking hebbende stukken (hoofdstuk 2) en op de regeling voor de beperkte kennisneming van inlichtingen en stukken in artikel 8:29 Awb (hoofdstuk 3). De aanbevelingen ten behoeve van de externe openbaarheid zien op de toegang tot processtukken voor anderen dan procespartijen (hoofdstuk 4) en op de classificatie van uitspraken bij publicatie (hoofdstuk 5). Om zo concreet mogelijk te zijn, sluiten we elk hoofdstuk af met tekstvoorstellen voor aanpassing van de wet en/of reglementen. Zo maken we zelf transparant waarop we het oog hebben. We realiseren ons dat het opstellen van wet- en regelgeving niet ons vak is. De voorstellen zijn wat ons betreft dan ook in tekstueel opzicht niet in beton gegoten: we wisselen graag van gedachten over de strekking.

Wij sluiten af met een samenvatting van onze bevindingen en aanbevelingen (hoofdstuk 6) en met vier daarop gebaseerde stellingen (hoofdstuk 7).

4 Interne openbaarheid wordt ook wel processuele of procedurele openbaarheid genoemd.
5 Daalder 2015, p. 501.

2 Op de zaak betrekking hebbende stukken

2.1 Inleiding

In geval van een procedure bij de bestuursrechter is het bestuursorgaan verplicht 'de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen' (hierna ook kortweg: 'de stukken'). Artikel 8:42 lid 1 Awb bepaalt dat het bestuursorgaan binnen vier weken na de dag van verzending van de gronden van het beroepschrift aan het bestuursorgaan, de stukken aan de bestuursrechter zendt.[6] De bestuursrechter zorgt er vervolgens voor dat ook de overige partijen een kopie van de stukken krijgen (art. 8:39 Awb). De verplichting is belangrijk voor de interne openbaarheid van de procedure bij de bestuursrechter. Doordat het bestuursorgaan de op de zaak betrekking hebbende stukken indient, beschikken – behoudens in de gevallen waarin toepassing wordt gegeven aan artikel 8:29 lid 3 Awb, waarover in hoofdstuk 3 meer – alle partijen over dezelfde informatie, kunnen zij zich daarover uitlaten én wordt de bestuursrechter in staat gesteld het bestreden besluit te toetsen op basis van dezelfde informatie als waarover het bestuursorgaan beschikt.[7] In zaken over punitieve sancties speelt daarnaast het belang van de verdediging een rol.[8]

Wat de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, wordt in de Awb niet gedefinieerd. De wetsgeschiedenis van artikel 8:42 Awb geeft nauwelijks duidelijkheid. Daarin is slechts opgemerkt dat is bedoeld dat het bestuursorgaan *alle* op de zaak betrekking hebbende stukken indient.[9] Artikel 7:4 lid 2 Awb bepaalt dat in de bezwaarschriftenprocedure het bestuursorgaan verplicht is het bezwaarschrift en alle verder op de zaak betrekking hebbende stukken voorafgaand aan het horen ter inzage te leggen. De wetsgeschiedenis op die bepaling biedt iets meer inzicht doordat daarin rapporten, adviezen en beleidsnota's worden genoemd als voorbeelden van op de zaak betrekking hebbende stukken.[10] De wetgeschiedenis van de wet Herziening fiscaal procesrecht vermeldt dat het gaat om 'alle stukken die bij het nemen van het bestreden besluit een rol hebben gespeeld'.[11]

---

6 Voor een wetswijziging in 2017 bepaalde art. 8:42 lid 1 Awb nog dat de op de zaak betrekking hebbende stukken binnen vier weken nadat beroep is ingesteld moesten worden ingediend, *Stb.* 2017, 174.

7 ABRvS 9 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AA961, CRvB 19 september 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD4639 en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672.

8 CBb 6 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2461 en CBb 6 mei 2021, ECLI:NL:CBB:2021:970.

9 *Kamerstukken II* 1992/93, 22495, nr. 6, p. 53.

10 *Kamerstukken II* 1990/91, 21221, nr. 4, p. 149.

11 *Kamerstukken II* 1997/98, 25175, nr. 5, p. 16-17.

Voor burgers en rechtspersonen (hierna ook samen aangeduid als: partijen) die voor het eerst of niet regelmatig bij de bestuursrechter procederen, zal het niet, in elk geval niet zonder meer, duidelijk zijn wat precies op de zaak betrekking hebbende stuken zijn en wat zij in dat opzicht van het bestuursorgaan mogen verwachten. Dit geldt temeer nu de bestuursrechtelijke procesreglementen geen aandacht besteden aan dit onderdeel van de procedure, inhoudelijk noch procedureel. Partijen moeten er in de basis op vertrouwen dat het bestuursorgaan zich zorgvuldig van zijn taak kwijt en een volledig dossier indient.

De vraag dringt zich daarom op of het de interne openbaarheid van de bestuursrechtspraak ten goede komt als in de procesreglementen nader zou worden ingegaan op wat onder de op de zaak betrekking hebbende stukken wordt verstaan en (dus) wat er van bestuursorganen mag worden verwacht. Van partijen kan moeilijk worden verwacht eerst grondig de rechtspraak te onderzoeken, voordat zij weten waar ze op kunnen rekenen.

Ook om andere redenen is het wenselijk dat partijen hierover beter worden voorgelicht. Wij nemen waar dat parallel aan een bezwaar- of beroepsprocedure door partijen in toenemende mate een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) wordt gedaan, om aan meer informatie te komen dan door het bestuursorgaan tot dan toe in de bezwaar- of beroepsprocedure is verstrekt. Soms is dat louter een 'fishing expedition' om erachter te komen of er 'meer' is, maar het komt ook voor dat een partij ten onrechte in de veronderstelling verkeert dat een beroep op de Wob nodig is om aan informatie te komen, terwijl het in feite om op de zaak betrekking hebbende stukken gaat. Aldus ontstaan er meerdere procedures over uiteindelijk hetzelfde geschil, waardoor een procedure langer kan duren dan nodig is en/of nodeloos ingewikkeld wordt. Wij verwachten dat dit met de inwerkingtreding van de Woo zal toenemen, bijvoorbeeld omdat op grond van de Woo vaker informatie uit documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad openbaar zal worden gemaakt. Nu al zien we dat naarmate er meer van dit type informatie openbaar wordt, de behoefte aan nog meer informatie eerder toe- dan afneemt.

Gelet op deze ontwikkelingen is onze verwachting dat vaker de vraag zal worden opgeworpen of wel alle op de zaak betrekking hebbende stukken zijn ingediend. Wat meer 'guidance' vooraf helpt die vraag te beantwoorden. Ons voorstel is hiervoor de procesreglementen te benutten. Wat zou daarin geregeld moeten worden? Aan het slot van dit hoofdstuk (par. 2.3 en 2.4) doen wij hiervoor een aanzet op basis van een analyse van de rechtspraak van de vier hoogste bestuursrechters over de vraag wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn en wat een partij moet doen als hij meent dat het bestuursorgaan niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken heeft ingediend (par. 2.3).

2.2 Rechtspraak

In een uitvoerige bijlage bij zeven conclusies voor de Hoge Raad over de vraag wat moet worden verstaan onder 'op de zaak betrekking hebbende stukken' zet advocaat-generaal IJzerman de wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak over de

toepassing van artikel 8:42 Awb op een rij.[12] Ook Daalder analyseert uitgebreid de rechtspraak over het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken'.[13] In dit preadvies beperken wij ons tot een weergave van wat in meer algemene zin uit de rechtspraak van de vier hoogste bestuursrechters kan worden afgeleid over (1) de vraag wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn en (2) welke route moet worden gevolgd op het moment dat een partij meent dat het bestuursorgaan ten onrechte niet alle stukken heeft ingediend.

2.2.1 *Wat zijn op de zaak betrekking hebbende stukken?*

Hoge Raad

De Hoge Raad heeft in een standaardarrest van 10 april 2015 uitleg gegeven aan het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken'.[14] Volgens de Hoge Raad gaat het in beginsel om alle stukken die de belastinginspecteur ter beschikking hebben gestaan én die een rol hebben gespeeld bij zijn besluitvorming. In een opvolgend standaardarrest van 4 mei 2018 heeft de Hoge Raad in aanvulling daarop het volgende overwogen:[15]

> '3.4.2 (...) i) Tot de op grond van artikel 8:42, lid 1, Awb over te leggen stukken behoren alle stukken die de inspecteur ter raadpleging ter beschikking staan of hebben gestaan en die van belang kunnen zijn voor de beslechting van de (nog) bestaande geschilpunten. Tot de door de inspecteur over te leggen stukken behoren niet stukken die zich bevinden onder derden (bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie) en die niet aan hem zijn verstrekt, ook al is hij bekend met het bestaan daarvan (vgl. HR 12 juli 2013, nr. 11/04625, ECLI:NL:HR:2013:29, BNB 2013/226, rechtsoverweging 3.3.1.3).
>
> ii) Een redelijke, met de hiervoor in 3.4.1 omschreven strekking van artikel 8:42, lid 1, Awb strokende, uitleg van die bepaling brengt mee dat de daarin opgenomen verplichting tot overlegging van stukken zich ook uitstrekt tot stukken die pas in de loop van het beroep of hoger beroep ter beschikking van de inspecteur zijn gekomen. Indien dergelijke stukken ter beschikking van de inspecteur komen na afloop van de in artikel 8:42 Awb bedoelde termijn, dient hij deze alsnog onverwijld aan de rechter toe te zenden.
>
> iii) Tot de op de zaak betrekking hebbende stukken behoren niet slechts de stukken die de inspecteur heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit. Daartoe behoren in beginsel ook stukken als hiervoor onder i) en ii) bedoeld die de inspecteur wel ter beschikking staan of hebben gestaan maar die hij niet heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit.

12 Concl. A-G IJzerman 25 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1081.
13 Daalder 2019b, p. 17-38.
14 HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:874.
15 HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672.

Stukken die de inspecteur wel heeft gebruikt ter onderbouwing van zijn besluit, maar die voor de beoordeling van de zaak door de rechter niet (langer) van belang zijn, behoren niet tot de op de zaak betrekking hebbende stukken. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van stukken die betrekking hebben op een element van de aanslag dat in beroep niet (meer) ter discussie staat.

iv) Als een stuk passages bevat die op de zaak betrekking hebben, is dit stuk als geheel een op de zaak betrekking hebbend stuk. De verplichting om dit stuk over te leggen, ziet daardoor niet slechts op de voor de beoordeling van de zaak relevante passages.

v) Ook ten aanzien van hetgeen hiervoor onder i tot en met iv is overwogen geldt hetgeen is neergelegd in overweging 2.3.2 van het arrest van de Hoge Raad van 10april 2015, nr. 14/01189, ECLI:NL:HR:2015:874, BNB 2015/129: indien de inspecteur verzuimt te voldoen aan de verplichting om op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen is het op grond van artikel 8:31 Awb aan de rechter om daaruit de gevolgtrekkingen te maken die hem geraden voorkomen. Dit voorschrift staat toe dat de rechter onder omstandigheden de gevolgtrekking maakt dat voorbijgegaan moet worden aan dit verzuim. Beslist de rechter niet aanstonds aan het verzuim voorbij te gaan, dan mag hij over de toepassing van artikel 8:31 Awb niet beslissen alvorens partijen in de gelegenheid te hebben gesteld zich daarover uit te laten.'

De nadere overwegingen – hierna: vuistregels – zien met name op papieren of andere, eenvoudig printbare documenten zoals e-mails. In hetzelfde arrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat de verplichting om de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen ook ziet op in elektronische vorm vastgelegde, op de zaak betrekking hebbende gegevens. Software en andere elektronische systemen voor gegevensopslag, -bewerking, -verwerking of -beheer zijn dat niet, aangezien dergelijke programma's en systemen, zo zegt de Hoge Raad, als zodanig geen op een zaak betrekking hebbende gegevens plegen te bevatten. Voor gegevens die worden opgeslagen, bewerkt, verwerkt of beheerd in systematische gegevensverzamelingen (databases) geldt dat zij in beginsel alleen op de zaak betrekking hebben als zij van belang en raadpleegbaar zijn met het oog op de aan de orde zijnde zaak. In de vorm van een afdruk of op een andere geschikte wijze zullen zij voor partijen en de rechter ter beschikking moeten worden gesteld.

In een arrest van 17 augustus 2018 heeft de Hoge Raad, onder verwijzing naar de AERIUS-uitspraak van de Afdeling,[16] hier nog aan toegevoegd dat in het geval een door het bestuursorgaan genomen besluit geheel of ten dele het resultaat is van een geautomatiseerd proces en de belanghebbende de juistheid van de bij dat geautomatiseerde proces gemaakte keuzes en van de daarbij gebruikte gegevens en aannames wil controleren of betwisten, het bestuursorgaan zorg moet dragen voor de inzichtelijkheid en controleerbaarheid van die keuzes, aannames en gegevens. Dit

16 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259.

moet ook als die informatie (nog) niet is neergelegd in op de zaak betrekking hebbende stukken.[17]

College van Beroep voor het bedrijfsleven

Net als de Hoge Raad hanteert het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) een ruime benadering als het gaat om de op de zaak betrekking hebbende stukken. Dit komt vooral in sanctiezaken tot uitdrukking. Op de zaak betrekking hebbende stukken zijn niet alleen de stukken die volgens de toezichthouder een rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces dat aan het opleggen van de boete vooraf is gegaan. Indien dit volgens de beboete partij noodzakelijk is voor zijn verdediging, kunnen ook andere stukken die onder het bereik van de toezichthouder vallen als op de zaak betrekking hebbend worden aangemerkt:[18]

> '3.2.2 (...) In een procedure waarin een belanghebbende, zoals hier (..), opkomt tegen een opgelegde boete moet deze in staat worden gesteld om alles aan te voeren wat zij in het belang van haar verdediging noodzakelijk acht. Dat betekent dat wanneer een belanghebbende gemotiveerd uiteenzet dat en waarom hij het van belang acht dat bepaalde stukken die zich onder het bereik van de toezichthouder bevinden, die stukken als op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 8:42 Awb moeten worden aangemerkt en dus, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van artikel 8:29 Awb en uitzonderingsgevallen als misbruik van procesrecht, moeten worden overgelegd, ook als deze volgens de toezichthouder geen rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces dat aan het opleggen van de boete is vooraf gegaan. Niet uit te sluiten valt immers dat uit die stukken feiten of omstandigheden blijken die in het belang zijn van de verdediging van de belanghebbende. De belanghebbende behoort op dit punt derhalve niet afhankelijk te zijn van een selectie die de toezichthouder zelf maakt uit het geheel van de zich onder zijn bereik bevindende stukken.'

In twee uitspraken van 6 mei 2021 heeft het CBb onder verwijzing naar de vuistregels van de Hoge Raad in een boetezaak de vraag beantwoord of bepaalde onder De Nederlandsche Bank (DNB) berustende documenten op de zaak betrekking hebbende stukken zijn.[19] Het betrof onder meer concepten van een door een externe partij opgesteld rapport en interne stukken die over die concepten waren gewisseld. Volgens het CBb zijn het op de zaak betrekking hebbende stukken. Hoewel DNB de

17 HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316. Zie hierover ook de publicatie van de Raad van State over digitalisering in wetgeving en bestuursrechtspraak van 28 juni 2021, p. 20.

18 CBb 6 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK2461; zie bijv. ook CBb 28 april 2020, ECLI:NL:CBB:2020:307.

19 CBb 6 mei 2021, ECLI:NL:CBB:2021:968 en 970; meer precies betreft het beslissingen als bedoeld in art. 8:29 lid 3 Awb. Anders dan in elk geval de Afdeling bestuursrechtspraak kiest het CBb er soms voor 8:29-beslissingen te laten nemen door een rechter die ook bij de behandeling van de hoofdzaak is betrokken. Dat heeft als voordeel dat die rechter ook meteen een beslissing kan nemen over de vraag of een document een op de zaak betrekking hebbend stuk is.

stukken niet had gebruikt ter onderbouwing van het besluit, kunnen ze naar het oordeel van het CBb wel van belang zijn voor de beoordeling van het geschil:

> '3.1.1 Het College stelt voorop dat DNB op grond van artikel 8:42, eerste lid, van de Awb gehouden is de op de zaak betrekking hebbende stukken aan het College toe te zenden. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 4 mei 2018 de maatstaf voor de toepassing van artikel 8:42 van de Awb verduidelijkt en daartoe, voor zover van belang, overwogen:
> (...)
> 3.1.3 Het College wijst erop dat voor een adequate waardering van de (bewijs)waarde van een rapport dat door externe deskundigen is opgesteld inzicht in (onder meer de invloed die de opdrachtgever heeft uitgeoefend op) de totstandkoming van het rapport van wezenlijk belang is. Stukken die in dit verband zijn gewisseld tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer, waaronder eerdere versies van rapporten, dragen bij aan het verkrijgen van zodanig inzicht.
> 3.1.4 Ook als, zoals DNB stelt, B3 en B4 zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad als bedoeld in artikel 11 van de Wob, betekent dat niet dat zij geen op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 8:42 van de Awb kunnen zijn. (...)
> (...)
> 3.2.1 B3 en B4 hebben DNB bij haar besluitvorming (ter raadpleging) ter beschikking gestaan. Dat DNB rapport III en B3 en B4 niet heeft gebruikt ter onderbouwing van de beslissingen op bezwaar van [naam 1] en [naam 2], betekent niet dat deze stukken niet relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de (nog) openstaande geschilpunten in hun procedures.'

Dat het CBb conceptrapporten en (interne) correspondentie als op de zaak betrekking hebbend aanmerkt, is niet nieuw. Dat deed het CBb eerder ook al.[20] Wel nieuw is dat het de eerste keer is dat het CBb de beoordeling verricht aan de hand van de vuistregels van de Hoge Raad.

Afdeling bestuursrechtspraak en Centrale Raad van Beroep

In een uitspraak van 12 juli 2017 heeft de Afdeling geoordeeld dat geen sprake is van een op de zaak betrekking hebbend stuk, 'omdat het niet voor het nemen van het besluit of bezwaar was gebruikt'.[21] Er wordt ook wel gesproken over 'de documenten waarop het besluit is gebaseerd'[22] of 'documenten die in de besluitvorming een rol hebben gespeeld'.[23] De Centrale Raad sprak in oudere rechtspraak over 'de geschriften die deel uitmaken van de totstandkoming van het primaire en het

20 Bijv. CBb 17 maart 2020, ECLI:NL:CBB:2020:177.
21 ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1897.
22 ABRvS 28 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM2647, ABRvS 16 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2621 en ABRvS 3 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3296. Recent: ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1682.
23 ABRvS 19 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1051 en ABRvS 4 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:964.

bestreden besluit'.[24] Tegenwoordig sluit de terminologie van de Centrale Raad aan bij die van de Afdeling.[25]

> Er zijn nog geen uitspraken waarin de Afdeling bestuursrechtspraak of de Centrale Raad aan de hand van de vuistregels van de Hoge Raad hebben onderzocht of bepaalde stukken op de zaak betrekking hebbend zijn. Mogelijk komt dit doordat partijen in procedures bij de Afdeling en de Centrale Raad zich minder vaak op het standpunt stellen dat het bestuursorgaan bepaalde stukken ten onrechte niet heeft ingediend en/of dat bestuursorganen zich minder verzetten op het moment dat hun wordt gevraagd bepaalde stukken in te dienen. Met name door dit laatste zal de vraag of een document wel een op de zaak betrekking hebbend stuk is minder scherp aan de orde komen. Het kan dus simpelweg zo zijn dat de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad de vuistregels (nog) niet nodig hebben gehad om tot een oordeel hierover te komen.[26]

De Afdeling heeft in een uitspraak van 24 april 1998 geoordeeld dat de schriftelijke neerslag van de raadpleging door het bestuursorgaan van interne of externe adviseurs die betrekking heeft op de positiebepaling van het bestuursorgaan ten aanzien van aan de orde zijnde rechtsvragen geen op de zaak betrekking hebbend stuk is. De Afdeling motiveerde dit als volgt:[27]

> 'Indien de overheid niet, zoals andere rechtzoekenden, de mogelijkheid zou hebben om haar interne en externe adviseurs te raadplegen over de aan de orde zijnde rechtsvragen alvorens haar positie te bepalen, zou de gelijkwaardigheid tussen behartigers van het algemene en van het individuele belang in het gedrang kunnen komen. De schriftelijke neerslag van die raadpleging levert niet een op de zaak betrekking hebbend stuk als bedoeld in artikel 7:4, tweede lid, van de Awb op.'

