

Loopt de bestuursrechtspraak vast door een overmaat aan onzinzaken?

– A.T. Marseille

VAR-PREADVIEZEN 2023 – ZORGPLICHTEN

De Grijsaard en de Jongeling en de rechtsstatelijke zorgplicht

Bespreking van het preadvies van M. Ippel & M. Scheltema voor de VAR 2023

– R. Ortlep

Bouwen aan een dienstbare informatiehuishouding. Hebben we met een Algemene Informatiewet het noodzakelijke instrument in handen?

Bespreking van het preadvies van A. Zuurmond, M. Lokin & T. Mulder voor de VAR 2023

– F. Çapkurt & J.E.J. Prins

Zorgen over zorgplichten in het omgevingsrecht

Bespreking van het preadvies van A. Collignon voor de VAR 2023

– K.J. de Graaf & G.A. van der Veen

Een zorgvuldige invulling van de zorgplicht vraagt meer dan alleen een juridisch perspectief

Bespreking van het preadvies van R. Stijnen voor de VAR 2023

– F. de Vries

Europees staats- en bestuursrecht

– A.P.W. Duijkersloot, R. Ortlep, M.J.M. Verhoeven & R.J.G.M. Widdershoven

Bestuurlijke organisatie

– N. Jak & L.J.M. Timmermans

Wetgeving

– T.C. Borman

Literatuur

– S.E. Zijlstra

De Grijsaard en de Jongeling en de rechtsstatelijke zorgplicht

NTB 2023/127

*'Groots en meeslepend wil ik leven!
hoort ge dat, vader, moeder, wereld, knekelhuis!'*

1. Inleiding

Wanneer een jurist naar de dichter en advocaat Marsman (1899-1940) verwijst, is dat meestal naar zijn gedicht met als titel 'Herinnering aan Holland'.² Hoewel ook dat gedicht prachtig is, roept het hier te bespreken preadvies van Ippel & Scheltema bij mij een associatie met een ander prachtig gedicht van Marsman op. De titel van dat gedicht is met de titel van mijn bijdrage al duidelijk, namelijk: 'De Grijsaard en de Jongeling'.³ Misschien dat de lezer het moeilijk wil geloven, maar de titel van dat gedicht komt niet bij me op doordat de preadviseurs Ippel & Scheltema zowel in leeftijd als haarkleur van elkaar verschillen.

Vrij geïnterpreteerd gaat het gedicht 'De Grijsaard en de Jongeling' over een jongeling die tegen zijn vader luidkeels uitsprekt dat hij groots en meeslepend wil leven. Drie strofen lang legt de grijsaard aan de jongeling uit dat hij dat vroeger ook heeft gedaan, maar dat het alleen ellende heeft opgeleverd. Hij adviseert de jongeling dringend gewoon thuis te blijven en zich gedeisd te houden. Ik verklap pas in het slot, paragraaf 5 van mijn bijdrage, hoe dat gedicht eindigt en waarom ik het preadvies van Ippel & Scheltema met dat gedicht associeer. In lijn met dat gedicht is de centrale onderzoeksvraag van mijn bijdrage of het preadvies (be-toog) van Ippel & Scheltema groots en meeslepend is. Om die vraag te kunnen beantwoorden, plaats ik het preadvies in paragraaf 2 eerst in de context van de verandering van het bestuursrechtelijk referentiekader. In aansluiting op die context geef ik in paragraaf 3 de inhoud van het preadvies samengevat weer. Paragraaf 4 bevat mijn reflectie en het antwoord op mijn centrale onderzoeksvraag. Hierbij past de volgende opmerking (waarschuwing). Het schrijven van een bijdrage zoals deze is altijd een vorm van kersen plukken. Laat het hier daarom al luidkeels gezegd zijn: het gehele preadvies verdient het om op gereflecteerd te worden!

1 Prof. mr. R. (Rolf) Ortlep is hoogleraar (Europees) bestuursrecht aan de Open Universiteit en universitair hoofddocent Bestuursrecht en opleidingsdirecteur Publiekrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Daarnaast is hij lid van het VAR-bestuur.
2 Vergelijk R. Nehmelman, *De Staat achter de dijken*, Universiteit Utrecht 2015.
3 'De Grijsaard en de Jongeling' is ook de titel van het originele afscheidscollege van prof. mr. G.E. van Maanen. Te bekijken via <https://www.youtube.com/watch?v=LIHoKHw1cz0>.

2. Verandering van het bestuursrechtelijk referentiekader

Het preadvies van Ippel & Scheltema wordt door mij en de preadviseurs zelf geplaatst in de context van de verandering van het bestuursrechtelijk referentiekader. Op de schouders van anderen heb ik over die verandering geschreven⁴ en daarom kreeg ik waarschijnlijk op suggestie van de preadviseurs het eervolle verzoek om deze bijdrage te schrijven.⁵ De reden waarom ik opmerk dat ik over die verandering heb geschreven, is omdat Ippel & Scheltema daarnaar expliciet verwijzen en daarop voortbouwen. Ook ik bouw daarop in deze bijdrage voort en geef daarmee meteen blijk dat ik ten opzichte van ook mezelf, al ware dat mogelijk, niet origineel ben.

De huidige discussie over het bestuursrecht staat hoofdzakelijk in het teken van de responsieve opstelling van de overheid, dat wil zeggen van de wetgever, het bestuur en de rechter. Deze discussie is met name ingezet door Scheltema. Hij heeft meermaals aan de orde gesteld, en doet dat nu nogmaals samen met Ippel, dat een bureaucratische rechtsstaat niet vanzelfsprekend ook een responsieve rechtsstaat is, dat wil zeggen: een rechtsstaat die de burger daadwerkelijk eervaart in zijn verhouding met de overheid.⁶ Deze constatering is overigens – zoals zoveel dingen in het recht en het denken daarover – niet nieuw. Zo wijzen Ippel & Scheltema op een in de jaren zeventig van de vorige eeuw verricht onderzoek naar de ervaringen van burgers in de bijstand en met de bezwaarprocedure in belastingzaken. Uit dat onderzoek volgt dat de juridisch geformaliseerde normen van goed bestuur van onjuiste veronderstellingen uitgaan. Deze constatering van een 'bureaucratische fictie' leidde tot een 'bureaucratische paradox'. De normen die bedoeld waren om de burger zekerheid te geven en te beschermen, hadden als resultaat dat burgers meer afhankelijk werden, omdat

4 Vergelijk R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (hierna: Ortlep 2020a); R. Ortlep, 'Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen', *JBplus* 2020/4, p. 23-40 (hierna: Ortlep 2020b); R. Ortlep, 'Wat behoort de rechter naar zijn beste vermogen te doen?', in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3-30.

5 Een andere reden kan zijn dat ik qua leeftijd ongeveer tussen de preadviseurs val, maar wel meer bij de jongste, en mijn haarkleur bijna niet meer zichtbaar is.