Sindsdien is dit vaste rechtspraak van de Afdeling.[28] De Centrale Raad heeft in een uitspraak van 25 februari 2008 de lijn van de Afdeling bestuursrechtspraak overgenomen.[29]

Een in het oog springende uitspraak van de Afdeling is nog de uitspraak van 15 juli 2015, waarin is bepaald dat in procedures waar meerdere (subsidie)aanvragers zijn betrokken, de dossiers van andere aanvragers ook zijn aan te merken als op de zaak

24 CRvB 19 oktober 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AF8966.
25 CRvB 3 november 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2726, CRvB 19 maart 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:540 en CRvB 12 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:490.
26 Al klinken in sommige uitspraken de vuistregels door nu daarin bij de vraag of sprake is van een op de zaak betrekking hebbend stuk ook onder ogen wordt gezien of een document dat niet is gebruikt voor het besluit toch relevant kan zijn voor de beoordeling van het geschil. Zie bijv. CRvB 24 maart 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:660, ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1682 en ABRvS 25 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2810.
27 ABRvS 24 april 1998, nr. H01.96.0308, niet gepubliceerd, JB 1998/145.
28 Zie meest recent: ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1897.
29 Vzr. CRvB 25 februari 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC7620.

betrekking hebbend voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren:[30]

> '6.1. Uit hetgeen is overwogen in 5.5 volgt dat, om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen en dientengevolge de totstandkoming van die rangorde op adequate wijze te kunnen bestrijden, het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de totstandkoming van die beoordelingen. Daarvoor is vereist dat zoveel als mogelijk inzage wordt verkregen in de stukken die betrekking hebben op de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen, voor zover die stukken nodig zijn om de beoordelingen van de hoger in de rangorde geëindigde aanvragen te kunnen controleren. Deze stukken moeten derhalve worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken in de zin van artikel 7:4, tweede lid, van de Awb die, behoudens de in het zesde lid genoemde uitzondering, ter inzage moeten worden gelegd.'

2.2.2 *Wie bepaalt wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn?*

Het antwoord op de vraag wie er bepaalt wat de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, luidt: in eerste instantie het bestuursorgaan, maar zo nodig beslist de rechter. De Hoge Raad heeft in een arrest van 25 april 2008 bepaald hoe moet worden geoordeeld als een partij zich op het standpunt stelt dat het bestuursorgaan bepaalde stukken als op de zaak betrekking hebbend moet indienen:[31]

> '3.2.4 (...) Indien een belanghebbende zich op het standpunt stelt dat een bepaald aan de inspecteur ter beschikking staand stuk dient te worden overgelegd omdat het op de zaak betrekking heeft, kan geen doorslaggevende betekenis toekomen aan de betwisting van dat laatste door de inspecteur. Die betwisting – evenals haar eventuele onderbouwing – berust immers mede op feitelijke gegevens (de inhoud van dat stuk) die aan de belanghebbende en de rechter niet bekend zijn, zodat zij door de belanghebbende niet kunnen worden weerlegd, en door de rechter niet op juistheid kunnen worden getoetst. Daarbij komt dat indien de inspecteur meent dat gewichtige redenen zich tegen overlegging van het stuk verzetten, hij zich kan beroepen op artikel 8:29 Awb. In het licht van dit een en ander dient artikel 8:42 Awb aldus te worden uitgelegd dat, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van artikel 8:29 Awb en uitzonderingsgevallen als misbruik van procesrecht, tegemoet dient te worden gekomen aan een verzoek van de belanghebbende tot overlegging van een bepaald stuk indien deze voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat het stuk van enig belang kan zijn (geweest) voor de besluitvorming in zijn zaak. (...)'

De volgorde is dat een partij voldoende gemotiveerd moet stellen dat een stuk van enig belang kan zijn (geweest) voor beoordeling van het geschil naar aanleiding van de besluitvorming in zijn zaak. Slaagt zij daarin, dan moet het bestuursorgaan het stuk in beginsel indienen.

---

30 ABRvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258.
31 HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5868.

Uit de hiervoor al genoemde uitspraak van 6 november 2009 volgt dat het CBb dezelfde lijn hanteert. In latere rechtspraak heeft het CBb benadrukt dat een partij niet zonder meer toegang heeft tot stukken die zich onder de toezichthouder bevinden. Een partij moet motiveren waarom stukken die zich in andere dossiers bevinden voor haar verdediging van belang kunnen zijn.[32]

2.2.3 Rechtspraak samengevat

Uit het voorgaande volgt dat alleen de Hoge Raad vuistregels heeft ontwikkeld om de vraag te kunnen beantwoorden of sprake is van op de zaak betrekking hebbende stukken. Het CBb heeft, voor zover wij dat hebben kunnen nagaan, tot op heden één keer aan de hand van de vuistregels in een boetezaak onderzocht of sprake is van op de zaak betrekking hebbende stukken. De Afdeling en de Centrale Raad hebben dat nog niet gedaan, maar daaraan lijken geen principiële redenen ten grondslag te liggen. Wij zien geen reden de vuistregels niet tot uitgangspunt te nemen voor onze aanbeveling voor een aanvulling op het procesreglement. Samengevat komen ze op het volgende neer:

- Op de zaak betrekking hebbende zijn de stukken die het bestuursorgaan ter beschikking staan of hebben gestaan en die van belang kunnen zijn voor de beslechting van de (nog) bestaande geschilpunten; dat kunnen ook stukken zijn die pas in de loop van het beroep of hoger beroep ter beschikking zijn gekomen.
- Stukken die onder derden berusten en niet aan het bestuursorgaan zijn verstrekt, zijn geen op de zaak betrekking hebbende stukken.[33]
- Stukken die wel zijn gebruikt ter onderbouwing van het bestreden besluit, maar voor de beoordeling door de rechter niet meer van belang zijn, zijn geen op de zaak betrekking hebbende stukken.

Uit de rechtspraak volgt verder:

- Concepten en interne documenten kunnen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn.
- Juridische adviezen zijn volgens de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad geen op de zaak betrekking hebbende stukken en volgens de Hoge Raad en het CBb wel.[34]
- Indien een partij voldoende gemotiveerd aannemelijk maakt dat een stuk van enig belang kan zijn voor de beoordeling van het geschil, dan moet het bestuursorgaan het stuk in beginsel indienen.

Op basis hiervan zullen wij hieronder nader uiteenzetten wat volgens ons in de procesreglementen zou kunnen worden opgenomen.

32 Bijv. CBb 4 oktober 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BT6521.
33 ABRvS 30 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3045.
34 CBb 11 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:311 en HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5868.

2.3 Procesreglement

2.3.1 Wat moet in elk geval worden ingediend?

De hoofd(vuist)regel is dat de stukken die het bestuursorgaan ter beschikking staan of hebben gestaan en die van belang kunnen zijn voor de beslechting van het geschil op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Die regel is volgens ons niet concreet genoeg. Een bestuursorgaan staat immers een oneindige hoeveelheid stukken ter beschikking. De regel behoeft daarom concretisering.

Wat ons betreft dient het bestuursorgaan in elk geval de stukken in te dienen die ten grondslag liggen aan het besluit (het primaire besluit en de beslissing op bezwaar) en nog van belang zijn voor de beslechting van het geschil. Daarnaast zou het bestuursorgaan uit zichzelf alle documenten als op de zaak betrekking hebbend moeten indienen die verder nog van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil. Dat zijn de stukken die misschien niet rechtstreeks zijn gebruikt voor het concrete besluit dat voorligt, maar wel van belang zijn voor de rechter om het bestreden besluit goed te kunnen beoordelen. Denk bijvoorbeeld aan een evaluatierapport op basis waarvan een beleidswijziging heeft plaatsgevonden en het bij de rechter voorliggende besluit op grond van het gewijzigde beleid is genomen. Om welke stukken het precies gaat, moet het bestuursorgaan beoordelen aan de hand van de beroepsgronden. De verplichting tot toezending ontstaat ook pas als de gronden van het beroep bekend zijn. Het bestuursorgaan weet dan wat de omvang van het geschil is en zou dus ook voor een groot deel al moeten kunnen beoordelen wat de voor de beslechting van dat geschil relevante stukken zijn. Tegelijk kan niet worden uitgesloten dat bij het opstellen van het verweerschrift, dat vaak pas later wordt ingediend, blijkt dat meer stukken moeten worden ingediend. Het bestuursorgaan zou daarom niet te snel het verwijt moeten worden gemaakt ten onrechte niet binnen vier weken de op de zaak betrekking hebbende stukken te hebben ingediend. Overigens zal een deel van de informatie die van belang kan zijn voor de beoordeling van het geschil al openbaar zijn, zoals de toepasselijke wet- en regelgeving, Kamerstukken enzovoort. Het is overdreven dergelijke stukken in te dienen, mits ze via internet raadpleegbaar zijn.

2.3.2 Concepten en interne documenten

Wat ons betreft zou de regel moeten zijn dat concepten en interne stukken in beginsel geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. In beroep ligt immers het eindresultaat voor en niet hetgeen daaraan vooraf is gegaan. De vraag is dus ook hoe zinvol het is om dergelijke documenten onder de aandacht van de bestuursrechter te brengen.

Tegelijk verlangt de Woo en is het kabinetsbeleid om vaker persoonlijke beleidsopvattingen uit documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad openbaar te maken en zou het dus ‘ouderwets’ genoemd kunnen worden om concepten en interne stukken hoe dan ook niet als op de zaak betrekking hebbend aan te merken. Op de hoofdregel dat concepten en interne stukken geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, zou wat ons betreft daarom een uitzondering kunnen worden gemaakt als het voor de beoordeling van het geschil relevant is kennis te nemen van

concepten of interne documenten. Daarmee volgen we de lijn van de Hoge Raad en het CBb met dien verstande dat niet te snel zou moeten worden aangenomen dat concepten en interne documenten op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Men moet door de bomen het bos wel blijven zien. Van partijen zou moeten worden verlangd om concreet en aan de hand van de beroepsgronden aannemelijk te maken dat een concept of een intern document relevant kan zijn voor de beoordeling van het geschil. In elk geval moet worden voorkomen dat 'fishing expeditions' ontstaan of een 'lawyers paradise' wordt gecreëerd.

Indien concepten en interne documenten als op de zaak betrekking hebbend worden ingediend, betekent dit overigens nog niet dat alle partijen er ook kennis van kunnen nemen. Het bestuursorgaan zal ten aanzien van dit soort documenten vermoedelijk sneller een beroep doen op artikel 8:29 Awb door de rechter te vragen te bepalen dat uitsluitend hij van de stukken kennis zal nemen. In de praktijk zien we dat een dergelijk beroep soms wel[35] en soms niet[36] wordt gehonoreerd.

2.3.3 Juridische adviezen

De uitspraken van de Afdeling en de Centrale Raad van Beroep waarin is bepaald dat 'de schriftelijke neerslag van de raadpleging door het bestuursorgaan van interne of externe adviseurs die betrekking heeft op de positiebepaling van het bestuursorgaan ten aanzien van aan de orde zijnde rechtsvragen' (hierna: juridische adviezen) geen op de zaak betrekking hebbend stuk is, zijn destijds kritisch ontvangen. Damen heeft zich verscheidene keren uitgesproken tegen een 'legal privilege'. Hij vindt niet alleen dat juridische adviezen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, maar ook dat ze ter kennisneming van de andere partijen moeten worden gebracht.[37] Schreuder-Vlasblom meent dat juridische adviezen wel op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, maar wees op de mogelijkheid een beroep te doen op artikel 8:29 Awb.[38] Advocaat-generaal Wattel ging nog een stap verder: juridische adviezen zijn wel op de zaak betrekking hebbende stukken, maar een beroep op artikel 8:29 Awb zou in beginsel moeten worden gehonoreerd.[39] De overheid hoeft haar juridische kaarten niet op tafel te leggen:

> '4.10 Deze tegenwerpingen nemen niet weg dat niet valt in te zien waarom de overheid al haar juridische kaarten op tafel zou moeten leggen als de burger dat niet hoeft te doen. Zoals boven (4.15) opgemerkt, bestaat er ondanks de meewerkplichten van de belastingplichtige en de opheffing van zijn eventuele verschoningsrecht (artt. 47 en 51 AWR) in belastingzaken een informeel verschoningsrecht ter zake van juridische adviezen aan de belastingplichtige, (...)

35 ABRvS 3 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2584 en ABRvS 14 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2944.
36 CBb 15 juni 2017, ECLI:NL:CBb:2017:223, CBb 11 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:311 en CBb 25 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:525.
37 Damen 2012, p. 317-325.
38 Schreuder-Vlasblom 2012, p. 304.
39 Concl. A-G Wattel 3 april 2007, ECLI:NL:PHR:2008:BA3823.

4.20 De strekking van art. 8:42 Awb is niet om de belastingplichtige van juridische munitie te voorzien om de hem onwelgevallige aanslag of boete te beschieten, maar om hem in staat te stellen kennis te nemen van alle – mogelijk – relevante feiten, belangenafwegingen en beleidvoering die zijn zaak – kunnen – betreffen en aldus mede kennisongelijkheid te compenseren. Bij verplichte overlegging van sterkte/zwakte-analyses die het bestuursorgaan vraagt van interne adviseurs (kennisgroepen) of externe adviseurs (lands- of Rijksadvocaat) dreigt overcompensatie en wordt het uit een oogpunt van kennis- en procesgelijkheid moeilijk te verdedigen dat de fiscus inzage ontzegd zou moeten worden in belastingadviezen en due diligence rapporten ten behoeve van de belastingplichtige. De partijen hoeven geen van beiden een deel van elkaars procesvoering voor hun rekening nemen. Weliswaar is het fair play beginsel een beginsel van behoorlijk bestuur, maar het lijkt mij ook een algemeen rechtsbeginsel, een algemeen beginsel van procesrecht en een algemeen burgerschapsbeginsel. (In de sport lijkt het echter enigszins op de achtergrond te geraken.)'

Wij sluiten ons hier graag bij aan, maar zijn anders dan Wattel, Damen en Schreuder-Vlasblom[40] van opvatting dat juridische adviezen, zowel de interne adviezen als adviezen van advocaten of andere externe, juridische adviseurs, geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Ze zijn, anders dan inhoudelijke adviezen, voor de beoordeling van het geschil door de bestuursrechter ook niet relevant, omdat het aan de bestuursrechter zelf is om te oordelen of het bestreden besluit gelet op de toepasselijke wet- en regelgeving genomen had mogen worden. Dat is zijn kerntaak en daarbij past niet dat hij kennisneemt van de analyses die het bestuursorgaan hierover zelf heeft gemaakt. Van het bestuursorgaan kan bovendien redelijkerwijs niet worden verwacht dat het de rechter deelgenoot maakt van bijvoorbeeld juridische twijfels die voorafgaand aan het nemen van het besluit zijn besproken.

Als er toch van zou moeten worden uitgegaan dat juridische adviezen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, kan alleen worden voorkomen dat de bestuursrechter er kennis van neemt als wordt geweigerd de juridische adviezen als op de zaak betrekking hebbend stukken in te dienen (art. 8:29 lid 1 en 4 Awb). Een verzoek om beperkte kennisneming is niet voldoende, omdat bij honorering van dat verzoek weliswaar partijen niet, maar de rechter wel kennisneemt van de juridische adviezen. Wat hij er vervolgens mee doet, is een tweede, maar dat de inhoud ervan 'in het hoofd' gaat zitten is onvermijdelijk.

2.3.4 Controletaak rechter

Nergens staat dat moet worden gecontroleerd of het bestuursorgaan heeft voldaan aan zijn verplichting de stukken in te dienen. Vanuit het perspectief van transparantie en vertrouwen zou het daarom goed zijn als (expliciet wordt gemaakt dat) de bestuursrechter dit wel steeds doet.

40 En ook nog: Tollenaar in zijn noot onder Vzr. CRvB 25 februari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC6720, AB 2008/254.

2.3.5 *Wijzen op de mogelijkheid dat bestuursorgaan meer stukken indient*

Tot slot is van belang dat partijen worden gewezen op de mogelijkheid van het bestuursorgaan te verlangen meer op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen. Er moet worden benadrukt dat de bestuursrechter een bestuursorgaan hiertoe pas zal verplichten, indien partijen concreet aannemelijk hebben gemaakt dat de stukken van belang zijn voor de beoordeling van het geschil.[41]

2.4 Aanbeveling

Op grond van het voorgaande stellen wij voor de procesreglementen[42] aan te vullen met een bepaling die als volgt zou kunnen luiden:

Indienen op de zaak betrekking hebbende stukken (art. 8:42 Awb)

1. Bestuursorganen moeten binnen vier weken nadat zij van de rechtbank de beroepsgronden hebben ontvangen de op de zaak betrekking hebbende stukken indienen.
2. De op de zaak betrekking hebbende stukken zijn de stukken die het bestuursorgaan heeft gebruikt voor het nemen van het besluit. Dat kunnen ook in elektronische vorm vastgelegde gegevens zijn. Deze moeten als op de zaak betrekking hebbende stukken worden ingediend als ze op papier of in andere vorm leesbaar of anderszins waarneembaar kunnen worden gemaakt. Juridische adviezen aan het bestuursorgaan zijn geen op de zaak betrekking hebbende stukken.
3. Het indienen van bepaalde op de zaak betrekking stukken kan achterwege blijven als ze voor de beoordeling van het geschil niet relevant zijn.
4. Het bestuursorgaan moet ook de overige stukken die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil indienen. Aan de hand van de door partijen ingediende beroepsgronden, moet worden bepaald welke dat zijn. Stukken die openbaar zijn en via het internet voor eenieder raadpleegbaar zijn, hoeven door het bestuursorgaan niet te worden ingediend.
5. Concepten van stukken en interne stukken zijn in beginsel geen op de zaak betrekking hebbende stukken en hoeven door het bestuursorgaan niet te worden ingediend. Een bestuursorgaan hoeft dergelijke stukken pas in te dienen indien een partij voldoende aannemelijk maakt dat ze van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil.
6. Ook overigens kunnen partijen aannemelijk maken dat stukken relevant kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil. Als dat voldoende aannemelijk is gemaakt, moet het bestuursorgaan de stukken indienen.
7. De bestuursrechter controleert of het bestuursorgaan heeft voldaan aan zijn verplichting de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen. Indien de rechter constateert dat stukken ontbreken, verplicht hij het bestuursorgaan de ontbrekende stukken in te dienen.

---

41 Alleen stellen is niet voldoende, bijv. CBb 11 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:476 en ABRvS 19 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1051.

42 Wij spitsen de tekst toe op het procesreglement van de rechtbanken.

3 Beperkte kennisneming

3.1 Inleiding

Artikel 8:29 Awb geeft partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen (art. 8:28, 8:42 en 8:45 Awb) de mogelijkheid om, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken te weigeren[43] óf de bestuursrechter mede te delen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen of stukken (lid 1). Gewichtige redenen zijn voor een bestuursorgaan niet aanwezig als op grond van de Woo de verplichting bestaat de informatie openbaar te maken (lid 2). Het is aan de bestuursrechter om te beslissen of de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is (lid 3). De bestuursrechter maakt een belangenafweging. Het belang dat is gemoeid met beperkte kennisneming wordt afgewogen tegen het belang van procespartijen om van de stukken kennis te kunnen nemen. In een overzichtsuitspraak van de Afdeling over de toepassing van artikel 8:29 Awb wordt over de belangenafweging het volgende gezegd:[44]

> '7. Gelet op artikel 8:29, derde lid, van de Awb beslist de Afdeling of de beperking van de kennisneming van een stuk gerechtvaardigd is. Deze beslissing vergt een afweging van belangen. Enerzijds speelt hierbij het belang dat partijen gelijkelijk beschikken over de voor het (hoger) beroep relevante informatie. Daartegenover staat dat de kennisneming door partijen van bepaalde gegevens het algemeen belang, het belang van één of meer partijen en/of het belang van derden onevenredig kan schaden.
>
> 8. Bij de beoordeling van een verzoek om beperkte kennisneming speelt de betekenis van het stuk voor het oordeel van de rechter in de hoofdzaak en de procespositie van partijen een belangrijke rol. Verder is daarbij van belang of de partij aan wie kennisneming van een stuk wordt onthouden door de beperkte kennisneming wezenlijk in zijn procesvoering wordt belemmerd (...).'

Indien de bestuursrechter heeft beslist dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, kan hij slechts met toestemming van de andere partijen mede op de grondslag van de vertrouwelijke inlichtingen of stukken uitspraak doen. Als de toestemming wordt geweigerd, wordt de zaak verwezen naar een andere kamer (lid 5). Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever voor ogen stond dat de beslissing

43 Omdat het in de praktijk nauwelijks voorkomt dat het geven van inlichtingen of het indienen van stukken wordt geweigerd, laten we deze mogelijkheid buiten beschouwing.

44 ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367.

over de beperkte kennisneming zou worden genomen door dezelfde rechters als die zich buigen over de hoofdzaak. In de praktijk wordt de beslissing echter vaak genomen door een aparte rechter om te voorkomen dat als de toestemming wordt geweigerd er een nieuwe kamer voor de zaak moet komen. Aangenomen wordt dat de wet zich hier niet tegen verzet.[45] De '8:29'-rechter moet voor zijn beslissing wel kunnen beschikken over het volledige procesdossier.[46]

> '3.4 (...) Weliswaar zijn uit tekst en parlementaire geschiedenis van artikel 8:29 Awb aanwijzingen te putten dat de wetgever zich heeft voorgesteld dat een beslissing als bedoeld in het derde lid daarvan wordt genomen door de kamer die de hoofdzaak behandelt, maar de wet verzet zich niet ertegen dat die kamer de zaak verwijst naar een andere kamer, opdat deze (in dat stadium: bij uitsluiting van eerstbedoelde kamer) kennis neemt van de in het eerste lid bedoelde stukken, en vervolgens de in het derde lid bedoelde beslissing neemt.
>
> 3.5 Indien voor dat laatste wordt gekozen, dient echter de waarborg in acht genomen te worden die verbonden is aan de gang van zaken die de wetgever zich als de normale heeft voorgesteld, te weten dat de kamer die de beslissing neemt als bedoeld in het derde lid van artikel 8:29 Awb, kennis neemt van het gehele procesdossier. Daarzonder is het immers niet goed mogelijk de vraag te beoordelen of weigering dan wel beperking van kennisneming van stukken en/of inlichtingen gerechtvaardigd is, aangezien in dat kader een afweging dient plaats te vinden van de betrokken belangen, waaronder de belangen die een rol spelen in de hoofdzaak. (...)'

Met de inwerkingtreding van de Woo is aan artikel 8:29 Awb een zesde lid toegevoegd. Daarin is bepaald dat in geval van een beroep tegen een besluit dat op grond van de Woo is genomen, uitsluitend de bestuursrechter kennisneemt van de stukken waarvan op grond van de Woo om openbaarmaking is verzocht en dat de toestemming van rechtswege is verleend. Voor de inwerkingtreding van deze bepaling voorzagen de procesreglementen erin dat in dit soort gevallen het beroep op artikel 8:29 Awb standaard werd gehonoreerd.

Op het eerste gezicht oogt artikel 8:29 Awb overzichtelijk en voorziet het in een ordelijke procedure. In de praktijk zien wij echter regelmatig bij partijen ongemak op het moment dat hun wordt gevraagd de bestuursrechter toestemming te verlenen om op basis van stukken waarvan de beperkte kennisneming gerechtvaardigd is geacht, uitspraak te doen. Het ongemak zit hem erin dat de partij die de toestemming moet geven de inhoud van de stukken niet kent en daarom niet weet waar toestemming voor wordt gegeven. Dat ongemak kan als zodanig niet worden weggenomen, maar het noopt wel tot een zorgvuldig en terughoudend gebruik van artikel 8:29 Awb. Het geheim houden van stukken voor partijen houdt een beperking in van het beginsel

45 Zie ook de uitleg door de Afdeling over haar werkwijze in de overzichtsuitspraak ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367.

46 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0582.

van *equality of arms*.[47] Een beroep op artikel 8:29 lid 1 Awb wordt daarom indringend getoetst en niet zelden (gedeeltelijk) afgewezen.

Wij denken dat verbeteringen mogelijk zijn. De verbeteringen kunnen deels worden gerealiseerd door aanvullende bepalingen in de procesreglementen. Voor andere verbeteringen zal aanpassing van de wet noodzakelijk zijn. De wetswijziging kan tevens worden benut om de bestaande rechtspraak over artikel 8:29 Awb te codificeren, want ook dat komt de transparantie ten goede. Hieronder zetten we de door ons voorgestelde verbeteringen uiteen (par. 3.2). We ronden af met concrete tekstsuggesties (par. 3.3). Vooraf merken we op dat een aantal voorstellen al eerder en/of door anderen zijn gedaan, maar tot op heden nog geen gehoor hebben gevonden.[48] We wagen een nieuwe poging. Onderweg maken we nog een zijsprong naar de (openbaarheid van de) zitting (par. 3.2.4).

3.2 Naar een gewijzigd(e toepassing van) artikel 8:29 Awb

3.2.1 Wie kan een verzoek doen

Alleen partijen die verplicht zijn om inlichtingen te verstrekken of stukken in te dienen, kunnen een beroep doen op artikel 8:29 lid 1 Awb. In de praktijk betekent dit dat alleen bestuursorganen een beroep kunnen doen op artikel 8:29 Awb, omdat zij verplicht zijn de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen. Partijen worden maar zelden door de bestuursrechter verplicht inlichtingen of stukken te verstrekken.[49] Toch kunnen ook partijen een gerechtvaardigd belang hebben om een verzoek om beperkte kennisneming te doen. Denk bijvoorbeeld aan een zaak waarin een bestuursorgaan weigert handhavend op te treden, omdat geen sprake van een overtreding zou zijn en een concurrent vervolgens beroep instelt. De partij tegen wie handhavend zou moeten worden opgetreden, zal als derde tot het geding worden toegelaten en de behoefte kunnen hebben om zich te verweren met eigen bedrijfsvertrouwelijke informatie, die het bestuursorgaan nog niet ter beschikking staat en die ook nog niet bij de op de zaak betrekking hebbende stukken is gevoegd. Hij kan die stukken nu niet indienen zonder dat ook de indiener van het beroep er kennis van zal nemen. Wij vinden dat de wet hier tekortschiet en dat in zaken waarin ook derden als partij aan het geding deelnemen alle partijen de mogelijkheid moeten hebben om ook ten aanzien van onverplicht in te dienen stukken een beroep te doen op artikel 8:29 Awb.[50] De eerder gesuggereerde oplossing die inhoudt dat als de rechter constateert dat de onverplicht ingediende stukken nodig zijn ter

47 Al lang geleden is geoordeeld dat een dergelijke beperking gerechtvaardigd kan zijn. Bijv. ABRvS 30 juni 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA6730.

48 Daalder 2019a, p. 199-202, De Wildt 2017, p. 26-28, Schreuder-Vlasblom 2012, p. 308-316 en Daalder 2010, p. 397-409.

49 In de procesreglementen is vastgelegd dat als een beroep wordt gedaan op art. 8:29 Awb ten aanzien van stukken die onverplicht worden ingediend, die stukken worden teruggezonden. Zie art. 2.8 lid 2 Procesreglement Bestuursrecht Rechtbanken 2021 en art. 14.2 Procesregeling van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

50 Vgl. Daalder 2010, p. 408.

beoordeling van de zaak, hij ze op de voet van artikel 8:28 Awb opvraagt, waardoor alsnog een verplichting tot overlegging ontstaat, wordt lang niet altijd gevolgd en is in de kern een lapmiddel.[51] Een ander lapmiddel is dat een partij het bestuursorgaan vraagt de informatie als op de zaak betrekking hebbend stuk in te dienen.

Als wordt geregeld dat door partijen vaker een beroep kan worden gedaan op artikel 8:29 Awb, zal ook moeten worden geregeld dat het bestuursorgaan wel kennis kan nemen van de vertrouwelijke informatie die door partijen wordt ingebracht. Wat ons betreft is, uitzonderingen daargelaten,[52] ondenkbaar dat een rechter oordeelt over een besluit op basis van informatie waarvan het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen, geen kennis heeft kunnen nemen. Dit kan worden bereikt door artikel 8:29 Awb zo aan te vullen dat een bestuursorgaan te allen tijde van inlichtingen of stukken kennis kan nemen, tenzij de bestuursrechter anders beslist.

Wat ons betreft zou de wetgever ook meteen moeten regelen dat alleen partijen die de inhoud van de inlichtingen/stukken niet kennen toestemming moeten verlenen. Zo wordt voorkomen dat in gedingen waarin ook derden als partij zijn toegelaten de toestemming op oneigenlijke gronden wordt onthouden.[53] Denkbaar is nu dat een partij zijn concurrent dwarszit door de bestuursrechter geen toestemming te verlenen om van voor hem cruciale, bedrijfsvertrouwelijke informatie kennis te nemen.

Ook kan zich de situatie voordoen dat een partij van opvatting is dat het bestuursorgaan ten onrechte nalaat een beroep te doen op artikel 8:29 Awb ten aanzien van van hem afkomstige gegevens. Volgens de Afdeling brengt in zulke situaties een redelijke uitleg van artikel 8:29 lid 1 Awb met zich dat ook die partij een verzoek om beperking van de kennisneming kan doen.[54]

> '5. Artikel 8:29 bepaalt dat partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen de bestuursrechter kunnen verzoeken te beslissen dat uitsluitend hij hiervan kennis zal mogen nemen. Een redelijke uitleg van deze bepaling brengt mee dat ook een partij waarop de gevraagde informatie betrekking heeft zo'n verzoek kan doen, indien het bestuursorgaan dat bij toezending van stukken nalaat. De Afdeling is evenwel van oordeel dat een dergelijk verzoek in beginsel alleen betrekking kan hebben op stukken ten aanzien waarvan het bestuursorgaan om geheimhouding had kunnen verzoeken en dus op stukken die het bestuursorgaan verplicht is over te leggen. (...)'

Daarmee voorziet de Afdeling zonder meer in een reële behoefte aan rechtsbescherming. Tegelijk volgt dit nu niet uit de tekst van de wet en dit zou volgens ons uit oogpunt van transparantie wel moeten.

---

51 Schreuder-Vlasblom 2012, p. 309-310.
52 Denk bijvoorbeeld aan medische gegevens die niet aan de gemachtigde van het bestuursorgaan kunnen worden verstrekt.
53 Pietermaat 2003, p. 42-44.
54 ABRvS 17 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4222.

3.2.2 Prudent gebruik

Vanwege de interne openbaarheid is het van belang dat bestuursorganen terughoudend gebruikmaken van de mogelijkheid een beroep te doen op artikel 8:29 Awb. Wij zouden ervoor zijn als bestuursorganen dit in de procesreglementen nadrukkelijker wordt voorgehouden. Van belang is ook dat goed wordt gemotiveerd waarom een verzoek om beperkte kennisneming wordt gedaan. In de overzichtsuitspraak wordt dit al benadrukt:[55]

> '11. Omdat de inwilliging van een verzoek om beperkte kennisneming een beperking oplevert van het recht op gelijke proceskansen, stelt de Afdeling aan de motivering van een dergelijk verzoek hoge eisen. De verzoeker moet motiveren vanwege welke belangen of waarom anderszins sprake is van gewichtige redenen (uitspraak van 29 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1385). Verder moet de verzoeker duidelijk maken waarom volgens hem het belang bij beperkte kennisneming zwaarder weegt dan het belang dat de andere partij(en) van het stuk kennisnemen.
>
> 12. De enkele verwijzing naar een of meer weigeringsgronden in de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) is geen voldoende motivering. (...)'

Goed motiveren is niet alleen van belang om de bestuursrechter in staat te stellen een goede belangenafweging te maken, maar is net zo van belang voor de partijen die geen kennis kunnen nemen van de informatie. Een duidelijke toelichting op het verzoek kan het begrip vergroten voor een vertrouwelijke behandeling van de betrokken stukken. Zo mogelijk zou om die reden ook een inventarislijst van de vertrouwelijke stukken aan partijen moeten worden gezonden.

3.2.3 Zienswijze en horen

Het procesreglement van de rechtbanken bepaalt tegenwoordig in artikel 2.8 lid 8 dat de bestuursrechter de andere partijen in de gelegenheid moet stellen binnen een termijn van twee weken schriftelijk op de mededeling inzake beperking van de kennisneming te reageren. Hierdoor wordt partijen de mogelijkheid geboden om (voor zover mogelijk, zonder kennis van de betreffende stukken) toe te lichten waarom het voor hen noodzakelijk is kennis te nemen van de informatie die het bestuursorgaan graag vertrouwelijk wil houden. Die toelichting kan relevant zijn voor de door de bestuursrechter te maken belangenafweging. In het procesreglement van de hoogste bestuursrechters is hierover niets bepaald. Wij zijn ervoor dat ook in het procesreglement van de hoogste bestuursrechters de zienswijze tot uitgangspunt wordt genomen.

Een heel enkele keer wordt wel eens een zitting georganiseerd door de rechter die een beslissing moet nemen over een 8:29-verzoek.[56] Een zitting stelt de rechter niet alleen in staat om partijen nader te bevragen over het verzoek, maar kan ook

55 ABRvS 10 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1367.

56 ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:646 en ABRvS 17 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4222.

bijdragen aan begrip over de noodzaak bepaalde informatie niet met alle partijen te delen. In bepaalde situaties kan het daarom behulpzaam zijn zo'n zitting te organiseren. In de procesreglementen zou in elk geval in die mogelijkheid moeten worden voorzien.

3.2.4 Zijsprong: zitting met alle partijen

Op 1 oktober 2014 heeft de Afdeling een principiële uitspraak gedaan over de mogelijkheid partijen buiten elkaars aanwezigheid ter zitting te horen. In de bij de Afdeling voorliggende zaak had de rechtbank partijen de gang op gestuurd om het bestuursorgaan nader te kunnen bevragen over de noodzaak een document geheim te houden. De partijen hadden hier kennelijk geen bezwaar tegen, maar de Afdeling greep in en overwoog ambtshalve het volgende:[57]

> '3. Voorts volgt uit het proces-verbaal van de op 8 april 2013 gehouden zitting bij de rechtbank dat het onderzoek ter zitting, zij het met toestemming van [wederpartij], buiten diens aanwezigheid is voortgezet. De rechtbank lijkt hiertoe te hebben beslist teneinde nadere inlichtingen over de ter zake geheime stukken te verkrijgen.
>
> Deze procesbeslissing van de rechtbank raakt aan het recht op gelijke proceskansen (equality of arms). Eerbiediging van dat recht is een fundamenteel vereiste voor een eerlijke procedure en daarmee een kwestie van openbare orde. Daarom overweegt de Afdeling ambtshalve het volgende.
>
> 3.1. Ingevolge artikel 6, eerste lid, van het Verdrag van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM) heeft een ieder, bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging, recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.
>
> 3.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (onder meer de uitspraak van 30 april 2014 in zaak nr. 201307113/1/A3), is artikel 6 van het EVRM niet van toepassing op procedures ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob), aangezien hierin het algemeen belang bij openbaarmaking aan de orde is en niet enig burgerrechtelijk recht of enige burgerrechtelijke verplichting van de verzoeker. Dit betekent evenwel niet dat aan de in deze bepalingen vervatte waarborgen geen betekenis toekomt, voor

57 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547.

zover het de aan een rechtsprekend orgaan en aan de door dat orgaan gevolgde procedures te stellen eisen betreft. Het recht op een eerlijk proces, waaronder begrepen het recht op gelijke proceskansen (equality of arms), als algemeen aanvaard rechtsbeginsel, dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt, geldt immers evenzeer binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van die verdragsbepaling. Aangezien het bepaalde in artikel 6 van het EVRM op dat rechtsbeginsel berust, wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) over de uitleg van deze verdragsbepaling.

3.3. Uit het arrest van het EHRM van 18 maart 2008, Dacia S.R.L. tegen Moldavië, nr. 3052/04 (www.echr.coe.int) is af te leiden dat een beperking van het beginsel van equality of arms op een wettelijke grondslag moet berusten en de wetgever, wil deze dit recht beperken, daarvoor goede redenen en waarborgen moet geven. Voorts is uit het arrest van 23 oktober 1996, Ankerl tegen Zwitserland, nr. 17748/91 (www.echr.coe.int) af te leiden dat het EHRM van belang acht of de procesbeslissing de uitkomst van de procedure kan beïnvloeden.

3.4. Uit het rechtbankdossier volgt dat [wederpartij] de rechtbank bij brief van 20 juli 2012 toestemming heeft verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb.

Gezien het gestelde in artikel 8:29, gelezen in samenhang met artikel 8:45 van de Awb, staat het de rechter vrij met het oog op het verkrijgen van inzicht in de onder beperkte geheimhouding overgelegde documenten te vragen daarover nadere inlichtingen te geven, met inachtneming van de in die artikelen vervatte waarborgen.

De Afdeling stelt evenwel vast dat voormelde procesbeslissing van de rechtbank geen grondslag vindt in genoemde artikelen van de Awb. Deze vindt evenmin grondslag elders in de Awb dan wel in een andere wet. Voorts is deze beslissing niet met enige waarborgen omkleed. De rechtbank heeft [wederpartij] met deze beslissing niet in staat gesteld zijn belangen in gelijke mate ter zitting te behartigen als de raad. Hierdoor is hij in een nadelige positie ten opzichte van de raad komen te verkeren. De uitkomst van de beroepsprocedure kan hierdoor zijn beïnvloed. Naar het oordeel van de Afdeling heeft de rechtbank hiermee derhalve het beginsel van equality of arms beperkt. De Afdeling ziet geen grond voor het oordeel dat gewichtige redenen aanwezig waren die deze beperking rechtvaardigen. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend.'