6 Vergelijk M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten?', *AA* september 2021, p. 809-820; M. Scheltema, preadvies 2020 voor de Vereniging voor Wetgeving, *Een wet van Meden en Perzen*, <https://www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl>; M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB* 2019/24, p. 246-253; M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *Regelmaat* 2018/3, p. 120-131; M. Scheltema, 'Schulden van de burger in de responsieve rechtsstaat: het regeerakkoord biedt perspectief', *NTB* 2017/28, p. 253-257; M. Scheltema, 'Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?', *NTB* 2015/37, p. 287-289.

zij onvoldoende in staat waren de geformaliseerde regels en processen te begrijpen en daarnaar te handelen.⁷

Met een responsieve opstelling van de overheid wordt meer concreet bedoeld op een overheid die transparant, tijdig en met menselijke maat reageert op maatschappelijke veranderingen, behoeften en aspiraties. Bij de verwachting dat de overheid responsief te werk gaat, past het ook, zoals ook Ippel & Scheltema in hun preadvies benadrukken, dat een burger die niet te goeder trouw is tevens een passende respons van de overheid krijgt.⁸ In dat kader wordt de rechtspraak geplaast waarin tot uitdrukking komt dat het van oorsprong privaatrechtelijk verbod van misbruik van bevoegdheid (gecodificeerd in artikel 3:13 BW) een beginsel is dat ook door het bestuursorgaan met succes kan worden ingeroepen⁹ om zich te beschermen tegen een burger die niet te goeder trouw gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om een verzoek, zoals een aanvraag of een bezwaar- of beroepschrift, in te dienen.¹⁰

Voor de effectuering van een responsieve overheid is het van belang om een realistisch burgerbeeld te hanteren. Een startpunt van de discussie daarover is het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen*.¹¹ De rode draad van dat rapport en die discussie is dat de overheid uitgaat van een goed geïnformeerde en rationele burger. Het 'doenvermogen' van een burger is evenwel minder groot dan de overheid denkt. Een burger heeft de levenssituatie niet altijd onder controle en reageert lang niet altijd even rationeel als waar de overheid van uitgaat. Verder verschillen burgers onderling sterk van elkaar en reageren ze daarom ook verschillend op het handelen van de overheid. Bij zijn afscheid als directeur van het Sociaal en Cultureel Planbureau heeft Putters opnieuw aandacht gevraagd voor het 'doenvermogen' van de burger en dit in verband gebracht met het afnemend vertrouwen in het functioneren van onze democratische rechtsstaat. Veel

regeringsbeleid doet volgens Putters een te groot beroep op de eigen verantwoordelijkheid en zelfredzaamheid van burgers. Hij roept op tot hernieuwde doordenking van wat burgers en overheden de komende jaren van elkaar mogen verwachten. Daarbij moet de overheid de menselijke maat centraal stellen en een sterkere rol creëren voor beleidsmakers en ambtenaren.¹²

De wens van een responsieve opstelling van de overheid is in kracht toegenomen door het veel besproken kinderopvangtoeslagschandaal.¹³ Deze wens komt ook tot uitdrukking in het recent verschenen conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, waarmee kort gezegd wordt beoogd door middel van aanpassingen in de Awb de menselijke maat in het bestuurs(proces)recht te vergroten en de overheid meer responsief te maken.¹⁴ Zo wordt voorgesteld om een nieuwe algemene bepaling in de Awb op te nemen die het bestuur verplicht om zich dienstbaar op te stellen bij de uitoefening van zijn taak. Dat dit ook een centrale rol speelt in het preadvies van Ippel & Scheltema, komt in de volgende paragraaf aan de orde.

3. Preadvis van Ippel & Scheltema

3.1 Vooraf

Mijn ervaring is dat op een pennenvrucht, zoals een preadvies, het beste kan worden gereflecteerd nadat de recensent (de lezer) daarvan een samenvatting heeft gemaakt. Vooruitlopend op mijn reflectie in paragraaf 4 wil ik niet ontkennen dat het maken van een samenvatting van het preadvies van Ippel & Scheltema een behoorlijke uitdaging is. Bij het lezen van het preadvies krijg ik sterk de indruk dat het verhaal eerst volledig is opgeschreven en daarna niet of weinig tijd is genomen om het preadvies meermaals door te lezen teneinde er meer structuur in aan te brengen. Helaas is het preadvies daarmee niet lezers-(burger)vriendelijk. Dit komt ook omdat het betoog in een hoofdstuk vaak pas duidelijk wordt wanneer Ippel & Scheltema dat betoog in een ander hoofdstuk samenvatten. Het gehele en uiteindelijke betoog van het preadvies wordt pas in het geheel duidelijk door de samenvatting en conclusies in hoofdstuk 5. Dat hoofdstuk bevat ook nieuwe elementen en aanvullingen en die horen juist niet in zo'n hoofdstuk thuis. Ippel & Scheltema zouden hiertegen wellicht inbrengen dat zij in hun preadvies slechts, zie ook het slot van hun preadvies, een richting voor de ontwikkeling van het bestuursrecht hebben willen schetsen. Dat mag zo zijn, maar om met Verheij te spreken: het schrijven van een preadvies betreft de

7 Hoofdstuk 2 van het preadvies met een verwijzing naar B.C. Filet, *Kortsluiting met de bureaucratie. Over participatiemogelijkheden van burgers bij het openbaar bestuur*, Alphen aan den Rijn: Samson uitgeverij 1974, p. 35-36. In het preadvies wordt tevens gewezen op M. Oosting, *Beginselen van bestuur. Over de rechtmatigheid van het besturen door de overheidsbureaucratie in de verzorgingsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samson uitgeverij 1981, p. 15-20.

8 Vergelijk tevens Scheltema 2018, p. 130, voetnoot 13: "Bij een responsieve overheid past het om meer maatwerk te leveren, ook in die zin dat een negatieve houding van de burger door kan werken in de reactie van het bestuur."

9 Scheltema vroeg hier al aandacht voor in M. Scheltema, 'De betekenis van het Nieuw BW voor de codificatie van het bestuursrecht; de schakelbepalingen van Boek 3', in: *Liber Amicorum NBW*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 53-58.

10 Vergelijk ABRvS 19 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4129; ECLI:NL:RVS:2014:4185; ECLI:NL:RVS:2014:4135. Verder CRvB 22 januari 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:307; CBb 30 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:114. Zie E.J. Daalder, 'Misbruik van recht in de relatie tussen burgers onderling', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 697-704.

11 WRR-rapport, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid (rapportnr. 97)*, Den Haag: WRR 2017. Vergelijk tevens de toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II 2022/23, 29279*, nr. 763, p. 3 e.v. Zie A. Frankowski e.a., *Tussen Staat en menselijke maat. Handhaving in de sociale zekerheid*, Den Haag: NSOB 2021, p. 40 e.v. en p. 54 e.v.