Sindsdien wordt er in de rechtspraktijk van uitgegaan dat het niet mogelijk is om ter zitting partijen afzonderlijk van elkaar te horen.

De uitspraak van de Afdeling is destijds instemmend ontvangen. Dat is ook begrijpelijk. Het voorkomt een praktijk van 'geheime zittingen' die zich uiteraard niet verdraagt met het uitgangspunt van openbaarheid. Toch werpen wij de vraag op of de door de Afdeling in 2014 voorgeschreven benadering niet te rigide is. Heeft de Afdeling in de uitspraak terecht tot uitgangspunt genomen dat de afwezige partij in een nadelige positie ten opzichte van de raad is geraakt? Waarschijnlijk zal de rechtbank de gemachtigde van de raad veel indringender en gedetailleerder hebben

kunnen bevragen over de noodzaak bepaalde informatie vertrouwelijk te behandelen. Nu is het zo dat tijdens zittingen over de toepassing van artikel 8:29 Awb en overigens ook tijdens zittingen over de toepassing van de Wob zowel de rechters als de vertegenwoordigers van het bestuursorgaan erop moeten letten geen geheime informatie prijs te geven. Sommige rechters (in Wob-zaken) kiezen er daarom zelfs voor voorafgaand aan de zitting geen kennis te nemen van de geheime informatie. Het gevolg is dat het bestuursorgaan minder scherp wordt ondervraagd. Partijen die de informatie wensen te ontvangen bieden soms zelf aan 'even de gang op te gaan zodat de rechter het bestuursorgaan eens flink aan de tand kan voelen'.

In de praktijk wordt een en ander nu opgelost door het bestuursorgaan schriftelijk te bevragen over de noodzaak informatie geheim te houden, waardoor het bestuursorgaan, met toepassing van artikel 8:29 jo. 8:45 en 8:28 Awb, in staat wordt gesteld om onder geheimhouding de door de rechtbank gevraagde inlichtingen te verstrekken.[58] Meestal zal dit soelaas bieden, maar desondanks menen wij dat de hoogste bestuursrechter er goed aan zou doen deze rechtspraak te verfijnen en het in zeer uitzonderlijke situaties en met toestemming van alle partijen toe te staan dat een bestuursorgaan buiten aanwezigheid van andere partijen ter zitting wordt bevraagd over de noodzaak bepaalde informatie geheim te houden.

3.2.5 Tussenwegen

Het verzoek om in te stemmen met beperkte kennisneming wordt ingewilligd of niet (lid 3). Als de beperking in de kennisneming gerechtvaardigd wordt geacht, mogen partijen van de informatie geen kennis nemen. Vooral in sanctiezaken wordt de 'alles of niets'-werking van artikel 8:29 Awb soms als knellend ervaren. De rechtbank Rotterdam – in eerste aanleg als enige rechtbank bevoegd om te oordelen over de toepassing van de Mededingingswet, de Telecommunicatiewet, de financiële-toezichtwetten enzovoort – zoekt daarom soms naar alternatieven zodat een partij toch in enige mate kennis kan nemen van informatie waarvan de beperkte kennisneming op zichzelf wel gerechtvaardigd wordt geacht.[59] Verschillende varianten hebben de revue gepasseerd. Zo is wel eens bepaald dat de stukken ter inzage moesten worden gelegd bij de griffie van de rechtbank.[60] Op die manier werd voorkomen dat partijen een afschrift kregen van de stukken, maar konden zij er wel kennis van nemen. In een andere zaak zocht de rechtbank aansluiting bij artikel 8:32 lid 2 Awb door alleen de advocaten toe te staan onder strenge restricties kennis te nemen van een aantal documenten ten aanzien waarvan een verzoek om beperkte kennisneming was gedaan:[61, 62]

58 Overigens bevat alleen het procesreglement van de rechtbanken hiervoor een voorziening (art. 2.8 lid 7 Procesreglement bestuursrecht rechtbanken 2021).
59 De Wildt 2017, p. 26-28.
60 Rb. Rotterdam 12 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1489.
61 Art. 8:32 lid 2 Awb biedt de mogelijkheid om bij medische en andere privacygevoelige gegevens de kennisneming te beperken tot gemachtigden die advocaat zijn, artsen en personen die daarvoor van de bestuursrechter bijzonder toestemming hebben gekregen.
62 Rb. Rotterdam 29 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:10082.

'5. Een beslissing als bedoeld in artikel 8:29, derde lid, van de Awb leidt er thans toe dat een eisende partij van een (deel van een) stuk in het geheel wel of in het geheel niet kan kennisnemen. De belangenafweging als genoemd in 3 en 4 als zodanig noopt hier echter niet toe. De door ACM gediende belangen kunnen met zich brengen dat een (deel van een) stuk niet ter kennis komt van een eisende partij. Aan het verdedigingsbelang kan recht worden gedaan door van de in dat stuk vervatte informatie kennis te laten nemen door – uitsluitend – de advocaat die deze partij in rechte bijstaat. Een dergelijke normering ligt bijvoorbeeld ook besloten in artikel 8:32, tweede lid, van de Awb. De rechter-commissaris laat daar of deze bepaling zich in zaken als de onderhavige voor rechtstreekse toepassing leent. Dit roept vragen op over de reikwijdte van het begrip 'persoonlijke levenssfeer' en de uitstrekking daarvan tot informatie afkomstig van ondernemingen en rechtspersonen. Een dergelijke toepassing is ook niet noodzakelijk om recht te doen aan een evenwichtige belangenafweging bij het nemen van de in artikel 8:29, derde lid, van de Awb bedoelde beslissing. Deze bepaling belet immers niet dat de bestuursrechter bij de beantwoording van de vraag of beperkte kennisneming van stukken wegens gewichtige redenen gerechtvaardigd is mede betekenis eraan toekent in hoeverre tegemoet kan worden gekomen aan het verdedigingsbelang.

6. Deze tegemoetkoming kan vorm krijgen door van stukken waarop het verzoek om toepassing van artikel 8:29, derde lid, van de Awb betrekking heeft kennis te laten nemen door de advocaat die de eisende partij in rechte bijstaat. Deze kennisneming is dan – in zoverre op overeenkomstige wijze als bepaald in artikel 8:32, tweede lid, van de Awb – uitsluitend voorbehouden aan die advocaat, hetgeen mede inhoudt dat deze de stukken en de daarin vervatte informatie als vertrouwelijk dient te beschouwen en dus ook niet mag meedelen aan enige eisende partij in de beroepen.

Aan de kennisneming kunnen de volgende restricties worden verbonden:
– de advocaat mag de informatie uitsluitend gebruiken ter onderbouwing van het ingestelde beroep door naar die informatie te verwijzen, zonder deze te citeren, en mag over die informatie niet op enigerlei wijze in contact treden met degene die de informatie aan ACM heeft verstrekt;
– van de stukken mogen handgeschreven of digitale aantekeningen worden gemaakt, maar geen afschriften in welke vorm dan ook.'

Wij menen dat zich meer situaties kunnen voordoen waarin partijen er belang bij kunnen hebben dat voor hen kennis wordt genomen van informatie waarvan de beperkte kennisneming op zichzelf gerechtvaardigd moet worden geacht. Denk bijvoorbeeld aan informatie die wordt gebruikt voor de weigering een verklaring van geen bezwaar af te geven. Zo'n weigering is ingrijpend omdat het ertoe kan leiden dat iemand zijn baan verliest of soms zelfs zijn beroep niet meer kan uitoefenen. Soms steunt zo'n weigering op informatie die vanwege het belang van de staatsveiligheid niet kan worden gedeeld met degene aan wie de verklaring van geen bezwaar wordt onthouden. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor besluiten in het vreemdelingenrecht die tot stand komen op basis van deels vertrouwelijke ambtsberichten van de minister van Buitenlandse Zaken. Volgens Barkhuysen en Van Emmerik zou in zo'n geval de in het Verenigd Koninkrijk geïntroduceerde figuur van de '*special*

advocate' een oplossing kunnen bieden 'om de twee gerechtvaardigde belangen van enerzijds geheimhouding van cruciale veiligheidsinformatie (..) en anderzijds het recht van betrokkene om zich zo goed mogelijk te kunnen verdedigen tegen zo specifiek mogelijke beschuldigingen zo goed mogelijk met elkaar te verenigen'.[63]

Hierop voortbordurend stellen wij voor in artikel 8:29 Awb te bepalen dat de bestuursrechter in 'zwaarwegende omstandigheden' een 'gemachtigde die advocaat is' kan aanwijzen om ten behoeve van een partij kennis te nemen van de inlichtingen of stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht. De partij zelf wordt nog steeds de kennisneming onthouden. 'De gemachtigde die advocaat is' kan de 'eigen' advocaat zijn, maar naarmate de informatie vertrouwelijker is zou het ook nodig kunnen zijn een andere, daartoe speciaal geselecteerde advocaat aan te wijzen, waarmee meer afstand tot de cliënt wordt gecreëerd en wat een extra waarborg kan zijn voor het vertrouwelijk houden van de informatie.

In de toelichting zou tot uitdrukking moeten worden gebracht dat zwaarwegende omstandigheden zich kunnen voordoen, indien de informatie cruciaal is geweest voor het besluit, maar tegelijkertijd gewichtige redenen zich ertegen verzetten dat partijen kennis nemen van de informatie. De bijzondere gemachtigde zou dan bijvoorbeeld voor de ontvanger van het besluit kunnen nagaan of wat het bestuursorgaan in het bestreden besluit stelt feitelijk juist is. In het geval de bijzondere gemachtigde van opvatting zou zijn dat het bestreden besluit niet op grond van de vertrouwelijke informatie genomen had kunnen worden, zou hij dat in een schriftelijk stuk kunnen toelichten op zo'n manier dat daarmee de vertrouwelijke informatie niet wordt prijs gegeven. Er zijn vast ook andere varianten denkbaar. De bestuursrechter zou daarom tevens de mogelijkheid moeten krijgen om voorschriften te verbinden aan de aanwijzing van de gemachtigde. Per geval kan dan worden bepaald wat van de bijzondere gemachtigde wordt verwacht en op welke manier hij te werk zou moeten gaan.[64]

3.3 Advies

3.3.1 Artikel 8:29 Awb

Het voorgaande leidt tot een uitbreiding van artikel 8:29 Awb. De huidige bepaling nemen we tot uitgangspunt en we vullen die aan. De door ons voorgestelde nieuwe bepalingen hebben we gecursiveerd.

1. Partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen kunnen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het geven van inlichtingen dan wel het overleggen van stukken weigeren of de bestuursrechter mededelen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken. *Ook een partij op wie de informatie betrekking heeft, kan dit verzoek doen.*

63 Zie hun noot onder ABRvS 30 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU6382, *AB* 2012/142.

64 Zie voor een voorbeeld de voorschriften die de rechtbank Rotterdam in de uitspraak van 29 december 2016 bepaalde.

2. *In gedingen waarin met toepassing van artikel 8:26 belanghebbenden als partij zijn toegelaten, kunnen partijen ook zonder dat zij verplicht zijn stukken over te leggen, de bestuursrechter mededelen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de stukken.*
3. *Het bestuursorgaan dat op grond van artikel 8:42, eerste lid, verplicht is de op zaak betrekking hebbende stukken in te dienen, kan, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, wat betreft de stukken die van partijen afkomstig zijn of op partijen betrekking hebben, de bestuursrechter mededelen dat uitsluitend hij en de partij van wie de stukken afkomstig zijn of met de inhoud ervan reeds bekend is, kennis zal mogen nemen van de stukken.*
4. Gewichtige redenen zijn voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig, voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen.
5. De bestuursrechter beslist of de in het eerste lid bedoelde weigering onderscheidenlijk de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.
6. Indien de bestuursrechter heeft beslist dat de weigering gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting.
7. Indien de bestuursrechter heeft beslist dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is, kan hij slechts met toestemming van de andere partijen mede op de grondslag van die inlichtingen onderscheidenlijk die stukken uitspraak doen. *Indien de toestemming wordt geweigerd, wordt de zaak zo nodig verwezen naar een andere kamer.*
8. *De toestemming hoeft niet te worden verleend door de in het derde lid bedoelde partijen.*
9. *Bestuursorganen kunnen kennisnemen van de inlichtingen of de stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht, tenzij de bestuursrechter anders beslist.*
10. *In geval van zwaarwegende omstandigheden kan de bestuursrechter een gemachtigde die advocaat is aanwijzen om kennis te nemen van de inlichtingen of stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht. Aan de aanwijzing kunnen voorschriften worden verbonden.*

3.3.2 Procesreglementen

De procesreglementen zouden zo aangevuld of gewijzigd moeten worden dat daarin in elk geval het volgende is neergelegd:

1. Een partij die op grond van gewichtige redenen een verzoek om beperkte kennisneming doet, moet dit verzoek deugdelijk motiveren. Er moet worden toegelicht waarom het belang van alle partijen om van de inlichtingen of stukken kennis te nemen minder zwaar weegt dan het belang bij beperkte kennisneming. Waar mogelijk wordt een inventarislijst gemaakt van de documenten waarop het verzoek om beperkte kennisneming ziet.
2. Het verzoek moet zo nodig worden beperkt tot en toegespitst op de onderdelen van het document waarop het verzoek betrekking heeft.
3. De bestuursrechter stelt de andere partij(en) in de gelegenheid binnen een termijn van twee weken te reageren op de mededeling inzake beperking van de kennisneming.
4. De bestuursrechter kan tijdens een afzonderlijke zitting partijen horen over het verzoek om beperkte kennisneming.

4 De toegang tot processtukken voor derden

4.1 Inleiding: externe openbaarheid en toegang tot processtukken

Bij externe openbaarheid gaat het in de regel om de openbaarheid van zittingen en van uitspraken.[65] Met die twee elementen zit het over het algemeen wel goed: openbare zittingen zijn de regel (art. 8:62 lid 1 Awb) en eenieder kan een (geanonimiseerd) afschrift van de in het openbaar gedane uitspraak krijgen (art. 8:79 lid 2 Awb jo. art. 8:78 Awb).[66] Bovendien worden de uitspraken van de hoogste bestuursrechters voor het grootste deel online gepubliceerd. Een selectie van uitspraken van de rechtbanken wordt eveneens gepubliceerd.[67]

Tot de processtukken die deel uitmaken van het aan de bestuursrechter voorgelegde procesdossier – zoals het (hoger)beroepschrift, het verweerschrift en pleitnota's – hebben anderen dan partijen geen toegang. In dit hoofdstuk onderzoeken wij of een ruimere toegang tot processtukken kan bijdragen aan de vergroting van de transparantie van de bestuursrechtspraak. Daartoe schetsen wij eerst het juridisch kader en de vaste werkwijze van de rechtspraak ten aanzien van de toegang tot processtukken voor derden (par. 4.2). Vervolgens bespreken wij de wenselijkheid van dit kader (par. 4.3). Op basis daarvan doen wij een voorstel voor een verruiming van de openbaarheid van processtukken (par. 4.4). Daartoe zal de (bijlage bij de) Woo kunnen worden gewijzigd. Wij doen aan het einde van dit hoofdstuk daarvoor een concreet tekstvoorstel (par. 4.5).

4.2 De toegang tot processtukken geregeld

4.2.1 *Artikel 8:79 Awb en artikel 29 Rv*

Op dit moment hebben anderen dan procespartijen geen toegang tot processtukken. Artikel 8:79 lid 1 Awb bevat de verplichting voor de griffier binnen twee weken na dagtekening van de uitspaak kosteloos een afschrift van de uitspraak of van het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak ter beschikking te stellen aan partijen. Anderen dan partijen kunnen op grond van artikel 8:79 lid 2 Awb een (zo nodig

65 Daalder 2015, p. 501. Vgl. ook art. 121 Gw.

66 Daarmee willen wij niet zeggen dat dit onderwerp geen aandacht meer behoeft. In dat verband wijzen wij bijvoorbeeld op de recente discussie over de openbaarheid van de rechtspraak als gevolg van de COVID-19-pandemie. Zie daarover het VAR preadvies van Loof; Loof 2021, p. 37-40.

67 Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012.

geanonimiseerd) afschrift of uittreksel ontvangen van een uitspraak of van het proces-verbaal. Hoewel dat niet expliciet in artikel 8:79 Awb staat, wordt er in de rechtspraak van uitgegaan dat anderen dan procespartijen geen processtukken kunnen krijgen.[68] Uit de wetsgeschiedenis blijkt dit overigens niet. Daarin wordt in het geheel niet ingegaan op de toegang voor derden tot processtukken.

Met (de rechtspraak over) artikel 8:79 Awb is aangesloten bij soortgelijke bepalingen over de toegang tot processtukken in het civiele recht en het strafrecht. In artikel 29 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) is bepaald dat de griffier aan eenieder die dat verlangt een (zo nodig geanonimiseerd) afschrift van vonnissen, arresten en beschikkingen verstrekt (lid 2), maar dat van andere tot een procesdossier behorende stukken geen afschrift of uittreksel aan derden wordt verstrekt (lid 3). Het Wetboek van Strafvordering (Sv) bevat in artikel 365 lid 4 en 5 Sv een met artikel 29 Rv vergelijkbare bepaling. De (recentere) totstandkomingsgeschiedenis van beide bepalingen gaat evenmin in op de toegang van derden tot processtukken. Is het dan zo vanzelfsprekend dat derden hier geen toegang toe hebben? Voor het antwoord op die vraag hebben wij de literatuur over de openbaarheid van de civielrechtelijke processtukken geraadpleegd.

In het verre verleden werden conclusies mondeling uitgesproken. Eenieder kon de conclusies daarmee op een openbare zitting beluisteren, waardoor het niet nodig was bij wet de toegang van derden tot procestukken te regelen. Inmiddels worden conclusies al geruime tijd schriftelijk genomen. Een (naar het lijkt: onbedoeld) gevolg daarvan is dat derden op grond van artikel 29 lid 3 Rv, in tegenstelling tot vroeger, geen kennis meer kunnen nemen van processtukken.[69]

In de civielrechtelijke literatuur zijn bij deze ontwikkeling de nodige vraagtekens geplaatst. Verschillende auteurs zien in de verschriftelijking van de civiele procedure een achteruitgang van het openbaarheidsbeginsel.[70] Tjong Tjin Tai wijst erop dat de regeling van artikel 29 Rv zeer restrictief is, maar wijst er tegelijkertijd op dat de gevolgen voor de privacy bij verruimde openbaarheid moeilijk te overzien zijn en nauwelijks ongedaan te maken zijn.[71]

4.2.2 *Toegang tot processtukken via de Wob of Woo*

Artikel 8:79 Awb richt zich tot de griffier en biedt, zoals hiervoor is beschreven, geen mogelijkheid voor derden om kennis te nemen van processtukken. Dat roept de vraag op of derden op grond van de Wob of, per 1 mei 2022, de Woo een bestuursorgaan kunnen verzoeken processtukken openbaar te maken.

---

68 ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2180, r.o. 3.1: 'Artikel 8:79, tweede lid, van de Awb ziet op de stukken in het procesdossier die anderen dan partijen van de griffier kunnen verkrijgen. Die stukken zijn beperkt tot afschriften of uittreksels van de uitspraak of van het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak.' Zie ook Daalder 2019b, p. 71.

69 Zie daarover Smits 2008, p. 168 onder verwijzing naar De Boer (zie de volgende voetnoot).

70 De Boer 1985, p. 837, Von Schmidt auf Altenstadt 2002, p. 8 en Verkerk & Woutering 2013, p. 86.

71 Tjong Tjin Tai, GS Burgerlijke Rechtsvordering 2019, art. 29 Rv, aant. 2.

Onder de Wob was dat voor stukken die tot het civiele procesdossier of het strafdossier behoren niet mogelijk. Het is vaste rechtspraak van de Afdeling dat artikel 29 Rv en artikel 365 Sv bijzondere regelingen betreffen die derogeren aan de Wob.[72] Met betrekking tot stukken die in het civiele procesdossier zitten, leidde dat soms tot een onbevredigende situatie. Zo konden stukken doordat deze als productie bij een processtuk werden gevoegd niet meer op grond van de Wob openbaar worden gemaakt, omdat daar dan de bijzondere regeling van artikel 29 Rv op van toepassing was. Waren de stukken niet als bewijs of productie in een civiele zaak overgelegd, dan waren deze gewoon 'Wob-baar' geweest. Dat verandert met de komst van de Woo. In de bijlage bij artikel 8.8 Woo is bepaald dat artikel 29 Rv alleen is uitgezonderd van het openbaarmakingsregime van de Woo voor zover bij het bestuursorgaan berustende documenten *zijn opgesteld als processtuk*. In de memorie van toelichting op deze bepaling wijzen de indieners erop dat zij het 'ongerijmd' achten dat met het inbrengen van een op zichzelf openbaar document in een civiele procedure door een bestuursorgaan dat document aan de openbaarheid wordt onttrokken.[73]

Voor stukken die in een bestuursrechtelijke procedure zijn gewisseld, lag dat onder de Wob al genuanceerder. In een uitspraak uit 2017 stond een verzoek centraal om alle documenten openbaar te maken die betrekking hadden op een eerdere uitspraak van de Afdeling. De minister van Veiligheid en Justitie weigerde de gevraagde documenten te verstrekken, omdat de Wob daar niet op van toepassing zou zijn. De Afdeling overwoog:

> '2.2 Artikel 8:79, tweede lid, van de Awb ziet op de stukken in het procesdossier die anderen dan partijen van de griffier kunnen verkrijgen. Die stukken zijn beperkt tot afschriften of uittreksels van de uitspraak of van het proces-verbaal van de mondelinge uitspraak. Het zou afbreuk doen aan de bedoeling van deze bepaling als anderen dan partijen de processtukken die de griffier niet mag verstrekken, kunnen verkrijgen, indien zij op grond van de Wob een daartoe strekkend verzoek doen aan een bestuursorgaan dat als partij aan het geding heeft deelgenomen. De Wob is derhalve op deze stukken uit het procesdossier niet van toepassing. Dit laat onverlet dat zich onder de stukken in het procesdossier documenten kunnen bevinden die betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid en als zodanig op grond van de Wob, onder vermelding van de desbetreffende bestuurlijke aangelegenheid, bij een bestuursorgaan kunnen worden opgevraagd. Het enkele feit dat een stuk ook deel uitmaakt van een procesdossier, doet dan aan de toepasselijkheid van de Wob niet af.

72 Zie o.a. ABRvS 9 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2803 (over art. 29 Rv) en ABRvS 7 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN0488 (over art. 365 Sv).

73 *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 90-91. Overigens was het voorstel van de indieners aanvankelijk om de bijzondere regeling voor art. 29 Rv in de bijlage bij art. 8.8 Woo nog verder te beperken, door deze te limiteren tot *door een bestuursorgaan* opgestelde processtukken. Uit de eindtekst van de Woo volgt dat art. 29 Rv een bijzondere regeling betreft voor alle documenten die zijn opgesteld als processtuk. Ook processtukken van andere partijen kunnen gelet daarop niet met een beroep op de Woo openbaar worden gemaakt.

> Het verzoek van 15 juli 2015 ziet naar inhoud en strekking, zoals door [wederpartij] ook in bezwaar en beroep uitgelegd, op alle stukken in het procesdossier van de door hem vermelde zaak. Het verzoek vermeldt niet een bestuurlijke aangelegenheid waarop deze stukken betrekking hebben. Gelet op het voorgaande is de Wob derhalve niet op deze stukken van toepassing, zodat de minister deze terecht heeft geweigerd te verstrekken.'[74]

Het zou volgens de Afdeling dus afbreuk doen aan de bedoeling van artikel 8:79 lid 2 Awb, indien anderen dan partijen de processtukken die de griffier niet mag verstrekken, kunnen verkrijgen door middel van een daartoe strekkend verzoek bij het bestuursorgaan dat partij was in de bestuursrechtelijke procedure. Om die reden, zo oordeelde de Afdeling, is de Wob op 'deze stukken' uit het procesdossier niet van toepassing. Dat laat volgens de Afdeling onverlet dat zich onder de stukken in het procesdossier documenten kunnen bevinden die betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid en 'als zodanig' op grond van de Wob kunnen worden opgevraagd. Het enkele feit dat een stuk ook deel uitmaakt van een procesdossier, doet dan aan de toepasselijkheid van de Wob niet af. Hoewel dat niet (expliciet) in de uitspraak staat, menen wij dat uit de uitspraak kan worden afgeleid dat de processtukken als zodanig, zoals in elk geval het beroepschrift, het verweerschrift en eventuele pleitnota's, buiten het bereik van de Wob vallen. Voor andere processtukken, zoals bij het verweerschrift gevoegde bijlagen, zal het ervan afhangen of zij uitsluitend met het oog op de bestuursrechtelijke procedure zijn vervaardigd en om die reden onder het bereik van artikel 8:79 lid 2 Awb vallen of dat zij 'als zodanig' onder de Wob vallen.[75]

Deze lijn is in de Woo gecodificeerd. Uit de bijlage bij artikel 8.8 Woo volgt dat artikel 8:79 Awb is uitgezonderd van het openbaarmakingsregime van de Woo voor zover bij het bestuursorgaan berustende documenten zijn opgesteld als processtuk. Daarmee is de systematiek ten aanzien van artikel 29 Rv en artikel 8:79 Awb gelijkgetrokken.[76] Het gevolg daarvan is dat ook artikel 3.1 Woo – dat is de inspanningsverplichting voor bestuursorganen om bij de uitvoering van hun taak uit eigen beweging documenten openbaar te maken – niet van toepassing is op processtukken. Bestuursorganen hebben dus ook geen bevoegdheid processtukken actief openbaar te maken.

Zie de bijlage bij artikel 8.8 Woo:

> 'De artikelen 3.1, 3.3, 4.1, 5.1, eerste, tweede en vijfde lid, en 5.2 van de Wet open overheid zijn niet van toepassing voor zover de volgende bepalingen gelden.
> (...)

74 ABRvS 16 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2180.
75 Zie daarover eerder Pietermaat & Bontje 2018.
76 Voor stukken uit het strafdossier blijft gelden dat deze in het geheel niet onder het openbaarmakingsregime van de Woo vallen. Zie de bijlage bij art. 8.8 Woo.

Algemene wet bestuursrecht: de artikelen 3:11, 3:44, voor zover betrekking hebbend op de terinzagelegging van andere documenten dan beschikkingen, 8:79, voor zover bij het bestuursorgaan berustende documenten zijn opgesteld als processtuk, 9:36, vijfde lid, en 9:36a, voor zover de documenten berusten bij de ombudsman (...).'

In het vervolg zullen wij, wanneer we van 'processtukken' spreken, doelen op documenten die zijn opgesteld als processtukken in een bestuursrechtelijke procedure. Het gaat dan om het (hoger)beroepschrift, verweerschrift, pleitnota's en andere schriftelijke stukken die bij de bestuursrechter zijn ingediend en waarin een partij een of meerdere standpunten heeft toegelicht. In die laatste categorie vallen bijvoorbeeld ook een repliek en dupliek als bedoeld in artikel 8:43 Awb.

4.2.3 Vaste werkwijzen van de rechtspraak

Uit het voorgaande volgt dat derden geen toegang hebben tot processtukken. Daarop bestaat één uitzondering, te weten voor de pers.

De Afdeling heeft op haar website haar werkwijze toegelicht voor de toegang van de pers tot zittingsinformatie. Zij schrijft dat openbaarheid van zittingen een eerlijke en onpartijdige rechtspraak bevordert, en dat de toegang van de pers tot de rechtszaal niet altijd voldoende is om de openbaarheid te garanderen. Daarom is het voor (uitsluitend) journalisten mogelijk om op de dag van de zitting bepaalde processtukken in te zien. Het gaat om het (hoger)beroepschrift, het verweerschrift en, als het om een zaak in hoger beroep gaat, de uitspraak van de rechtbank. Journalisten kunnen de processtukken uitsluitend inzien op de dag van de zitting in het gebouw van de Raad van State. Zij mogen de stukken niet buiten het gebouw van de Raad van State brengen en ze mogen dus geen kopieën maken.[77]

Rechtbanken hanteren de Persrichtlijn 2013.[78] In artikel 2.3 is bepaald dat in strafzaken, in voorlopige voorzieningen in bestuurszaken[79] en in kort gedingen dagvaardingen, verzoekschriften en beroepschriften uiterlijk één week voor de zitting onder embargo ter inzage liggen voor journalisten. Het embargo geldt tot het moment waarop de openbare behandeling is gestart.[80] Zaken op het gebied van personen-, familie- en jeugdrecht en andere zaken die op wettelijke gronden achter gesloten deuren worden behandeld zijn hiervan uitgezonderd. Als dagvaardingen van zaken op kortere termijn dan een week worden aangebracht, worden deze stukken direct

77 www.raadvanstate.nl/pers/informatie-pers/ (laatstelijk geraadpleegd op 12 januari 2022).

78 Te raadplegen via: www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/landelijke-persrichtlijn.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 12 januari 2022).

79 Bedoeld is bestuursrechtzaken. Dat leiden wij af uit de aanvullende persinformatie op de website van de rechtbank Gelderland: www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Gelderland/Bezoekinformatie/Paginas/Pers.aspx (laatstelijk geraadpleegd op 12 januari 2022).

80 Zie over het embargo ook het Aanvraagformulier persfaciliteiten: www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aanvraagformulier-persfaciliteiten.pdf (laatstelijk geraadpleegd op 13 januari 2022). Daarin is onder andere ook opgenomen dat het niet is toegestaan eigen opnames te maken van door het gerecht ter inzage gelegde stukken, of deze documenten te kopiëren of te verspreiden.

nadat de zaak is aangebracht ter inzage gelegd. In de toelichting wordt benadrukt dat andere processtukken dan de genoemde inleidende processtukken niet ter inzage worden gelegd, omdat de wet dat verbiedt.

Ook de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hanteren deze Persrichtlijn. Op de webpagina van de Centrale Raad staat echter dat bij de Centrale Raad, in afwijking van de Persrichtlijn, het uitgangspunt geldt dat in verband met de privacy van partijen geen stukken ter inzage worden gelegd voor de pers.[81]

4.3 Naar een ruimere toegang tot processtukken?

Derden hebben op dit moment dus geen toegang tot processtukken die deel uitmaken van een bestuursrechtelijk procesdossier. Alleen journalisten kunnen voorafgaand aan een zitting (afhankelijk van het rechtscollege in meer of mindere mate) beperkte inzage krijgen in bepaalde processtukken. Vanuit transparantieoogpunt kan men de vraag stellen of deze onttrekking van processtukken aan de openbaarheid in alle gevallen wel nodig is.[82]

4.3.1 Argumenten voor

Er zijn argumenten die pleiten voor een ruimere openbaarmakingsmogelijkheid. Openbaarmaking van processtukken kan in sommige gevallen bijdragen aan de verantwoording van overheidshandelen. Goed voorstelbaar is daarom dat in bepaalde zaken er sprake kan zijn van een groot belang bij openbaarheid van (delen van) processtukken. Illustratief is een uitspraak van de Afdeling over de openbaarmaking van een bezwaarschrift, in zekere zin toch ook een processtuk. De Afdeling overwoog dat bezwaarschriften betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid, kort gezegd omdat een burger door openbaarmaking van bezwaarschriften kan nagaan hoe een bestuursorgaan in concrete gevallen optreedt en omgaat met bezwaren die daartegen worden gemaakt. De burgemeester had zich volgens de Afdeling daarom terecht op het standpunt gesteld dat het betreffende bezwaarschrift, na het weglakken van gegevens die betrekking hebben op de persoonlijke levenssfeer, openbaar moest worden gemaakt.[83]

Daarnaast kan een uitspraak soms beter worden begrepen en/of in zijn context worden geplaatst indien bepaalde processtukken openbaar worden gemaakt. Ook de standpunten die partijen hebben ingenomen, het partijdebat en de wijze waarop de rechter de verschillende standpunten toetst, kunnen wellicht beter worden begrepen als kennis kan worden genomen van de (vaak uitgebreide) schriftelijke toelichtingen

81 www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Regels-en-procedures/Paginas/Informatie-voor-de-pers.aspx (laatstelijk geraadpleegd op 12 januari 2022).

82 Over die vraag is in de bestuursrechtelijke literatuur nauwelijks gediscussieerd. Wel kwam dit kort aan de orde in de evaluatie van de amicus curiae in de aanloop naar de wettelijke regeling daarvoor in de Awb. Zie De Poorter e.a. 2018, p. 35-37, p. 59-61 en p. 75-76.

83 ABRvS 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2431.

van partijen. Meer transparantie rondom processtukken past in zoverre ook bij de door de Afdeling geformuleerde ambitie in het reflectierapport over de kinderopvangtoeslagzaken om in aangewezen gevallen uitvoeriger en transparanter te worden in haar motivering, onder andere door discursief te motiveren.[84] Wij wijzen voorts op de in de (civielrechtelijke) literatuur geuite kritiek op de beperkte openbaarheid van de rechtspraak zonder kennisname van processtukken, terwijl juist in de schriftelijke stukken de standpunten van partijen uitgebreid zijn toegelicht.[85] Ook in bestuursrechtelijke procedures ligt de nadruk op de (schriftelijke) voorfase.[86]

Een ander argument is dat de beperking dat alleen de pers een inzagemogelijkheid heeft in (bepaalde) processtukken, zich slecht verhoudt met de huidige tijdgeest, waarin men voor nieuwsgaring niet (alleen) afhankelijk wil zijn van de traditionele media, maar ook zelf onderzoek wil kunnen doen. Die toegenomen interesse van individuele burgers in (de achtergrond van) bepaald overheidshandelen zien wij bijvoorbeeld ook terug in een toename van het aantal Wob-verzoeken.

4.3.2 Argumenten tegen

Tegelijkertijd zijn er goede redenen om derden geen toegang te verschaffen tot processtukken, in het bijzonder in verband met de privacy van de betrokken procespartijen. Dat klemt temeer nu processtukken eenvoudig op internet kunnen worden gepubliceerd. De processtukken zijn dan voor eenieder raadpleegbaar, gemakkelijk vindbaar, snel deelbaar en lastig wisbaar. Ook andere belangen, waaronder commerciële belangen en de vertrouwelijkheid van door partijen gehanteerde processtrategieën, kunnen een reden zijn processtukken niet openbaar te (willen) maken.

Daar komt bij dat lang niet alle procedures relevant zijn voor het publiek. In zaken waarin slechts een individueel belang van de betreffende procespartij aan de orde is en ook geen voor een breder publiek relevante rechtsvraag voorligt, zal de toegevoegde waarde van openbaarmaking van processtukken (in aanvulling op de openbare zitting en uitspraak) beperkt zijn. Wij wijzen ter vergelijking op de actieve openbaarmakingsplicht van beschikkingen in artikel 3.3 lid 2 onder k Woo. Van die plicht zijn 21 categorieën beschikkingen uitgezonderd waarbij de afweging tussen het belang bij openbaarheid en de belangen genoemd in artikel 5.1 Woo (de uitzonderingsgronden) in de regel in het voordeel van de laatstgenoemde belangen zal uitvallen.[87] Het gaat dan bijvoorbeeld om beschikkingen inzake belastingen, bijstand, sociale verzekeringen, familiaire betrekkingen en subsidies aan natuurlijke personen. Voorts wijzen wij op het persbeleid van de Centrale Raad, die hoofdzakelijk oordeelt over zaken waarin individuele belangen aan de orde zijn, en die in uitgangspunt geen inzagemogelijkheid biedt voor journalisten in processtukken.

---

84 ABRvS Reflectierapport 2021, p. 54-55.

85 Zie par. 4.2.1 hiervoor.

86 Zie daarover het advies AVG-commissie bestuursrechtelijke colleges van 9 april 2019 (klachtnummer 2019.001) over een klacht inzake het persbeleid van de Afdeling. De AVG-commissie wijst daarin op de nadruk die in de rechtspraak op de (schriftelijke) voorfase ligt. Raadpleegbaar via: www.raadvanstate.nl/@115379/gegevensverwerking/.

87 *Kamerstukken II* 2019/20, 35112, nr. 9, p. 29 en *Kamerstukken II* 2020/21, 35112, nr. 12, p. 15.

Tot slot zou de integriteit van de procedure bij de bestuursrechter kunnen worden aangetast indien partijen er rekening mee moeten houden dat hun processtukken openbaar kunnen worden gemaakt, ook indien dat pas gebeurt na afronding van een procedure. Processtukken zullen dan mogelijk meer voor het publiek worden geschreven, in plaats van ter voorlichting van de rechter in het specifieke geschil. Ook kan openbaarmaking van processtukken tot gevolg hebben dat partijen terughoudender worden in wat zij wel en niet opschrijven in een processtuk. Dat verhoudt zich slecht met het fundamentele recht op toegang tot de rechter. Partijen moeten zich vrij voelen een geschil in volle omvang, met alle *ins* en *outs*, aan de bestuursrechter voor te leggen.

4.3.3 Weging

De argumenten voor meer transparantie van processtukken moeten volgens ons worden gerelativeerd. In uitspraken van de bestuursrechter worden de standpunten van partijen over en weer doorgaans al samengevat en er wordt door de rechtspraak al het nodige gedaan om uitspraken uitgebreider en toegankelijker te motiveren. Wanneer de uitspraak al de standpunten van partijen bevat en inzicht biedt in de weging van de verschillende standpunten, is het belang voor derden om (ook nog) kennis te nemen van processtukken beperkt. Daar komt bij dat privacy- en bedrijfsbelangen zich vaak zullen verzetten tegen openbaarmaking. De vraag is dan wat het oplevert om op grote schaal openbaarmaking van processtukken mogelijk te maken.

Bovendien wegen de nadelen van openbaarmaking van processtukken voor ons zwaar. Het risico dat partijen terughoudender kunnen worden bij het opstellen van processtukken als zij er rekening mee moeten houden dat deze openbaar worden, mag niet worden onderschat. Partijen moeten de voor hen relevante feiten en omstandigheden – zonder terughoudendheid – aan de rechter kunnen voorleggen. Dat zou in het gedrang kunnen komen bij verruiming van de mogelijkheid voor derden om toegang te krijgen tot processtukken. Daarbij is ook van belang dat er een verschil is tussen het delen van processtukken met de rechter en wederpartij(en) enerzijds en het beschikbaar worden van processtukken voor derden anderzijds, zeker gelet op de mogelijkheid dat deze dan ook online komen te staan. In het licht van het fundamentele recht op toegang tot de rechter zou dat in algemene zin onwenselijk zijn, nog los van de vraag hoe (de integriteit van) het proces bij de bestuursrechter wordt beïnvloed als partijen in verband met mogelijke openbaarmaking van processtukken meer voor de bühne gaan schrijven in plaats van ter voorlichting van de rechter.