12 Vergelijk scp.nl/publicaties/publicaties/2022/06/01/bijlagen-afschiedsbijeenkomst-kim-putters, waar ook het afscheidssessay 'De menselijke staat. Burgerperspectief als voorwaarde voor een toekomstbestendig sociaal contract' te vinden is. Zie T.A. Cramwinckel, *Voorlichting door de Belastingdienst in rechtsstatelijke context*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

13 Vergelijk voor een overzicht de kabinetsbrief van 11 juli 2022, 'Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels', kenmerk 2022-0000369621, opgenomen als *Kamerstukken II 2021/2022, 35510*, nr. 102.

14 Toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II 2022/23, 29279*, nr. 763, p. 1 e.v.

eredivisie van ons vakgebied en daarom ligt de lat hoog.¹⁵ Om de reden die ik aan het begin van deze paragraaf heb genoemd, wordt hierna mijn samenvatting van het preadvies gegeven.¹⁶ De lezer die daarin geen interesse heeft, verwijs ik direct door naar paragrafen 4 en 5.

3.2 Samenvatting van de recensent

In paragraaf 2 is ingegaan op de verandering van het bestuursrechtelijk referentiekader. Een uiting van die verandering is ook de aanleiding in hoofdstuk 1 van het preadvies van Ippel & Scheltema, namelijk: het voornemen van een nieuw artikel 2:1, eerste lid, Awb dat een bestuursorgaan opdraagt burgers passende ondersteuning te bieden in het verkeer met dat bestuursorgaan.¹⁷ Omdat het burgerperspectief in het bestuursrecht meer op de voorgrond is komen te staan, stellen Ippel & Scheltema de volgende vraag in hun preadvies centraal: “hoe kunnen de beginselen van de rechtsstaat in het bestuursrecht zodanig vorm krijgen dat die vanuit het perspectief van de burger herkenbaar zijn?” Zij beperken zich daarbij “tot die onderwerpen die relevant zijn voor de zorgplicht van de overheid: in hoeverre vergt een responsieve inrichting van de rechtsstaat dat de overheid aan de burger ondersteuning biedt voor het bepalen van zijn gedrag in zijn verhouding tot de overheid?” Het gaat Ippel & Scheltema daarmee om de zorgplicht die uit de rechtsstatelijke beginselen voortvloeit, de zogeheten rechtsstatelijke zorgplicht. Ze blijven niet helemaal alleen bij die zorgplicht, omdat zij ook kijken naar de veel gangbare privaatrechtelijke zorgplichten en of die zorgplichten elementen bevatten die de rechtsstatelijke zorgplichten kunnen vormgeven.¹⁸ Over op welke wijze het preadvies moet worden geduid en wat het doel ervan is, zeggen Ippel & Scheltema het volgende:

“Zoals gezegd past dit preadvies in een ontwikkeling naar een meer burgergerichte overheid. Het beoogt die ontwikkeling ook te ondersteunen. Dit omdat de beginselen van de rechtsstaat in samenhang met de huidige kennis over rechtstoepassing daartoe naar onze mening dwingen. Dit betekent dat de standpunten die wij innemen niet altijd overeenstemmen met het geldende recht, maar aangeven wat naar onze opvatting geldend recht zou moeten worden. Soms zal dat duidelijk zijn, bijvoorbeeld wanneer voorstellen worden gedaan tot wijziging of aanvulling van wetgeving, soms gaat het om ontwikkelingen in het recht of de jurisprudentie die al hun beslag hebben gekregen of bezig zijn hun beslag te krijgen. Zo beogen wij rechtsbeoefenaren te inspireren

en tot nadenken te brengen over de manier waarop zij het recht toepassen.”

De hiervoor door mij verkort weergegeven inleiding van het preadvies wordt gevolgd door de hoofdstukken 2 tot en met 5. In hoofdstuk 2 wordt de rechtsstatelijke grondslag van de zorgplicht besproken. Door Ippel & Scheltema wordt teruggegrepen op de bundel *De rechtsstaat herdacht*, waarin Scheltema vier beginselen van de rechtsstaat tot uitgangspunt heeft genomen en op verschillende punten een analyse heeft gemaakt van de manier waarop het recht die beginselen heeft vertaald in bestuursrechtelijke rechtsregels en beginselen.¹⁹

Die vier genoemde beginselen zijn het beginsel van rechtszekerheid, het democratiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid. Het democratiebeginsel wordt door Ippel & Scheltema buiten beschouwing gelaten en daarvoor heb ik geen reden gevonden. Ook het (vijfde) beginsel van vrijheid (vrijheidsbeginsel) wordt door Ippel & Scheltema in eerste instantie buiten beschouwing gelaten,²⁰ maar dat beginsel komt later in het hoofdstuk terug waar het gaat om de begrenzing van de verleende zorg (zorgplicht). In het kader van dat beginsel plaats ik, en volgens mij ook Ippel & Scheltema, de in paragraaf 2 genoemde bestuursrechtspraak waarin het van oorsprong privaatrechtelijk verbod van misbruik van bevoegdheid (gecodeerd in artikel 3:13 BW) is toegepast. Dat verbod wordt gezien als het antwoord op de kritiek van degenen die menen dat subjectieve rechten (bevoegdheden) verbonden zouden zijn met een – vanaf de Verlichting – al te individualistische blik op de burger en maatschappij, waarbij elke burger zijn bevoegdheden zou kunnen uitoefenen op een zelfzuchtige wijze zonder rekening te houden met de belangen van de andere burgers en die van de maatschappij.²¹

Scheltema & Ippel richten zich wat betreft de rechtsstatelijke zorgplicht voornamelijk op het beginsel van rechtszekerheid, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid. Later, in de hoofdstukken 3 en 4, wordt pas echt duidelijk dat volgens Ippel & Scheltema uit de rechtsstatelijke noties van het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid een zorgplicht voor de overheid ten opzichte van de burger kan worden afgeleid, waarbij het gelijkheidsbeginsel verlangt dat deze zorgplicht gedifferentieerd toepassing krijgt. Ten aanzien van het beginsel van de dienende overheid merken zij in het bijzonder

15 N. Verheij, ‘De VAR-preadviezen 2013: op avontuur voorbij het besluit’, *NTB* 2013/16, p. 74-80.

16 Het is de samenvatting van het preadvies dat mij voor de definitieve versie ter beschikking is gesteld.

17 Het voorstel waarin dit artikel is opgenomen, de Wet modernisering bestuurlijk elektronisch verkeer (35261), is op het moment van schrijven aanhangig in de Eerste Kamer.

18 Zij in dat licht gewezen op de bundel van C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2011, en in het bijzonder de bijdragen van F.J. van Ommeren, ‘Zorgplichten: wat zijn dat? – Een poging tot overbrugging van twee werelden’, p. 23-45 en J. Struiksma & A.R. Neerhof, ‘Weinig kans voor zorgopdrachten in bestuursrechtelijke wetgeving’, p. 63-77.

19 M. Scheltema, ‘De rechtsstaat’, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, p. 11-25.

20 Hetgeen ook de kritiek was op de bijdrage van Scheltema uit 1989. Vergelijk J. van der Hoeven, ‘De rechtsstaat herdacht’, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989, p. 1-9, p. 3; F.J. van Ommeren, ‘De rechtsstaat als toetsingskader’, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Bju 2003, p. 7-22, p. 14-15.

21 Ortlep 2020a, p. 17. Vergelijk tegens mijn annotatie onder rechtbank Noord-Holland 8 april 2022, *AB* 2022/278.

op dat het bezig is met een opmars (of herleving).²² In paragraaf 2 is al melding gemaakt dat in het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb een nieuwe algemene bepaling in de Awb is voorgesteld die het bestuur verplicht om zich dienstbaar op te stellen bij de uitoefening van zijn taak. Ippel & Scheltema zien dat voorstel “als een ondersteuning voor de door ons gekozen bredere rechtsstatelijke benadering van de zorgplicht: volgens de concepttoelichting is de zorgplicht van artikel 2:1, eerste lid, namelijk een concretisering van het dienstbaarheidsbeginsel”.²³

Op basis van de zojuist genoemde drie rechtsstatelijke beginselen “en van de huidige kennis” gaan Ippel & Scheltema na “in hoeverre de burger daadwerkelijk de waarborgen geniet die de rechtsstaat in het vooruitzicht stelt?” Die analyse is belangrijk voor de vormgeving van de rechtsstatelijke zorgplicht. Zij trekken daarbij ook lessen uit het privaatrecht. Later in het preadvies blijkt dat het niet alleen lessen zijn: zowel de beginselen van de rechtsstaat (eerste pijler) als de ontwikkelingen en het denken over het privaatrecht (tweede pijler) dwingen volgens Ippel & Scheltema tot een stevige invulling van de zorgplicht van de overheid. Alleen dan kan naar hun mening de rechtsstaat zich responsief noemen.

Wat betreft het rechtszekerheidsbeginsel komen Ippel & Scheltema tot de constatering dat het standpunt (de idee) dat de burger op grond van de wet moet weten wat zijn rechtspositie is, gelet op de rechtspraktijk, niet meer is vol te houden. Daarbij halen zij aan dat rechtszekerheid voor de burger niet hetzelfde is als rechtszekerheid voor de juristen. In navolging van Oldenzijl,²⁴ spreken zij van “feitelijke rechtszekerheid”: die rechtszekerheid betreft de vraag of de burger in staat is te voorzien wat de gevolgen van de wet in zijn specifieke geval zullen zijn. De burger, aldus Ippel & Scheltema, “heeft geen behoefte aan wetten of algemene regels, maar aan een antwoord op de vraag hoe het recht in zijn specifieke geval toegepast moet worden”. Zij komen tot de constatering dat, omdat de rechtsstaat de burger rechtszekerheid beoogt te verschaffen en er is gebleken dat de burger rechtszekerheid aan de wetten niet kan ontleen, gezocht moeten worden naar andere middelen om rechtszekerheid te borgen. Het is in dat licht dat de rechtsstatelijke zorgplicht in beeld komt. Ippel & Scheltema zeggen hierover:

“Wanneer de overheid regels maakt met de bedoeling dat de burger zijn gedrag daarop afstemt, dan moet zij er ook voor zorgen dat de burger weet wat die regels voor zijn geval betekenen, wat zijn rechtspositie in dit concrete geval is. Die rechtszekerheid kan de burger niet aan de wet ontleen. Daarvoor is meer nodig, en een zorgplicht van de overheid lijkt in dit kader essentieel. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de burger niet zelf kennisneemt van wetten/regels om die rechtszekerheid te verkrijgen. De overheid moet er dus voor zorgen dat de burger op andere wijze die rechtszekerheid krijgt. Dit plaatst de zorg die de overheid daaraan moet besteden in een heel ander daglicht. Het gaat niet om een service van de overheid waarvan het prettig is dat zij die biedt, maar om een fundamenteel beginsel van de rechtsstaat.”

Dit betekent volgens Ippel & Scheltema met name dat de overheid (ook als eindverantwoordelijke) “moet zorgen voor juiste en voor de betrokken burgers begrijpelijke informatie”.²⁵

Het gelijkheidsbeginsel wordt door Ippel & Scheltema onder meer geplaatst binnen de huidige discussie over het dilemma tussen enerzijds het gewenste responsief optreden (menselijke maat) van de overheid en anderzijds de angst voor ongewenste precedentwerking en willekeur.²⁶ “Het gelijkheidsbeginsel”, aldus Ippel & Scheltema, “functioneert binnen de overheid vaak als een argument om iets niet te doen”. Tegelijkertijd is volgens Ippel & Scheltema “de conclusie breed gedragen dat een versterking van het burgerperspectief in de verhouding tussen burger en overheid een gedifferentieerde aanpak vraagt”.

Het beginsel van de dienende overheid zien Ippel & Scheltema, zoals gezegd, als het beginsel ter ondersteuning van de “gekozen bredere rechtsstatelijke benadering van de zorgplicht”. Zij halen daarbij de concepttoelichting van de Wet versterking waarborgfunctie Awb aan waarin het volgende is gezegd: “Dienstbaarheid betekent dat het bestuur de burger centraal stelt en voor de burger werkt. Dat vereist dat het bestuursorgaan zich steeds bewust is van de effecten van zijn handelen op de burger en beleid en uitvoering zo inricht dat de belangen van de burger daarmee worden gediend.”²⁷ Zij stellen zich vervolgens de volgende vraag: “wat moet men zich in het kader van de zorgplicht bij een dienende overheid voorstellen?” Die vraag beantwoorden zij met een veelheid aan voorbeelden en daarvoor verwijst ik de lezer naar het preadvies.

22 Vergelijk M.H. Ippel, ‘Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter. In reactie op Leo Damen *NTB* 2020/2’, *NTB* 2020/73, p. 189-195; R. Ortlep & V.A. van Waarde, ‘Revolverend publiek geld in het echt! Dienstbaar in alle mogelijke soorten en maten?’, in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 417-432; R.J.N. Schlössels, ‘Een dienende en digitale overheid? Over rechtsstaat, MijnOverheid en de autonomie van het recht’, in: B. Aarrass e.a. (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 29-47.

23 Toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 22.

24 H.A. Oldenzijl, *Wetgeving en rechtszekerheid*, Deventer: Kluwer 1998.

25 Welke eisen dat met zich brengt, wordt helaas niet in het preadvies besproken. Ippel & Scheltema verwijzen daarvoor naar het preadvies voor de *NJV* van dit jaar van T.A. Cramwinckel, H.L.W. Pander Maat & T.J.M. Sanders.

26 Binnenkort verschijnt hierover een voor het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verricht onderzoek. R. Ortlep, J.E. van de Brink, Y. Habicht & A.A. Mulder, *Dilemma tussen menselijke maat en angst voor precedentwerking en willekeur*, Amsterdam/Heerlen: UvA/OU 2023.

27 Toelichting (bijlage 2) van het conceptwetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, versie pre-consultatie 18 januari 2023, *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, p. 7.