Wij concluderen daarom dat het uitgangspunt moet blijven dat processtukken niet voor externe openbaarmaking in aanmerking behoren te komen.

4.4 Openbaarmaking van processtukken in het geval van een bijzonder belang bij openbaarheid

Op dat uitgangspunt zou wel een uitzondering kunnen worden gemaakt voor zaken waarvan kan worden gezegd dat het de controle op overheidshandelen en de transparantie van de bestuursrechtspraak in het bijzonder ten goede zou komen indien

processtukken, al is het maar gedeeltelijk, openbaar zouden worden gemaakt (met andere woorden: 'een bijzonder belang bij openbaarheid' bestaat). Mits openbaarmaking van processtukken op kleine schaal plaatsvindt, hoeft voor de door ons gesignaleerde nadelen van openbaarmaking van processtukken dan minder te worden gevreesd. Wij stellen daarom voor bestuursorganen de bevoegdheid te geven in bepaalde situaties processtukken openbaar te maken, maar zonder te voorzien in de mogelijkheid voor eenieder om openbaarmaking ervan te verzoeken.

Hieronder gaan we nader in op de zaken die ons hierbij voor ogen staan (par. 4.4.1) en op hoe processtukken in die zaken openbaar zouden kunnen worden gemaakt (par. 4.4.2 t/m 4.4.4). Ook staan we kort stil bij de reeds bestaande mogelijkheid voor journalisten om tijdens een procedure al inzage te hebben in bepaalde processtukken (par. 4.4.5). Wij stellen aan het slot van dit hoofdstuk een beperkte wijziging van de Woo voor waarmee wordt voorzien in een bevoegdheid bepaalde processtukken actief openbaar te maken (par. 4.5).

4.4.1 *Een bijzonder belang bij openbaarheid*

Allereerst kan het gaan om zaken die van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Het kan dan gaan om zaken waarin conclusies zijn gevraagd, de grote kamer is ingezet, prejudiciële vragen zijn gesteld, de amicus curiae is ingezet of zaken die hebben geleid tot een overzichtsuitspraak. Of, indien de door ons in hoofdstuk 5 voorgestelde classificering van uitspraken wordt ingevoerd, om de zogenoemde 'categorie 1-zaken'. Voorstelbaar is dat bestuursorganen in die gevallen de passages openbaar maken die de relevante juridische argumentatie bevatten, bijvoorbeeld de reactie(s) op de door een staatsraad-advocaat-generaal gestelde vragen en op de genomen conclusie. Ten aanzien van die passages zal een bijzonder belang bij openbaarmaking kunnen bestaan. Dat zal in de regel niet het geval zijn ten aanzien van de passages die de individuele omstandigheden van de betrokken procespartij bevatten.[88]

Daarnaast kan het gaan om zaken waarin vanwege het onderwerp een bijzonder belang bij openbaarheid van de processtukken bestaat. Het gaat hier om uitzonderingsgevallen. Wij denken aan zaken die dusdanig in de maatschappelijke belangstelling staan, in het bijzonder ten aanzien van de in de procedure ingenomen standpunten, dat er een bijzonder belang bestaat bij openbaarmaking van (delen van) processtukken.

Het zal daarbij in ieder geval ook moeten gaan om zaken die tot uitspraken hebben geleid die ook van bijzonder belang zijn voor anderen dan partijen, bijvoorbeeld voor bepaalde beroeps- of belangengroepen. Processtukken in (hoger)beroepszaken

88 Vgl. bijvoorbeeld de zaak waarin een conclusie is gevraagd over het vertrouwensbeginsel, die betrekking had op een inwoner van Amsterdam die van de gemeente een dakterras van haar huis moet verwijderen (ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:896 (concl. A-G Wattel)). De openbaarheid van de conclusie en uitspraak volstaat onzes inziens dan ten aanzien van die informatie.

tegen (beslissingen op bezwaar ten aanzien van) de beschikkingen genoemd in artikel 3.3 lid 2 onder k Woo zullen hier in de regel niet onder vallen.

4.4.2 *Moment van openbaarmaking*

Het ligt voor de hand dat gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid processtukken actief openbaar te maken na afronding van de gerechtelijke procedure, meer precies na het onherroepelijk worden van de uitspraak. Onzes inziens zal het belang van de eerlijke rechtsbedeling zich veelal verzetten tegen eerdere kennisname van processtukken door anderen dan procespartijen.

Al in 1984 oordeelde de voorzitter van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State dat de Wob niet van toepassing is op processtukken, onder verwijzing naar het in het procesrecht geregelde belang van de waarborging van de gelijkheid van betrokken procespartijen en de bescherming van processuele belangen. Zouden processtukken op grond van de Wob hangende een procedure openbaar kunnen worden gemaakt, dan zou dat betekenen dat vanwege de toevallige omstandigheid dat een van de partijen een overheidslichaam is, de Wob van toepassing is. Dat zou volgens de Afdeling het (zo begrijpen wij) onwenselijke gevolg hebben dat een beslissing inzake openbaarmaking van processtukken uitsluitend in handen ligt van die ene partij.[89]

Ook uit Europese rechtspraak over de toepassing van de Eurowob[90] volgt dat de eerlijke rechtsbedeling zich verzet tegen openbaarmaking van processtukken hangende een procedure. Het Hof van Justitie van de Europese Unie ziet het daarbij juist als benadelend voor het overheidslichaam (in dat geval: de betrokken Europese instelling) als de instelling op grond van de Eurowob verplicht zou zijn processtukken openbaar te maken, terwijl op de wederpartij een dergelijke verplichting niet rust:

> '87. Daarnaast kan in een dergelijke situatie het noodzakelijke evenwicht tussen de partijen bij een geding voor die rechterlijke instanties – dat aan het beginsel van "equality of arms" ten grondslag ligt – worden verstoord, aangezien de verplichting tot openbaarmaking alleen geldt voor de instelling waaraan om toegang tot haar documenten is verzocht, en niet voor alle partijen bij de procedure.'[91]

Voorts moet worden voorkomen dat aan de hand van de processtukken een publiek debat kan worden gevoerd over (de uitkomst van) een gerechtelijke procedure, terwijl de rechter daar nog over moet oordelen. Dat zou kunnen leiden tot een ongewenste druk van buiten op een gerechtelijke procedure. Het ligt daarom voor de hand uit

89 ARRvS 17 juli 1984, *KG* 1984, 308 (*Shell/Minister van VROM*).

90 Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie.

91 HvJ EU 21 september 2010, gevoegde zaken C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, ECLI:EU:C:2010:541 (*Zweden e.a./API en Commissie*).

te gaan van het moment waarop een uitspraak onherroepelijk is geworden. Zou als moment de uitspraak worden gekozen, dan bestaat het risico dat bij de behandeling van een eventueel hoger beroep alsnog een publiek debat wordt gevoerd aan de hand van openbaargemaakte processtukken over materie die op dat moment nog voorligt bij de rechter.

Dat betekent overigens niet dat er na het onherroepelijk worden van de uitspraak geen belangen meer kunnen zijn die zich verzetten tegen openbaarmaking van (delen van) processtukken. In de volgende paragraaf staan wij daarbij stil.

4.4.3 Beslissing van het betrokken bestuursorgaan

De beslisbevoegdheid

Het ligt onzes inziens voor de hand het betrokken bestuursorgaan te laten beslissen over de vraag of processtukken in zaken waarin een bijzonder belang bij openbaarheid aan de orde is, al dan niet voor openbaarmaking in aanmerking komen, nu bestuursorganen zijn ingericht op en bekend zijn met het nemen van openbaarmakingsbeslissingen. Geschillen over dergelijke beslissingen kunnen dan vervolgens aan de bestuursrechter worden voorgelegd.

Dit verdient de voorkeur boven het leggen van die beslisbevoegdheid bij (de griffier van) het rechtsprekende orgaan. In het laatste geval zou (de griffier van) het rechtsprekende orgaan na afronding van een zaak een oordeel moeten vormen over de bij openbaarmaking van processtukken betrokken belangen en voormalige partijen om een zienswijze moeten vragen. Dat kan frictie opleveren met de onafhankelijke positie van het rechterlijke college. Ook zou dat een grote uitvoeringslast voor rechterlijke colleges meebrengen, die niet onder de reikwijdte van de Woo vallen en dus verder niet zijn ingericht op het nemen van openbaarmakingsbeslissingen.

Een mogelijk bezwaar kan zijn dat het bestuursorgaan op deze wijze zijn eigen vlees keurt, en zelf na afronding van een procedure kan beslissen wat wel en wat niet in de openbaarheid komt. Wij zien dat probleem niet zo. Net als bij andere openbaarmakingsbeslissingen op grond van artikel 3.1 Woo (en tot 1 mei 2022 op grond van art. 8 Wob) moet het bestuursorgaan de belangen van de andere procespartij(en) meewegen en hen zo nodig in de gelegenheid stellen een zienswijze in te dienen over de voorgenomen openbaarmaking.[92] Belanghebbenden kunnen desgewenst bezwaar en beroep instellen en zo nodig de voorzieningenrechter verzoeken een voorlopige voorziening te treffen.

Een ander bezwaar kan zijn dat tegenover de bevoegdheid van bestuursorganen om processtukken actief openbaar te maken geen mogelijkheid bestaat om een bestuursorgaan te verzoeken processtukken openbaar te maken (passief; op grond van art. 4.1 Woo). Wij realiseren ons dat dat afwijkt van de systematiek van de Woo.

92 Art. 3.1 lid 3 Woo.

Wij achten dit gerechtvaardigd in verband met de bijzondere aard van processtukken, en meer specifiek het belang dat bestaat bij het in uitgangspunt onthouden van processtukken aan de openbaarheid (zie par. 4.3.3). Ook de omstandigheid dat een bestuursorgaan zelf procespartij is geweest bij de betreffende procedure, anders dan 'eenieder' die een Woo-verzoek kan indienen, rechtvaardigt deze keuze.

Journalisten, wetenschappers of andere groepen die naar het oordeel van het Adviescollege openbaarheid en informatiehuishouding een beroepsmatig belang hebben bij het gebruik van publieke informatie kunnen zo nodig een klacht indienen bij genoemd college over de wijze waarop het bestuursorgaan gebruikmaakt van de mogelijkheid processtukken openbaar te maken (art. 7.2 lid 4 Woo jo. art. 7.3 Woo). Een dergelijke klacht kan zowel gaan over het niet gebruikmaken van de bevoegdheid processtukken openbaar te maken, als over de wijze waarop een bestuursorgaan gebruikmaakt van die bevoegdheid. Het college kan vervolgens het betrokken bestuursorgaan adviseren over de klacht (art. 7.2 lid 4 Woo). Ook in algemene zin kan het college monitoren en onderzoeken hoe bestuursorganen omgaan met de bevoegdheid processtukken openbaar te maken (art. 7.2 lid 5 onder c Woo) en de regering en/of de Kamers der Staten-Generaal daar gevraagd of ongevraagd over adviseren (art. 7.2 lid 1 Woo).

De afweging van belangen

Bij het nemen van een openbaarmakingsbeslissing over processtukken zal het bestuursorgaan aan de hand van de uitzonderingsgronden van de Woo moeten beoordelen of er belangen zijn die zich verzetten tegen (al dan niet gedeeltelijke) openbaarmaking. Zo kan de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 5.1 lid 2 onder e Woo) zich verzetten tegen openbaarmaking, bijvoorbeeld omdat de zaak betrekking heeft op persoonlijke omstandigheden van de betrokkene. Ook de concurrentiebelangen van ondernemingen kunnen zich tegen openbaarmaking verzetten (art. 5.1 lid 1 onder c Woo en art. 5.1 lid 2 onder f Woo).

Voorts kan het procesbelang van een partij ertoe leiden dat wordt afgezien van openbaarmaking van (delen van) processtukken. Dat zal in het bijzonder aan de orde zijn als de argumentatie en/of strategie in de betreffende zaak samenhangt met lopende of toekomstige procedures.[93] Een bestuursorgaan zou zich dan kunnen beroepen op de uitzonderingsgrond voor het goed functioneren van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen (art. 5.1 lid 2 onder i Woo). Voor de bescherming van de processtrategie van andere procespartijen zou daar waar het gaat om een commerciële partij een beroep kunnen worden gedaan op de bescherming van concurrentiegevoelige bedrijfs- en fabricagegegevens (als bedoeld in art. 5.1 lid 2 onder f Woo).

93 Het Hof heeft dat ook onderkend in de context van de Eurowob: HvJ EU 21 september 2010, gevoegde zaken C-514/07 P, C-528/07 P en C-532/07 P, ECLI:EU:C:2010:541 (*Zweden e.a./API en Commissie*), r.o. 132-133.

4.4.4 *Inhoudelijke processtukken*

De mogelijkheid om processtukken openbaar te maken in zaken waarin een bijzonder belang bij openbaarheid aan de orde is, zou onzes inziens beperkt moeten zijn tot inhoudelijke processtukken. Daarmee bedoelen wij (hoger)beroepschriften, verweerschriften, pleitnota's en andere schriftelijke stukken die bij een rechtscollege zijn ingediend en waarin een partij een of meerdere standpunten heeft toegelicht, waaronder re- en dupliek. Andere stukken van praktische aard, waaronder correspondentie tussen procespartijen en het rechtsprekende orgaan (bijvoorbeeld over het plannen van een zitting, het uitnodigen van belanghebbenden, verzoeken om uitstel, verzoeken om stukken, enzovoort), vallen niet onder de verruimde openbaarmakingsmogelijkheid gelet op het beperkte belang bij openbaarheid daarvan. Bovendien zou dit leiden tot verkapte toepassing van de Woo op rechtsprekende organen, die nou juist zijn uitgezonderd van de Woo.

4.4.5 *Tot slot: de inzagemogelijkheid voor journalisten rondom de zitting*

Tot slot kunnen wij ons voorstellen dat de reeds bestaande mogelijkheid voor journalisten om voorafgaand aan een zitting inzage te krijgen in de processtukken gehandhaafd blijft.[94] Daarvoor achten wij van belang dat journalisten een belangrijke rol hebben bij de verslaglegging van de gang van zaken ter zitting. Voor een goed begrip van wat zich afspeelt ter zitting kan kennisname van (bepaalde) processtukken nodig zijn. Wij wijzen in dat verband op de overweging van de AVG-commissie bestuursrechtelijke colleges in een advies over een klacht inzake het persbeleid van de Afdeling:

> 'De ook grondwettelijk [voetnoot] en verdragsrechtelijk [voetnoot] vastgelegde openbaarheid van de terechtzittingen valt onder andere te realiseren door de journalistieke verslaglegging ervan. Zeker waar in de praktijk burgers slechts mondjesmaat gebruik maken van hun recht om zelf in de zittingzaal aanwezig te zijn, is de berichtgeving door de pers één van de belangrijkste instrumenten om inzicht te krijgen in het functioneren van de rechtspraak. De Nederlandse rechtspraak kenmerkt zich door de nadruk op de (schriftelijke) voorfase. Dat maakt die rechtspraak efficiënt en draagt bij tot relatief korte zittingen. Tegelijk kan dat de begrijpelijkheid van de zittingen voor publiek en pers op een negatieve manier beïnvloeden. De externe openbaarheid van de terechtzitting verlangt dat journalisten zo min mogelijk worden belet in het vergaren van hun informatie tijdens de zitting en het publiceren van die informatie. De enkele toegang van de pers tot de zittingszaal is niet steeds voldoende garantie voor de openbaarheid. Daarvoor is het ook nodig dat informatie over de door de rechter behandelde zaken voor de journalist eenvoudig te verkrijgen is.'[95]

94 Vanzelfsprekend moet die inzagemogelijkheid in overeenstemming zijn met de AVG en de UAVG en/of eventuele andere van toepassing zijnde (bijzondere) gegevensbeschermingswetgeving. De vraag of dat op dit moment het geval is, hebben wij in dit preadvies buiten beschouwing gelaten.

95 Advies AVG-commissie bestuursrechtelijke colleges van 9 april 2019 met klachtnummer 2019.001, raadpleegbaar via: www.raadvanstate.nl/@115379/gegevensverwerking/.

4.5 Aanbeveling

Op dit moment is er geen expliciete wettelijke grondslag voor de openbaarmaking van processtukken. Artikel 3.1 Woo bevat de algemene, wettelijke grondslag voor bestuursorganen om actief informatie openbaar te maken, maar die bevoegdheid is ingevolge de (bijlage bij) artikel 8.8 Woo niet van toepassing op processtukken. Dat kan problematisch zijn, omdat bij de openbaarmaking van processtukken vaak belangen van derden zijn gemoeid. Zij moeten bij de bestuursrechter terecht kunnen indien zij het niet eens zijn met de openbaarmaking van processtukken.[96]

Op grond van het voorgaande stellen wij voor een tweede lid toe te voegen aan de bijlage bij artikel 8.8 Woo. Het tweede lid van de bijlage bij artikel 8.8 Woo zou dan als volgt kunnen luiden:

> 'In afwijking van het eerste lid geldt voor bij het bestuursorgaan berustende documenten die zijn opgesteld als processtuk ten behoeve van de bestuursrechter dat het bestuursorgaan in geval van een bijzonder belang bij openbaarheid van (delen van) die documenten toepassing kan geven aan artikel 3.1 van deze wet. Indien het bestuursorgaan toepassing geeft aan artikel 3.1 van deze wet, zijn de artikelen 5.1, eerste, tweede en vijfde lid, en 5.2 van toepassing.'[97]

Ook de formulering van artikel 8.8 Woo zal dan moeten worden aangepast. Dat artikel zou als volgt kunnen luiden:

> 'De artikelen 3.1, 3.3, 4.1, 5.1, eerste, tweede en vijfde lid, en 5.2 zijn niet van toepassing op informatie waarvoor een bepaling geldt die is opgenomen in de bijlage bij deze wet, conform het bepaalde in die bijlage.'

96 ABRvS 31 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX6362, ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468 en ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4377.

97 Op voorhand lijkt het ons voor de hand liggen een vergelijkbare bepaling op te nemen voor processtukken die onder de reikwijdte van art. 29 Rv vallen. Gelet op de bestuursrechtelijke aard van dit preadvies hebben wij dit niet nader uitgewerkt.

5 Classificatie van uitspraken

5.1 Inleiding: openbaarheid van uitspraken

Tot slot staan wij in dit preadvies stil bij de openbaarheid van uitspraken. De uitspraak geschiedt in het openbaar (art. 8:78 Awb) en eenieder kan een (zo nodig geanonimiseerd[98]) afschrift van de uitspraak ontvangen (art. 8:79 Awb). In de vorige hoofdstuk noemden wij al dat veel uitspraken worden gepubliceerd op rechtspraak.nl. Het gaat daarbij om alle uitspraken van de hoogste bestuursrechters, tenzij de zaak kennelijk ongegrond of niet-ontvankelijk is verklaard en/of de zaak met een standaardformulering is afgedaan.[99] Van de rechtbanken wordt een veel kleiner deel gepubliceerd. In totaal wordt circa 4% van alle uitspraken gepubliceerd.[100]

Binnen de rechtswetenschap en -praktijk wordt al langer gedebatteerd over de vraag of niet meer of zelfs alle uitspraken zouden moeten worden gepubliceerd.[101] De Rechtspraak is eind 2021 gestart met het programma 'Meer én verantwoord publiceren'.[102] (Eind)doel van dat programma is te komen tot een 'alles, tenzij'-beleid. In het NJB is naar aanleiding daarvan een vijftal bijdragen opgenomen waarin wordt gereflecteerd op dat voornemen.[103]

Is de openbaarheid van uitspraken dan straks 'af'? Wij vragen ons dat af. Het publiceren van meer uitspraken leidt niet per se tot meer transparantie. Zonder flankerende maatregelen bestaat het gevaar dat de 'gebruiker' van uitspraken als gevolg van het massaal publiceren daarvan door de bomen het bos niet meer ziet.[104] Over de

98 Art. 7 lid 1 Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012 en de anonimiseringsrichtlijnen van de Rechtspraak. Laatstgenoemde richtlijnen zijn raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl/Uitspraken/paginas/anonimiseringsrichtlijnen.aspx (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2022).

99 Art. 3 Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012.

100 Naves e.a. 2021.

101 Zie o.a. Mommers e.a. 2010 en Barkhuysen 2017.

102 www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Programma-Meer-en-verantwoord-publiceren-van-rechterlijke-uitspraken-van-start.aspx (laatstelijk geraadpleegd op 19 januari 2022).

103 NJB 2021, p. 3620-3637. Het gaat daarbij achtereenvolgend over de uitdagingen bij het meer publiceren van uitspraken voor de rechtspraak; kanttekeningen vanuit de rechtspraktijk; de wens om (nog) meer informatie openbaar te maken over het verloop en de uitkomst van een procedure vanuit de wetenschap; de gelijkenissen tussen een wettelijke grondslag voor de publicatie van uitspraken en de Woo; en het perspectief van de juridische en fiscale uitgever en informatieleverancier ten aanzien van het voornemen meer uitspraken te publiceren.

104 Zo constateerde ook Van Opijnen in zijn dissertatie; Van Opijnen 2014, p. 97. Zie ook Naves e.a. 2021 (uitdaging 5).

toegang tot en hanteerbaarheid van gepubliceerde uitspraken moet daarom worden nagedacht.[105]

De rechtspraak zou daarin nu al een stap kunnen zetten door uitspraken voortaan te classificeren naar de mate waarin een uitspraak van belang is voor de rechtsontwikkeling. In paragraaf 5.3 en 5.4 werken wij verder uit hoe aan uitspraken een dergelijk gewicht kan worden toegekend. Onder 'rechtsontwikkeling' verstaan wij daarbij de zaaksoverstijgende betekenis van een uitspraak.

Voorafgaand daaraan lichten wij in paragraaf 5.2 het nut van een dergelijke classificatie toe. Op het nut en de noodzaak van het *publiceren* van alle uitspraken gaan wij in dit hoofdstuk verder niet in.

5.2 Het nut van het classificeren van uitspraken

Al in 2017 hield Barkhuysen een pleidooi voor een wettelijke regeling voor de publicatie van in beginsel alle rechterlijke uitspraken, met de suggestie daarbij uitspraken te classificeren naar de mate waarin uitspraken van belang zijn voor de rechtsontwikkeling.[106] De toenmalige voorzitter van de Raad voor de rechtspraak gaf in reactie daarop aan niet principieel tegen een dergelijke wettelijke regeling te zijn, maar dat er in ieder geval een 'bepaalde classificatie op objectieve gronden' aan uitspraken moet worden meegegeven om iets met de grote hoeveelheid uitspraken te kunnen. Hij wees er daarbij op dat de situatie moet worden voorkomen dat uitspraken niet meer zijn terug te vinden, en dat de 'directe bestudering' van uitspraken – los van mogelijkheden met *big data*-toepassingen bij publicatie van alle uitspraken – mogelijk moet blijven.[107]

Wij menen dat het classificeren van uitspraken nu al, dus vooruitlopend op (een wettelijke grondslag voor) de publicatie van alle uitspraken, kan bijdragen aan de toegang tot (en daarmee de transparantie van) uitspraken. Op dit moment wordt al een grote hoeveelheid uitspraken gepubliceerd,[108] veelal zonder dat duidelijk is of sprake is van een uitspraak die een relevante stap in de rechtsontwikkeling bevat dan wel van een uitspraak waarin simpelweg de bestaande lijn is toegepast. Tollenaar wees er in zijn preadvies al op dat uitspraken die relevant zijn voor de rechtsontwikkeling kunnen worden herkend als die zijn gedaan door de grote kamer en/of met

105 Zo volgt ook uit het 'principle of publicity' van het EHRM; zie EHRM 8 december 1983, ECLI:CE:ECHR:1983:1208JUD000798477 (*Pretto/Italië*).

106 Barkhuysen 2017.

107 Bakker 2017.

108 Alleen al in 2021 gaat het om 3.021 uitspraken van de Afdeling (op basis van de zoekfunctie in uitspraken op www.raadvanstate.nl over het jaar 2021) en om 3.332 uitspraken van de Centrale Raad van Beroep, 1.089 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en 10.671 van rechtbanken binnen het rechtsgebied bestuursrecht (afgaande op het uitsprakenregister van rechtspraak.nl met toepassing van het filter 'tussen 01-01-2021 en 31-12-2021'). Genoemde websites zijn laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2022.

betrokkenheid van de advocaat-generaal.[109] Daarnaast laten uitspraken met relevantie voor de rechtsontwikkeling zich soms herkennen door hun opneming in signaleringen, jaarverslagen of persberichten (al kan dat ook te maken hebben met het (publicitair gevoelige) onderwerp van de uitspraak en niet zozeer met de juridische relevantie). Voor sommige uitspraken geldt dat een goede verstaander de rechtsontwikkeling zal herkennen (bijvoorbeeld door bepaalde tekstkenmerken – zoals de bekende 'anders dan voorheen'-formule – in de uitspraak of door de samenstelling van de kamer die een hoger beroep behandelt). Tollenaar concludeert echter dat er nog zeer veel uitspraken zijn die wel relevant zijn voor de rechtsontwikkeling, maar niet als zodanig (kunnen) worden herkend.[110]

Voor uitspraken van rechtbanken (waarvan, als gezegd, veel minder uitspraken worden gepubliceerd) zegt het feit dat een uitspraak is gepubliceerd iets over het belang van de uitspraak, maar dat betreft nog steeds een aanzienlijke hoeveelheid uitspraken. Alleen al voor het bestuursrecht betroffen dit in 2021 10.671 uitspraken.[111] Bovendien betekent het feit dat een uitspraak is gepubliceerd lang niet altijd dat sprake is van een uitspraak waarin in de rechtsontwikkeling een stap voorwaarts is gezet. Zo worden zaken onder andere ook gepubliceerd vanwege het feit dat hoger beroep is ingesteld of vanwege media-aandacht.[112]

In veel gevallen kan dus alleen door uitspraken te lezen worden beoordeeld of een uitspraak een relevante rechtsontwikkeling bevat. De lezer zal voor die beoordeling de nodige kennis moeten hebben over de stand van het recht binnen het betreffende rechtsgebied. Specialisten hebben dat in huis, maar dat zal niet of in ieder geval in veel mindere mate gelden voor juridische professionals met een brede praktijk en nog veel minder voor een burger die in een of enkele zaken bij de bestuursrechter procedeert.[113] Door uitspraken te classificeren kan iedere gebruiker van uitspraken eenvoudig(er) de juridisch relevante uitspraken raadplegen, door te filteren op het voor hem relevante rechtsgebied en op de uitspraken die zijn geclassificeerd als belangwekkend voor de rechtsontwikkeling.

Het classificeren van uitspraken past bovendien binnen de ambitie van de (bestuurs)rechtspraak om uitspraken toegankelijker en begrijpelijker te maken voor de burger. Wij denken daarbij onder andere aan de 'klare taal'-aanpak. De voorzitter van de Raad voor de rechtspraak heeft in 2019 in een brief aan de minister van Rechtsbescherming het belang van het gebruik van begrijpelijke en klare taal onderstreept voor (onder meer) de toegankelijkheid van de rechtspraak. In dat kader wijst de

109 Zie www.raadvanstate.nl/bestuursrechtspraak/soorten-uitspraken/ voor de webpagina waarop de Afdeling onder andere alle conclusie- en grotekameruitspraken op een rijtje zet.

110 Tollenaar 2015, p. 224.

111 Afgaande op het uitsprakenregister van rechtspraak.nl met toepassing van de filters 'tussen 01-01-2021 en 31-12-2021' en rechtsgebied bestuursrecht (laatstelijk geraadpleegd op 27 januari 2022).

112 Art. 4 lid 2 onder b resp. art. 5 onder a Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012.

113 Zie in gelijke zin Weusten & Weij 2021.

voorzitter onder andere op het gebruik van B1-taalniveau voor teksten op de website, in brochures en in brieven en op het gebruik van visuele communicatiemiddelen, zoals *infographics* of voorlichtingsvideo's. Ook noemt hij de Klare Taal Bokaal, die jaarlijks wordt uitgereikt aan de opstellers van een bijzonder begrijpelijke uitspraak, en de verschillende initiatieven die binnen afzonderlijke rechtsgebieden zijn opgezet om de begrijpelijkheid van uitspraken te verbeteren. Zo is binnen de landelijke vakgroep van bestuursrechters afgesproken landelijke modellen aan een klaretaaltoets te onderwerpen en te onderzoeken op welke manier de structuur en de opbouw van een uitspraak kunnen bijdragen aan het helder overbrengen van een boodschap.[114] Wij denken verder aan het project Wieb (Wat ik eigenlijk bedoel) dat bij de sector bestuursrecht van de rechtbank Amsterdam werd gestart om de leesbaarheid en begrijpelijkheid van uitspraken te vergroten.[115] Ook de Afdeling heeft de afgelopen jaren stappen gezet om haar uitspraken toegankelijker te maken voor burgers.[116] De belangrijkste veranderingen zijn een duidelijke beschrijving van de casus, het verhuizen van wetteksten naar de bijlage, de toevoeging van zogenoemde 'structuurteksten' aan de uitspraak en het verminderde gebruik van jargon.[117] Verder maakt de Afdeling sinds een aantal jaar zo nu en dan gebruik van video's om uitspraken beter toegankelijk te maken voor een breder publiek.[118]

5.3 Voorstel voor classificatie van uitspraken

5.3.1 *Het classificatiesysteem van het EHRM ter inspiratie*

Hoe zou een dergelijke classificatie eruit kunnen zien? Daarvoor kan worden aangesloten bij het classificatiesysteem dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hanteert in uitsprakendatabank HUDOC.[119] Daarin zijn vier categorieën aangebracht die als zoekfilter kunnen worden toegepast.

Het gaat om de volgende vier categorieën, weergegeven van het belangrijkst voor de rechtsontwikkeling naar minst belangrijk voor de rechtsontwikkeling:[120]

– *Case Reports.* Dat zijn: 'Judgments, decisions and advisory opinions delivered since the inception of the new Court in 1998 which have been published or selected for publication in the Court's official Reports of Judgments and Decisions.

114 Zie voor de brief met de verschillende initiatieven Bijlage 880977 bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 504. Zie voorts de jaarverslagen van de Rechtspraak over 2018 t/m 2020 en in het bijzonder het jaarverslag over 2018, p. 23-24.

115 Idem. Zie voorts Verburg 2018, p. 170, die wijst op een initiatief bij de Rb. Midden-Nederland. Daar is een vorm van intervisie geïntroduceerd met betrekking tot de leesbaarheid van uitspraken, waarbij concepten door taalcoaches werden becommentarieerd voordat uitspraken worden verzonden.

116 Van der Bruggen 2016, p. 110-111.

117 Van der Bruggen 2016, p. 111-112. Zie over het gebruik van begrijpelijker taalgebruik ook de jaarverslagen van de Afdeling over 2019 en 2020.

118 Raad van State, Jaarverslag 2018, p. 42.

119 Zie daarover eerder Barkhuysen 2017.

120 www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC/FAQ (laatstelijk geraadpleegd op 21 januari 2022).

The selection from 2007 onwards has been made by the Bureau of the Court following a proposal by the Jurisconsult.

– Judgments of the former Court (published in Series A and Reports of Judgments and Decisions) and cases published in the former Commission's series Decisions and Reports have not been included in the Case Reports category and are therefore classified by levels 1, 2 and 3 only.'
– *1 – High importance*. Dat zijn: 'All judgments, decisions and advisory opinions not included in the Case Reports which make a significant contribution to the development, clarification or modification of its case-law, either generally or in relation to a particular State.'
– *2 – Medium importance.* Dat zijn: 'Other judgments, decisions and advisory opinions which, while not making a significant contribution to the case-law, nevertheless go beyond merely applying existing case-law.'
– *3 – Low importance.* Dat zijn: 'Judgments, decisions and advisory opinions of little legal interest, namely judgments and decisions that simply apply existing case-law, friendly settlements and strike outs (unless raising a particular point of interest). The importance levels are mentioned in the notice accompanying each document.'

De classificering als categorie 1-, 2- of 3-uitspraak is voorlopig tot het moment dat het Bureau[121] – op voorstel van Jurisconsult[122] – heeft beslist of een uitspraak al dan niet wordt geselecteerd voor de categorie *Case reports* vanwege het bijzondere belang van de uitspraak. Zo ja, dan verandert de classificatie naar *Case reports*.[123] Dat betreft de belangrijkste uitspraken van het EHRM. Tot en met 2015 werden deze geselecteerde zaken online gepubliceerd en in de *Reports of Judgments and Decisions*. Sinds 2016 worden *Case reports* alleen nog online gepubliceerd. Deze zaken staan in HUDOC vermeld als '*key cases*', of kunnen worden geraadpleegd op een aparte webpagina met alle *key cases*.[124] Wordt een uitspraak eenmaal geselecteerd voor de categorie *Case Reports* dan verandert deze uitspraak nadien niet meer van categorie.[125]

Het classificatiesysteem van het EHRM is voor de categorieën 1, 2 en 3 dynamisch. Een uitspraak die aanvankelijk van beperkt belang is geacht, kan door een veranderende opvatting over het belang van de uitspraak voor de rechtsontwikkeling verhuizen naar een andere categorie.[126] De meeste uitspraken van het EHRM worden gekwalificeerd als categorie 3-zaken.

---

121 Zie Rule 9A van de Rules of the Court. Het Bureau bestaat uit de president van het Hof, de vicepresidenten en de sectiepresidenten.

122 Zie Rule 18B van de Rules of the Court. De Jurisconsult is verantwoordelijk voor de kwaliteit en consistentie van de rechtspraak en levert in dat kader opinies en informatie aan o.a. de leden van het EHRM.

123 www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC/FAQ (laatstelijk geraadpleegd op 21 januari 2022).

124 www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/reports&c (laatstelijk geraadpleegd op 25 januari 2022).

125 Van Opijnen 2014, p. 345-347.

126 Van Opijnen 2014, p. 345-347.

Classificeren op basis van categorie 1, 2 en 3
Nederlandse uitspraken kunnen op vergelijkbare wijze worden geclassificeerd als EHRM-uitspraken. Daarbij zou dan gebruik kunnen worden gemaakt van de categorieën 1 tot en met 3.[127]

Categorie 1 staat dan voor zaken die van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Hier zitten de zogenoemde kantelzaken: richtinggevende uitspraken, waarin een lijn die voorheen in de rechtspraak werd toegepast wordt aangepast of verhelderd. Ook zaken waarin een nieuwe lijn wordt uitgezet, bijvoorbeeld naar aanleiding van nieuwe wetgeving, kunnen categorie 1-zaken zijn. Categorie 2 staat voor zaken die geen kantelzaken zijn, maar wel verder gaan dan de toepassing van een vaste lijn in de rechtspraak. Categorie 3 staat voor zaken die van beperkt belang zijn voor de rechtsontwikkeling, omdat daarin het recht en/of een vaste lijn in de rechtspraak gewoonweg wordt toegepast dan wel (nog) geen sprake is van een vaste lijn.[128]

Enkele illustratieve voorbeelden
Kijken wij bijvoorbeeld naar de rechtspraak op een voor dit preadvies tot de verbeelding sprekend terrein – de Wob en de Woo – dan zou de uitspraak waarin de Afdeling de lijn voor de openbaarmaking van namen heeft gepreciseerd kwalificeren als categorie 1-uitspraak.[129] Voor die uitspraak kwam de vraag of namen van ambtenaren al dan niet openbaar moeten worden gemaakt steeds terug, zonder dat (precies) duidelijk was hoe bestuursorgaan daarmee om moeten gaan. Met genoemde uitspraak heeft de Afdeling een voor de Wob-praktijk richtinggevende uitspraak gedaan. Een categorie 2-uitspraak zou de uitspraak zijn waarin werd beslist dat de doorzendplicht van artikel 4 Wob ook inhoudt dat een bestuursorgaan dat zelf over een deel van de gevraagde informatie beschikt, maar weet dat die ook deels bij een ander bestuursorgaan berust, het verzoek voor dat overige deel moet doorzenden.[130] Rechtsvragen rondom de doorzendplicht doen zich niet vaak voor, maar deze uitspraak geeft wel nadere duiding aan de wijze waarop bestuursorganen hiermee om moeten gaan. Een uitspraak waarin de vaste lijn wordt toegepast over de verdeling van de bewijslast als een verzoeker stelt dat het bestuursorgaan over meer informatie beschikt, kwalificeert als categorie 3-uitspraak.[131]

127 De categorie *Case Reports* ligt bij het ontbreken van een traditie van publicatie van de belangrijkste uitspraken in een dergelijk journaal in de Nederlandse bestuursrechtspraak niet voor de hand.
128 De Afdeling heeft in het reflectierapport over de kinderopvangtoeslagzaken geconcludeerd dat voorzichtigheid geboden is bij het uitzetten en bewaken van vaste lijnen over hoe wetgeving moet worden uitgelegd. Zolang onvoldoende zicht bestaat op het palet aan zaken en vragen die bestaan, moet worden uitgegaan van een 'zaak-voor-zaak'-benadering. Tegelijkertijd zullen vaste lijnen blijven bestaan, omdat, zoals de Afdeling ook aangeeft, de rechtspraktijk niet zonder vaste lijnen kan. Zie Afdeling 2021, p. 9, 41 en 50.
129 ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:321.
130 ABRvS 14 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:781.
131 Zie bijv. ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1058.

Op het terrein van het omgevingsrecht zou een categorie 1-uitspaak zijn de zaak waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat de windturbinenormen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling plan-MER-plichtig zijn.[132] De Afdeling oordeelde eerder[133] nog dat de windturbinenormen in het Activiteitenbesluit en de Activiteitenregeling géén plan of programma zijn, en deze daarom ook niet plan-MER-plichtig waren. Deze uitspraak heeft voor de rechtspraktijk significante implicaties omdat bestuursorganen zich niet langer zomaar op de windturbinenormen kunnen baseren bij besluitvorming over windmolenparken. Daarvoor moet het Rijk eerst een plan-MER verrichten (en zo nodig de windturbinenormen aanpassen) of moeten bestuursorganen eigen normen stellen, voorzien van een actuele deugdelijke, op zichzelf staande en op de aan de orde zijnde situatie toegesneden motivering. Een categorie 2-uitspraak zou de uitspraak kunnen zijn waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat beleid over klimaatadaptatie past binnen de beoordeling van een goede ruimtelijke ordening.[134] Dat lag in zekere zin in de lijn der verwachting, maar met genoemde uitspraak van de Afdeling is hier duidelijkheid in gekomen voor de rechtspraktijk. Een uitspraak waarin het kader voor de beginselplicht tot handhaving wordt toegepast naar aanleiding van een last om een bouwconstructie te verwijderen zou kwalificeren als categorie 3-uitspraak.[135] De Afdeling past in deze uitspraak haar vaste jurisprudentielijn toe over de beginselplicht tot handhaving.