Ippel & Scheltema concluderen in hoofdstuk 2 dat de “*klasieke manier waarop de beginselen van de rechtsstaat zijn vormgegeven in de verhouding van de overheid tot de burger*” niet voldoen, in de zin dat zij niet leiden “*tot een responsieve rechtsstaat, waarin de burger kan ervaren dat de rechtsstaat er voor hem is, en niet voor de overheid*”. De zorgplicht behoort daarom “*een belangrijke schakel te zijn bij het vertalen van die beginselen in een vorm die tot de burger kan doordringen*”. “*De overheid*”, aldus Ippel & Scheltema, “*moet er niet alleen voor zorgen dat de burger op de hoogte komt van de gevolgen die de wettelijke regels voor hem hebben, maar moet het hem ook doenlijk maken aan die regels te voldoen*.” Pas in hoofdstuk 5, dat de samenvatting en conclusies bevat, geven zij een duidelijk overzicht van hoe de drie genoemde rechtsstatelijke beginselen in het licht van de zorgplicht ingevuld moeten worden:

- Het rechtszekerheidsbeginsel: de overheid moet zich richten op feitelijke rechtszekerheid. Het dient voor de burger concreet duidelijk te worden wat er van hem wordt verwacht en hoe regels in zijn situatie uitwerken. Dit verlangt dat de overheid relevante, concrete en begrijpelijke informatie verstrekt en niet volstaat met het bekendmaken van de regels.
- Het beginsel van de dienende overheid: de burger heeft niet altijd het vermogen om de overheid te vinden of om regels na te leven. Dit betekent dat de overheid hem een helpende hand moet bieden om zijn verhouding met de overheid op een goede manier in te vullen.
- Het gelijkheidsbeginsel: de overheid dient haar handelen aan te passen aan de burger die zij tegenover zich vindt en de situatie waarin deze verkeert. Op die manier wordt gelijke toegang tot de overheid dichterbij gebracht en wordt voorkomen dat het recht verschillen vergroot.”

Niet alleen de rechtsstatelijke beginselen vereisen een operationalisering met behulp van de zorgplicht (eerste pijler), Ippel & Scheltema wijzen, zoals gezegd, ook op het privaatrecht als spiegel voor de zorgplicht in het bestuursrecht (tweede pijler). Zij spreken in dat kader van de wenselijkheid van de consistentie van het rechtssysteem. Wanneer zij naar het privaatrecht kijken, constateren zij een aantal inconsistenties. In de rechtsverhoudingen in het privaatrecht geldt veelal een horizontale verhouding. Als er een duidelijke asymmetrie in de rechtsverhouding bestaat, bijvoorbeeld wat betreft kennis, macht, middelen en afhankelijkheid, wordt er in het privaatrecht een zorgplicht voor de ‘machtige partij’ aangenomen of in het leven geroepen. In een dergelijk geval kan de partij waar de zorgplicht op rust niet volledig in zijn eigen belang handelen, maar moet hij zich actief bekommeren om de ander. Dit geldt volgens Ippel & Scheltema tevens als een partij een belangrijke maatschappelijke functie heeft, zoals advocaat of notaris. Het publiek moet erop kunnen vertrouwen dat zij in hun handelen dit maatschappelijke belang in het oog houden en niet hun eigen belangen nastreven. De privaatrechtelijke

zorgplichten, die veelal gebaseerd zijn op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (het beginsel van de goede trouw) en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm (uit reeds het *Lindenbaum/Cohen*-arrest),²⁸ verlangen volgens Ippel & Scheltema een verhoogde zorgvuldigheid. Zij zijn van mening dat deze factoren toepasbaar zijn op de rechtsverhouding tussen de burger en overheid: “*er is een gezagsverhouding, de overheid heeft een ‘voorsprong’ wat betreft kennis en middelen en de burger is niet zelden afhankelijk van de overheid*.” Daarenboven vertegenwoordigt de overheid steeds een publiek belang. In een consistent rechtssysteem kan het daarmee volgens Ippel & Scheltema “*niet zo zijn dat er voor het bestuur een minder zware norm geldt*”.

Doordat zij in het kader van de zorgplicht en de relatie met het privaatrecht expliciet naar mijn publicatie verwijzen, durf ik te zeggen dat zij hiermee aansluiten bij mijn standpunt dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding.²⁹ Het aannemen daarvan brengt, zo begrijp ik ook uit het betoog van Ippel & Scheltema, mee dat de leerstukken (beginselen) die voortkomen uit het beginsel van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) ook voor het bestuursrecht gelden, zij het dat die leerstukken (beginselen) gekleurd worden door de aard van dat rechtsgebied (hierop kom ik terug in paragraaf 4.2). In het kader van de zorgplicht merken Ippel & Scheltema specifiek op:

“Wil ons recht enigszins consistent zijn, dan betekent dit dat de eisen die in het privaatrecht aan organisaties worden gesteld, zoals aan bedrijven in verhouding tot consumenten, als een minimum zijn te beschouwen voor hetgeen de overheid ten opzichte van haar burgers in acht heeft te nemen. Dat werkt overigens naar twee kanten uit: de overheid mag haar burgers niet slechter behandelen dan uit de regels van het privaatrecht zou voortvloeien. Anderzijds kan men ook van de burger verwachten dat hij ten opzichte van ‘zijn’ overheid een soortgelijke zorgvuldigheid in acht neemt als ten opzichte van zijn medeburgers.”

Zonder het expliciet te zeggen, blijkt uit de context dat Ippel & Scheltema met het laatstgenoemde doelen op de zogeheten ‘burgerplichten’ respectievelijk ‘beginselen van goed

28 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161, m.nt. Molengraaff.

29 Ortlep 2020a. Vergelijk Ortlep 2020b. Zie over de redelijkheid en billijkheid als hermeneutische leidraad, als hermeneutisch paradigma, P. Schilfgaarde, *De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, hoofdstuk 1.

(of behoorlijk) burgerschap'.³⁰ Ippel & Scheltema hebben daarbij duidelijk oog voor het legaliteitsbeginsel. Uit dat beginsel volgt namelijk dat aan een burger alleen een plicht (gebod) kan worden opgelegd bij of krachtens de wet. Als ik Ippel & Scheltema goed begrijp, sluiten zij hierbij ook aan bij mijn standpunt, vergelijk paragraaf 4.2, dat in elk geval niet kan worden ingezien waarom de norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid eerst een wettelijke grondslag moet hebben wil een burger daaraan – ook richting de overheid – gebonden zijn. In de precieze woorden van Ippel & Scheltema:

“Dit alles [het legaliteitsbeginsel] laat onverlet dat men van de burger ook een bijdrage aan een goede vormgeving van zijn verhouding met de overheid mag verwachten. Daarvoor is geen grondslag in de wet nodig. Iedere burger behoort zich te realiseren dat de overheid er niet alleen voor hem is, maar ook voor zijn medeburgers. Alle burgers zijn erbij gebaat dat de overheid haar werk goed kan doen, en een burger behoort dat niet ten koste van zijn medeburgers nodeloos te belemmeren.”

Tot besluit van hoofdstuk 2 benadrukken Ippel & Scheltema dat de rechtsstatelijke zorgplicht de indruk kan wekken dat *“hiermee een last op de overheid wordt gelegd die haar werk (nog) zwaarder maakt”*. Zij merken hierover op dat het belang van de overheid ook wordt gediend met een goede vormgeving van de zorgplicht. Zorgen voor goede informatie en ondersteuning kan bijvoorbeeld de uitvoering bovenmatig helpen. Uiteindelijk zal een goede invulling van de zorgplicht het vertrouwen van de burger in de overheid volgens Ippel & Scheltema kunnen vergroten.

De gewenste consequenties van de analyse van hoofdstuk 2 voor het handelen van bestuursorganen worden vervolgens met name besproken in hoofdstuk 3. Bestuursorganen spelen voor Ippel & Scheltema een centrale rol in het verkeer tussen de overheid en burger en daarmee ook voor wat betreft het vormgeven van de rechtsstatelijke zorgplicht. Anders gezegd, of de burger de rechtsstaat ervaart komt primair tot uitdrukking in het alledaagse contact met het bestuur. In hoofdstuk 3 bespreken zij aan de hand van de ‘burgerreis’ die in de fases van het contact met de overheid verloopt (geen contact, besluitvorming, duurrelatie), wat de inhoud van de zorgplicht zou moeten zijn. Kort gezegd

betekent de zorgplicht voor het bestuursorgaan dat het burgerperspectief steeds betrokken wordt in de wijze waarop de dienstverlening wordt ingericht en het bestuursrecht wordt toegepast. Afhankelijk van de fase van de reis van de burger door het bestuursrecht, verlangt de rechtsstatelijke zorgplicht andersoortig handelen van het bestuursorgaan. Voor een beschrijving van deze ‘burgerreis’ verwijs ik de lezer naar hoofdstuk 3 van het preadvies en naar hoofdstuk 5 waarin die reis schematisch is weergegeven.

Hoewel bestuursorganen volgens Ippel & Scheltema een centrale rol in het verkeer tussen de overheid en burger spelen en daarmee ook voor wat betreft het vormgeven van de rechtsstatelijke zorgplicht, zien zij ook een taak voor de wetgever en bestuursrechter. Deze twee scheppen namelijk het juridische kader waarbinnen bestuursorganen hun rechtsstatelijke zorgplicht uitvoeren. Die taak van de bestuursrechter en wetgever staat centraal in hoofdstuk 4.

Ippel & Scheltema geven aan dat op het gebied van rechterlijke toetsing al veel in beweging is, waarbij voornamelijk gedacht wordt aan de herijking van het evenredigheidsbeginsel. Ippel & Scheltema richten zich op de bestuurlijke fase; directe consequenties voor de inrichting van het bestuursprocesrecht worden buiten beschouwing gelaten. De bestuursrechter is volgens Ippel & Scheltema een onvolmaakte ‘toezichthouder’ op de naleving van de rechtsstatelijke zorgplicht. Immers, aan de bestuursrechter kunnen alleen geschillen over besluiten worden voorgelegd en hij heeft beperkt zicht op de maatschappelijke en uitvoeringstechnische gevolgen van zijn rechtspraak. Verder bereiken veel zaken de bestuursrechter niet, zeker als het kwetsbare burgers betreft. De nadruk zou daarom volgens Ippel & Scheltema moeten liggen op de ‘praktische rechtsbescherming’ die het bestuursorgaan biedt. De door Ippel & Scheltema besproken consequenties van de zorgplicht kunnen niettemin inspiratie geven *“voor hoe de procedure bij de bestuursrechter gestalte krijgt: de behoefte van de burger aan feitelijke rechtszekerheid verdwijnt niet en de helpende hand van het dienende bestuursorgaan kan door de dienende bestuursrechter overgepakt worden”*. *“In de wijze waarop de zorgplicht door de bestuursrechter wordt betrokken”*, aldus Ippel & Scheltema, *“kan aangesloten worden bij de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur”*.³¹ Dit sluit aan bij de bedoeling van het voorgestelde artikel 2:1, eerste lid, Awb. In lijn met de werking van de beginselen in het bestuursrecht kan de zorgplicht volgens Ippel & Scheltema op twee manieren betekenis krijgen in de toetsing door de bestuursrechter:

“Allereerst legt de zorgplicht een gedragsnorm neer voor waar het positieve recht zwijgt; hoofdstuk 3 laat zien dat er leemtes te vullen zijn. Ten tweede biedt de zorgplicht

30 Vergelijk hierover J.B.J.M. ten Berge, *Burgerplichten jegens de overheid*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007; M. Scheltema, ‘De wederkerige rechtsbetrekking: een essentieel leerstuk voor het bestuursrecht’, in: G.H. Addink e.a. (red.), *Grensverleggend bestuursrecht (Ten Berge-bundel)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 207-217; L.M. Koenraad, ‘Op zoek naar algemene beginselen van behoorlijk burgerschap in het Nederlands bestuursrecht’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 233-244. Het is overigens eerst Nicolai geweest die aandacht heeft gevraagd voor de – in zijn woorden – *“zorgvuldigheid welke de bestuurde in het bestuursrechtelijk verkeer jegens het bestuur betaamt”*. Vergelijk P. Nicolai, ‘Het tandvlees van het recht’, in: J.A. Borman e.a. (red.), *Recht op scherp (Duk-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 3-54, p. 24. Verder P. Nicolai, ‘De stiekeme citoyen’, in: R.L. Vučšan (red.), *De Awb-mens: boeman of underdog? (Damen-bundel I)*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 179-197, p. 180-181.

31 Vergelijk R.J.B. Schutgens, ‘Overheid en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm’, in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 79-99, die op p. 96 concludeert *“dat de zorgvuldigheidsnorm bij toepassing op typische overheidsbevoegdheden (vrijwel) samenvalt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur”*.

een kader voor de rechtsvorming van de bestuursrechter wet- en regelgeving zou zoveel mogelijk 'zorgplichtconform' geïnterpreteerd en toegepast moeten worden.”

Omdat de werking van de zorgplicht afhankelijk is van de specifieke context en de fase (geen contact, besluitvorming, duurrelatie) van de 'burgerreis' door het bestuursrecht, bespreken Ippel & Scheltema die fasen in relatie tot de rol van de bestuursrechter. Ook voor een beschrijving van deze 'burgerreis' verwijs ik de lezer naar het preadvies.