Waarom drie categorieën?
Wij menen dat met het onderscheid in deze drie categorieën goed inzicht kan worden geboden in het belang van uitspraken op een wijze die bijdraagt aan de toegang tot en hanteerbaarheid van uitspraken. Een verdeling in meer categorieën lijkt ons te complex en brengt een (groter) risico mee op interpretatieverschillen tussen verschillende rechterlijke colleges.

Een verdeling in twee categorieën achten wij te grof, omdat dan geen onderscheid kan worden gemaakt tussen (echt) baanbrekende uitspraken (categorie 1) en uitspraken die niet baanbrekend zijn, maar wel verder gaan dan toepassing van een vaste lijn in de rechtspraak (categorie 2). Ter illustratie wijzen wij op het filter 'proceduresoort' dat bij het zoeken naar uitspraken op de website van de Afdeling kan worden toegepast. Daar kunnen de volgende proceduresoorten worden geselecteerd:
– conclusie
– eerste aanleg – enkelvoudig
– eerste aanleg – meervoudig
– geheimhoudingsbeslissing
– herziening
– hoger beroep
– mondelinge uitspraak
– overzichtsuitspraak

132 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1395.
133 In de *Battenoord*-uitspraak; zie ABRvS 3 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1064.
134 ABRvS 15 december 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2835.
135 Bijv. ABRvS 28 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1064.

– tussenuitspraak/bestuurlijke lus
– uitspraak na conclusie
– uitspraak van de grote kamer
– vereenvoudigde behandeling
– verschoning
– verwijzingsuitspraak
– verzet
– voorlopige voorziening
– voorlopige voorziening/hoofdzaak
– wraking

Overzichtsuitspraken zullen altijd tot categorie 1 behoren. Ook conclusies, uitspraken na conclusies en uitspraken van de grote kamer zullen vaak in categorie 1 vallen. Maar hoe zit dat met de proceduresoort 'hoger beroep'? Het filteren van uitspraken op dat type procedure leidt op het moment van schrijven[136] tot 69.557 uitspraken. Daar zullen eveneens categorie 1-zaken bij zitten, maar ook uitspraken die verder gaan dan simpelweg het toepassen van een bestaande lijn (categorie 3), maar niet zo baanbrekend zijn als bijvoorbeeld de herziening van vaste rechtspraak in een uitspraak na conclusie (categorie 1). Voor die uitspraken dient de tussencategorie 2.

Wijze van classificeren
Bij de toepassing van een classificatie kan mogelijk (ook) worden aangesloten bij de selectie van uitspraken die op dit moment wekelijks wordt gemaakt door de redactie van de Jurisprudentienieuwsbrief Bestuursrecht.[137] In die nieuwsbrief worden per (sub)rechtsgebied de belangrijkste bestuursrechtelijke uitspraken opgenomen, zowel van de rechtbanken als van de hoogste bestuursrechters. De uitspraken die voor deze nieuwsbrief worden geselecteerd vallen in de regel in categorieën 1 en 2.

Het classificeren van uitspraken zal moeten worden georganiseerd binnen de verschillende rechterlijke colleges. Denkbaar is dat degene die de uitspraak schrijft (de rechter(s) of de griffier) ook een voorstel doet voor de classificatie van de uitspraak,[138] die vervolgens zichtbaar moet worden gemaakt op rechtspraak.nl. Wij stellen het ons zo voor dat het mogelijk wordt om bij het zoeken naar uitspraken te filteren op de verschillende categorieën. Blijkt bij de behandeling van een latere zaak dat het belang van een eerdere uitspraak groter of kleiner is dan de aanvankelijke inschatting, dan kan de categorie (al dan niet op voorstel van de betrokken griffier) worden aangepast.

136 Op 21 januari 2022.
137 www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Paginas/Jurisprudentienieuwsbrief-Bestuursrecht.aspx (laatstelijk geraadpleegd op 21 januari 2022).
138 Vgl. in dat verband art. III van appendix II bij Recommendation No. R (95) 11 van het Comité van Ministers (inzake *the selection, processing, presentation and archiving of court decisions in legal information retrieval systems*) over de vereiste expertise van degenen die beslissen over de publicatie van uitspraken.

5.4 Aanbeveling

Op grond van het voorgaande stellen wij voor het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012 na artikel 7 (over de anonimisering van uitspraken) aan te vullen met een bepaling die als volgt kan luiden, met een toelichting (zie hieronder):[139]

Lid 1 Uitspraken die worden gepubliceerd, worden voorzien van een classificatie.
Lid 2 Deze classificatie betreft categorie 1, 2 of 3, waarbij categorie 1 staat voor uitspraken die van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling; categorie 2 voor uitspraken die van belang zijn voor de rechtsontwikkeling; en categorie 3 voor zaken die van beperkt belang zijn voor de rechtsontwikkeling.

Toelichting
Met 'rechtsontwikkeling' wordt bedoeld de mate waarin de implicaties van een uitspraak verder strekken dan het concrete geschil dat voorlag.

Categorie 1: uitspraken die een significante bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling, waaronder een aanpassing of verheldering van een vaste lijn in de rechtspraak.

Categorie 2: uitspraken die geen significante bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling, maar wel verder gaan dan het toepassen van een vaste lijn in de rechtspraak.

Categorie 3: uitspraken die vanuit juridisch oogpunt van beperkt belang zijn, omdat daarin het recht en/of een vaste lijn in de rechtspraak gewoonweg wordt toegepast dan wel (nog) geen sprake is van een vaste lijn.

139 Een aanvulling in dit besluit heeft tot gevolg dat ook uitspraken van andere rechters dan de bestuursrechter voorafgaand aan publicatie moeten worden geclassificeerd. Of dat wenselijk is, hebben wij ten behoeve van dit preadvies niet onderzocht. Op voorhand zien wij evenwel geen bezwaren.

6 Afsluiting

In dit preadvies hebben wij onderzocht hoe de transparantie van de bestuursrechtspraak concreet kan worden verbeterd.

Voor wat betreft de *interne openbaarheid* – dat is: de toegang van partijen en de rechter tot alle relevante informatie voor de behandeling van een zaak – hebben wij vastgesteld dat het antwoord op de vraag *wat* de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn (als bedoeld in art. 8:42 Awb) niet eenduidig is. Door dit gebrek aan transparantie is het voor partijen niet altijd duidelijk op welke stukken zij aanspraak kunnen maken, en hoe zij dat kunnen doen. In hoofdstuk 2 is, op basis van een analyse van de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters, uiteengezet wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn of zouden moeten zijn, hoe partijen daar aanspraak op kunnen maken en wat de rol van de bestuursrechter daarin is. Op basis daarvan hebben wij een voorstel gedaan om partijen via de bestuursrechtelijke procesreglementen te informeren over dit onderdeel van de procedure.

Daarnaast zijn wij ingegaan op de bepaling omtrent beperkte kennisneming van inlichtingen of stukken door de bestuursrechter (art. 8:29 Awb). De mogelijkheid te verzoeken om beperkte kennisneming beperkt zich nu tot partijen die verplicht zijn om inlichtingen te verstrekken of stukken in te dienen. In de praktijk betekent dit dat alleen bestuursorganen een beroep op artikel 8:29 Awb kunnen doen, terwijl andere partijen ook een gerechtvaardigd belang kunnen hebben om een verzoek om beperkte kennisneming te doen. Daarnaast zou nader moeten worden verduidelijkt dat prudent gebruik moet worden gemaakt van artikel 8:29 Awb vanwege het belang dat partijen in beginsel over dezelfde informatie moeten kunnen beschikken. Voorts zou (expliciet) moeten worden geregeld dat partijen op een zitting kunnen worden gehoord over een verzoek om beperkte kennisneming. Tot slot zou de bestuursrechter in geval van zwaarwegende omstandigheden een gemachtigde die advocaat is, moeten kunnen aanwijzen om kennis te nemen van de inlichtingen of stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht. De bestuursrechter zou daar voorschriften aan moeten kunnen verbinden. In hoofdstuk 3 hebben wij de bestaande tekortkomingen toegelicht en doen wij voorstellen voor verbetering. Dat vergt deels een aanpassing van procesreglementen en deels een aanpassing van artikel 8:29 Awb.

Voor wat betreft de *externe openbaarheid* – dat is: de openbaarheid van de procedure bij de bestuursrechter voor anderen dan procespartijen – hebben wij onderzocht of een verruimde toegang tot processtukken voor anderen dan partijen wenselijk is. Hoewel een ruimere toegangsmogelijkheid kan bijdragen aan de controle op overheidshandelen en de transparantie van de bestuursrechtspraak, zijn er goede redenen

derden in uitgangspunt geen toegang te verschaffen tot processtukken. Het gaat dan niet alleen om privacybelangen en commerciële belangen van partijen, maar ook om het meer fundamentele recht op toegang tot de rechter, dat in het gedrang kan komen als rechtszoekenden rekening moeten houden met openbaarmaking van hun processtukken. Daar komt bij dat de standpunten van partijen in uitspraken vaak al worden samengevat. In hoofdstuk 4 hebben wij dat nader toegelicht. Op het uitgangspunt dat geen toegang wordt verschaft tot processtukken zou een uitzondering kunnen worden gemaakt indien openbaarmaking van processtukken een bijzonder belang dient. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien een zaak voor de rechtsontwikkeling in het bijzonder van belang is of in zaken waarvoor een brede maatschappelijke belangstelling bestaat. Wij stellen voor in de Woo hiervoor een grondslag op te nemen.

Tot slot stellen wij voor uitspraken te classificeren naar de mate waarin deze van belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Daarvoor kan worden aangesloten bij de wijze waarop uitspraken van het EHRM worden geclassificeerd op een schaal van 1 tot en met 3. Op deze wijze wordt de toegang tot en de hanteerbaarheid van de grote hoeveelheid uitspraken die wordt gepubliceerd, verbeterd. In hoofdstuk 5 stellen wij voor het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012 daartoe aan te passen.

7 Stellingen

1. In de procesreglementen moet nader worden geduid wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn.
2. In artikel 8:29 Awb moet de mogelijkheid worden opgenomen voor de bestuursrechter om in zwaarwegende omstandigheden een bijzondere gemachtigde die advocaat is aan te wijzen die ten behoeve van een partij kennis kan nemen van de inlichtingen of stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht. De bestuursrechter kan daaraan voorschriften verbinden.
3. In de Woo moet een grondslag worden opgenomen voor bestuursorganen om (delen van) processtukken actief openbaar te maken indien dat een bijzonder belang dient.
4. Uitspraken die worden gepubliceerd moeten worden voorzien van een classificatie betreffende de mate waarin deze van belang zijn voor de rechtsontwikkeling.

Literatuur

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2021
Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, november 2021. Raadpleegbaar via: www.raadvanstate.nl/reflectierapport/.

Bakker 2017
F. Bakker, 'Wettelijke regeling publicatie rechterlijke uitspraken', *NJB-blog* 17 augustus 2017. Raadpleegbaar via www.njb.nl/blogs/wettelijke-regeling-publicatie-rechterlijke-uitspraken/.

Barkhuysen 2017
T. Barkhuysen, 'Een wettelijke regeling voor publicatie van rechterlijke uitspraken op rechtspraak.nl', *NJB* 2017/1278, afl. 24, p. 1649.

De Boer 1985
J. de Boer, 'Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak', *NJB* 1985, p. 833-839.

Van der Bruggen 2016
G.G. van der Bruggen, 'Een kleine stap voor een rechter, een reuzensprong voor de rechtspraak. Afdeling bestuursrechtspraak maakt werk van begrijpelijkere uitspraken', *JBplus* 2016, afl. 2, p. 109-116.

Daalder 2010
E.J. Daalder, 'De Awb en de toegang tot informatie tijdens bestuursrechtelijke procedures', in: T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 397-409.

Daalder 2015
E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Daalder 2019a
E.J. Daalder, '25 jaar Awb: is het tijd voor een artikel 8:29 3.0?', *NTB* 2019/18, afl. 5, p. 199-202.

Daalder 2019b
E.J. Daalder, *Externe en interne openbaarheid in het bestuursproces: over het dossier, geheimhouding, de zitting en de uitspraak*, Den Haag: Boom juridisch 2019.

Damen 2009
L.J.A. Damen, 'Op de zaak betrekking hebbende stukken: herkansen met Niels?', in: M.N. Boeve & R. Uylenburg (red.), *Kansen voor het Omgevingsrecht (Koeman-bundel)*, Groningen: ELP 2009, p. 317-325.

Loof 2021
J.P. Loof, 'Coronacrisis en bestuursrecht: rechtsstatelijke en mensenrechtelijke dimensies', in: *Bestuursrecht in crisistijd* (VAR-reeks 166), Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 9-74.

Mommers, Zwenne & Schermer 2010
L. Mommers, G.J. Zwenne & B. Schermer, 'Het best bewaarde geheim van de raadkamer. Over de ontoegankelijkheid van de rechtspraak', *NJB* 2010/1692, afl. 32, p. 2072-2078.

Naves, Sicking & Van der Wees 2021
H.C. Naves, S. Sicking & J.G.L. van der Wees, 'Meer én verantwoord publiceren van gerechtelijke uitspraken', *NJB* 2021/3258, afl. 44, p. 3620-3623.

Van Opijnen 2014
M. van Opijnen, *Op en in het web: Hoe de toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken kan worden verbeterd* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Pietermaat 2003
E.C. Pietermaat, 'Processuele openbaarheid', in: *Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang* (Jonge VAR-reeks 2), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 9-49.

Pietermaat & Bontje 2018
E.C. Pietermaat & N.N. Bontje, 'Kroniek openbaarheid en behoorlijkheid', *NTB* 2018/21, afl. 3, p. 119-135.

De Poorter, Van Heusden & De Lange 2018
J.C.A. de Poorter, L.A. van Heusden & C.J. de Lange, *De amicus curiae geëvalueerd. Over de eerste indrukken van de inzet van het instrument van de amicus curiae in procedures voor de Afdeling bestuursrechtspraak*, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: september 2018. Raadpleegbaar via: www.raadvanstate.nl/publicaties/studies-onderzoeken/.

Schreuder-Vlasblom 2012
M. Schreuder-Vlasblom 'Met kennis van zaken. De voorlichting van rechter, partijen en publiek in het bestuursrecht', in: *JBPlus* 2012/19, afl. 4, p. 298-325.

Von Schmidt auf Altenstadt 2002
P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, 'Opening van zaken', *TCR* 2002, afl. 1, p. 8-14.

Smits 2008
P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2008.

Tjong Tjin Tai 2019
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Commentaar op art. 29 Rv', in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Tollenaar 2015
A. Tollenaar, 'Praktijk van rechtsontwikkeling door de bestuursrechter', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter* (VAR-reeks 154), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 161-231.

Verburg 2018
D.A. Verburg, 'De rechter tussen straattaal en jargon: op weg naar begrijpelijke uitspraken', *AA* 2018/0169, p. 169-173.

Verkerk & Woutering 2013
R.R. Verkerk & R.A. Woutering, 'De openbaarheid van de civiele procedure. Mag het een onsje meer zijn?', *TCR* 2013, afl. 3, p. 82-90.

Weusten & Weij 2021
M. Weusten & M. Weij, 'Kanttekeningen bij het "Alles, tenzij..."-voornemen voor het publiceren van rechterlijke uitspraken', *NJB* 2021/3259, p. 3624-3628.

De Wildt 2017
J.H. de Wildt, 'Een blik over de grenzen: Vertrouwelijkheid, data rooms en confidentiality rings', *TVSO* 2017, afl. 1, p. 26-28.

WRR-rapport 2013
J.E.J. Prins e.a., *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* (WRR-rapport), Amsterdam: Amsterdam University Press 2013.

Bestuur en erelid

prof. mr. dr. A.T. Marseille (voorzitter)
mr. L.M. Schouten (secretaris)
mr. N.N. Bontje (penningmeester)
mr. T.C. Borman
mr. A. Collignon
mr. S.A. van der Does
mr. J.A.R. van Eijsden
prof. mr. dr. K.J. de Graaf
mr. dr. B.J. van de Griend
mr. dr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen
prof. mr. dr. R. Ortlep
mr. R. Osterwald
mr. dr. T.N. Sanders
mr. dr. H.G. Sevenster
mr. A. Venekamp

Erelid van de vereniging:
mr. M. Scheltema

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van administratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeenkomsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van administratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit administratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machtiging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van verschillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)

LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)
LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordening	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginselen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechtsbescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroomversnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Versteden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)

XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)
102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolaï mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuurs-procesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widders-hoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)

118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettekoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)
130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)
138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof. mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)

142	prof. mr. R.J.N. Schlössels mr. dr. Y.E. Schuurmans mr. dr. R.J. Koopman mr. drs. D.A. Verburg	Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?	(2009)
144	mr. J.C.A. de Poorter prof. mr. G.T.J.M. Jurgens mr. H.J.M. Besselink	De toegang tot de rechter beperkt	(2010)
146	mr. dr. M.M. Groothuis prof. mr. J.E.J. Prins dr. mr. C.J.M. Schuyt	De digitale overheid	(2011)
148	prof. mr. M.J. Jacobs prof. dr. H.E. Bröring prof. dr. C.W. Backes mr. dr. M.R.T. Pauwels	Tijd voor verandering	(2012)
150	prof. mr. F.J. van Ommeren mr. P.J. Huisman mr. G.A. van der Veen mr. K.J. de Graaf	Het besluit voorbij	(2013)
152	mr. dr. C.L.G.F.H. Albers mr. dr. M.L. van Emmerik mr. C.M. Saris mr. drs. F.J.P.M. Haas	Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?	(2014)
VAR 75 jaar	Ben Schueler & Rob Widdershoven (red.)	Europeanisering van het algemeen bestuursrecht	(2014)
154	prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. dr. R. Ortlep mr. dr. A. Tollenaar	Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter	(2015)
156	prof. mr. J.H. Gerards prof. mr. M.W. Scheltema dr. A.R. Neerhof	Hybride bestuursrecht	(2016)
158	W.J.M. Voermans R.J.B. Schutgens A.C.M. Meuwese	Algemene regels in het bestuursrecht	(2017)
160	L.J.A. Damen C.N.J. Kortmann R.F.B. van Zutphen	Vertrouwen in de overheid	(2018)
162	J.E.M. Polak T.N. Sanders B.J.P.G. Roozendaal A.M. Reneman	De toekomst van de formele rechtskracht	(2019)

164	L. van den Berge M.F. Vermaat M. Lurks & N.A. van Renssen S. van Heukelom-Verhage	Maatwerk in het bestuursrecht	(2020)
166	J.P. Loof J. Korzelius J.E. van den Brink M. van der Steen	Bestuursrecht in crisistijd	(2021)