Wat betreft de wetgever staan Ippel & Scheltema stil bij hoe deze het bestuur kan faciliteren in de verwezenlijking van de rechtsstatelijke zorgplicht. De feitelijke rechtszekerheid die de wetgever kan bieden, moet volgens Ippel & Scheltema, zoals zij al aangeven in hoofdstuk 3, niet overschat worden *“en het beschermingsniveau – in de zin van feitelijke rechtszekerheid en dienende houding van de overheid – dat de burger ervaart bij zijn contacten met het bestuur zou niet in wezenlijke mate afhankelijk moeten zijn van de wetgever; de eigenschappen en capaciteiten van de burger veranderen immers niet op magische wijze wanneer hij met andere bijzondere wetgeving te maken krijgt.”* Met betrekking tot de wetgever maken Ippel & Scheltema een onderscheid tussen de bijzondere wetgever en de Awb-wetgever. De eerstgenoemde dient de juiste randvoorwaarden te creëren om op een doelmatige en doeltreffende manier invulling te geven aan de zorgplicht, zoals door regels te stellen die doenbaar zijn voor de burger en een realistisch mensbeeld koesteren, alsmede een realistisch beeld vormen van de capaciteiten van de uitvoerende organen én de mensen die daar werken. Ook voor de laatstgenoemde groep hebben Ippel & Scheltema duidelijk aandacht door onder meer het volgende op te merken:

“De wetgeving en de ondersteuning die van het bestuursorgaan verlangd dient te worden zijn communicerende vaten: is de wetgeving eenvoudig, begrijpelijk, proactief toepasbaar en voorzien van de juiste 'defaults', dan is het voor het bestuursorgaan relatief eenvoudig om invulling te geven aan de zorgplicht.”

Hoewel gebonden bevoegdheden in sommige gevallen noodzakelijk zijn, gezien de aard van de regeling of de (bulk) uitvoering, benadrukken Ippel & Scheltema dat voor een goede uitvoering van de zorgplicht ruimte moet *“worden geboden voor het wegen van de omstandigheden van de burger en de uitwerking van algemene regels in een individueel geval”*. De Awb-wetgever dient te streven naar herkenbare en met de zorgplicht coherente waarborgen voor de burger. In dat licht vragen Ippel & Scheltema zich af in hoeverre een nadere invulling van de zorgplicht in de Awb, naast het nieuwe artikel 2:1, eerste lid, wenselijk is. Zij geven hierover enkele ideeën, *“soms in de vorm van een wetsartikel, niet om als precies tekstvoorstel te dienen, maar om een discussie over de richting uit te lokken”*. Voor die ideeën verwijs ik de lezer naar het preadvies.

Hoofdstuk 5 van het preadvies bevat de samenvatting en conclusies. Het preadvies eindigt met wat Ippel & Scheltema aanduiden als 'stellingen', hierop kom ik snel terug. In hoofdstuk 5 wordt nogmaals duidelijk dat Ippel & Scheltema het nieuwe artikel 2:1, eerste lid, Awb zien als een artikel dat een belangrijke stap zet in een rechtsontwikkeling naar een meer responsief bestuursrecht. De zorgplicht van de overheid ten opzichte van de burger heeft echter naar hun opvatting *“een meer fundamenteel rechtsstatelijk karakter”*. *“Deze zorgplicht normeert”*, aldus Ippel & Scheltema, *“de verhouding tussen burger en overheid en heeft consequenties voor bestuursorganen, de bestuursrechter, de wetgever, maar ook de burger”*.

4. Reflectie

4.1 Vooraf

Zoals ik in de inleiding heb gezegd, is mijn centrale onderzoeksvraag of het preadvies (betoog) van Ippel & Scheltema groots en meeslepend is. Om de spanning weg te nemen, het antwoord daarop is luidkeels ja! Dit betekent niet dat ik geen kritische opmerkingen heb. De eerste kritische opmerking heb ik al opgeschreven in paragraaf 3.1: door het gebrek aan structuur is het preadvies niet lezers-(burger)vriendelijk. Het preadvies eindigt met wat Ippel & Scheltema aanduiden als 'stellingen' en daarover gaat mijn andere kritische opmerking. Wat Ippel & Scheltema aanduiden als 'stellingen' zijn geen (goede) stellingen. Beter dan Verheij kan ik het niet zeggen en daarom herhaal ik zijn woorden die helaas ook op de 'stellingen' van Ippel & Scheltema van toepassing zijn (en ik vrees ook voor die van de andere preadviseurs):

“Een stelling is een korte bewering waar je eenduidig ja of nee tegen kunt zeggen. De nuances en kwalificaties en voorbehouden waar wij juristen zo goed in zijn, passen niet in een stelling. Tip: als je een bijzin of meer dan twee regels nodig hebt, is het geen stelling. Een goede stelling zou bijvoorbeeld zijn: *de stellingenprocedure bij de VAR-jaarvergadering moet worden afgeschaft*.”

Ik laat het aan de voorzitter over of hij deze meta-stelling in stemming brengt.”³²

Na deze kritische opmerkingen tracht ik hieronder te motiveren waarom het preadvies (betoog) van Ippel & Scheltema groots en meeslepend is.

4.2 Beginsel van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) schiet wortel

Sommige lezers zullen weten dat dit het tweede VAR-preadvies van Scheltema is. In 1975 schreef hij een preadvies over 'De rechtsverwerking in het administratieve recht'.³³

32 N. Verheij, 'De VAR-preadviezen 2013: op avontuur voorbij het besluit', *NTB* 2013/16, p. 74-80.

33 M. Scheltema, 'Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)', in: M. Scheltema & W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratieve recht. VAR-reeks LXXIV*, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 2-56.

Wellicht dat ik iets heb gevonden waarnaar ik zocht, maar ik zie in deze twee preadviezen een fundamentele verandering in hoe wij over het bestuursrecht en de rechtsverhouding tussen de burger en overheid denken. Laat mij dit hieronder – zonder te veel nuanceren – toelichten.

De centrale missie van het bestuursrecht is van oudsher om de burger tegen de overheid te beschermen.³⁴ Deze missie gaat op in de aard van het bestuursrecht; een aard die tot uitdrukking komt in verschillende uitgangspunten.³⁵ Het eerste uitgangspunt is dat het handelen van de overheid gericht is op het behartigen van de aan haar – bij democratische gelegitimeerde wetgeving – opgedragen belangen respectievelijk de belangen waarvan de behartiging haar naar hun aard toekomt. Die belangenbehartiging is daarmee als uitgangspunt erop gericht om het algemeen belang te bevorderen. Dit heeft, samen met een ander uitgangspunt dat de burger aan het gezag van de overheid is onderworpen, als resultaat dat de rechtsverhouding tussen de overheid en burger onder meer wordt beheerst door beginselen als rechtsgelijkheid, dienstbaarheid, rechtszekerheid en, als exponent van het laatste, legaliteit. Hieruit volgt een aantal andere uitgangspunten, namelijk dat in het bestuursrecht (publiekrecht), anders dan in mindere mate het privaatrecht, rechtsvorming wordt gedicteerd door democratische gelegitimeerde wetgeving, er weinig tot geen ruimte is voor open rechtsnormen zoals de zorgplichten, en dat de implementatie van die wetgeving primair in handen ligt van het bestuursorgaan en niet in die van de rechter.

Het is in de geest van de zojuist genoemde centrale missie en aard van het bestuursrecht dat de beginselen van behoorlijk bestuur zijn ontwikkeld.³⁶ Kenmerkend voor die ontwikkeling is, zoals Scheltema in 1975 heeft opgemerkt, dat in het bestuursrecht van het van oorsprong privaatrechtelijk beginsel van de goede trouw geen equivalent bestaat en dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet de rechtsverhouding tussen de overheid (het bestuur) en burger beheersen, maar zich eenzijdig richten op het gedrag van één van de partijen in die verhouding, het bestuur.³⁷ Verder heeft hij in 1975 opgemerkt dat het eenzijdige karakter van de meeste bestuursrechtelijke rechtshandelingen meebrengt:

“[...] dat een privaatrechtelijk leerstuk als het beginsel van de goede trouw dat een rechtsverhouding beheerst,

in het bestuursrecht moeilijk wortel kan schieten. Wanneer er behoefte ontstaat om enigszins aan het begrip van de goede trouw beantwoordende beginselen te ontwikkelen gaat men niet zoeken naar beginselen die de *rechtsverhouding* beheersen en waarnaar dus beide partijen zich moeten gedragen. Neen, men ontwikkelt beginselen die zich richten tot die ene partij die alleen de inhoud van de rechtsverhouding bepaalt: tot de overheid. Er ontstaan dan beginselen van behoorlijk *bestuur*. Over de wijze waarop de burger moet handelen zeggen zij niets. Hij wordt verondersteld de hem opgelegde verplichtingen na te komen of toegekende voordelen in ontvangst te nemen, maar wordt geacht op de vaststelling daarvan geen beslissende invloed uit te oefenen.”³⁸

Met de inwerkingtreding in 1992 van het huidige BW is het beginsel van de (objectieve) goede trouw, zonder dat een materiële wijziging is beoogd, vervangen door de eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals onder meer gecodificeerd in artikel 6:2 (voor alle verbintenissen) en artikel 6:248 van het BW (voor overeenkomsten).³⁹ In het eerste lid van zowel artikel 6:2 als artikel 6:248 is de *aanvullende werking* van de redelijkheid en billijkheid gecodificeerd. Artikel 6:2, eerste lid bepaalt dat de schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich overeenkomstig de redelijkheid en billijkheid te gedragen. Artikel 6:248, eerste lid bepaalt dat overeenkomsten niet alleen de overeengekomen rechtsgevolgen hebben, maar ook welke uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. In het tweede lid van die artikelen is de *beperkende werking* van de redelijkheid en billijkheid gecodificeerd: een (overeengekomen) regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar de eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁴⁰

Nu, bijna vijftig jaar later na zijn eerste preadvies, zoekt Scheltema, die naar eigen zeggen ook vanuit het privaatrecht in het bestuursrecht terecht is gekomen,⁴¹ samen met Ippel in hun preadvies over de ‘rechtsstatelijke zorgplicht’ om redenen van consistentie aansluiting bij de privaatrechtelijke zorgplicht die veelal is gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (het beginsel van de goede trouw) en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm

34 Vergelijk Ten Berge 2007. Verder L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016. Zie J. van der Hoeven, *De drie dimensies van het bestuursrecht. VAR-reeks 100*, Alphen aan den Rijn: Samsom/Tjeenk Willink 1989.

35 Vergelijk voor deze uitgangspunten E.H.M. Hirsch Ballin, ‘Dynamiek in de bestuursrechtspraak’, in: E.M.H. Hirsch Ballin e.a., *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. VAR-reeks 154*, Den Haag: Bju 2015, p. 7-58. Verder Ortlep 2022; J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, ‘Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht’, in: J. Goossens & J.C.A. de Poorter (red.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe samenleving*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 25-60; Ortlep 2020b; Ippel 2020. Zie reeds Van der Hoeven 1989.

36 Vergelijk R.J.N. Schlössels, ‘Lindenbaum/Cohen en het bestuursrecht’, *RM Themis* 2019/1, p. 11-17.

37 Scheltema 1975, p. 3.

38 Scheltema 1975, p. 7-8.

39 Vergelijk F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, hoofdstuk 4; H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden*, Deventer: Kluwer 2013; H.J. Snijders, ‘Redelijkheid en billijkheid in het vermogensrecht van het Burgerlijk Wetboek voor en na 1992’, *AA* 2012/771, p. 771-778; M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999; H.C.F. Schoordijk, *Redelijkheid en billijkheid aan de vooravond van een nieuw millennium*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

40 De uitleg als derde functie van de redelijkheid en billijkheid, is in de rechtspraak (definitief) aanvaard in HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427. Vergelijk daarover de bronnen genoemd in de vorige voetnoot.

41 Scheltema 1975, p. 3.

(uit het reeds genoemde *Lindenbaum/Cohen*-arrest).⁴² Hiermee sluiten Ippel & Scheltema, vergelijk hierover paragraaf 3.2, aan bij mijn standpunt dat ook in het bestuursrecht de overheid en burger tot elkander staan in een door de redelijkheid en billijkheid (goede trouw) beheerste rechtsverhouding. Om deze boodschap goed over het voetlicht te brengen, citeer ik Ippel & Scheltema hieronder voor de laatste maal uitvoerig:

“De redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheid zijn in het privaatrecht van grote betekenis. De meer legalistische traditie is sinds *Lindenbaum/Cohen* ruim een eeuw geleden verlaten en ingeruild voor een relationele benadering. In een enigszins consistent rechtsstelsel kan het bestuursrecht niet om die ontwikkeling heen.⁴³ Voor de burger geldt dat de eisen van redelijkheid niet alleen zijn verhouding met andere burgers en privaatrechtelijke organisaties beheerst, maar ook in die met de overheid. Er zouden zelfs goede redenen zijn om van de burger extra zorgzaamheid te vragen jegens ‘zijn’ overheid.

Ortlep heeft in zijn oratie en ook elders deze benadering met sterke argumenten verdedigd.⁴⁴ Hij stelt dat de aan het privaatrecht ontleende redelijkheid en billijkheid de rechtsbetrekking tussen overheid en burger beheerst, zodat ook de burger zich daardoor moet laten leiden. Daarbij moet, zoals Ortlep stelt, wel oog zijn voor de eigenheid van de relatie tussen de overheid en burger.⁴⁵ De bestuursrechtjurist dient ook de neiging te onderdrukken om deze meer relationele benadering als verslechtering van de positie van de burger te kwalificeren. Zo wordt in het privaatrecht goede trouw aangenomen, tenzij het tegendeel blijkt. Dat is anders dan de wantrouwende houding en het beeld van de calculerende burger dat lang in het bestuursrecht dominant was. Daarnaast laat rechtsvergelijkend onderzoek dat zien dat het loskomen van de dominantie van legaliteit meer ruimte biedt voor ‘billijkheidsuitzonderingen’,⁴⁶ precies de discussie die nu woedt binnen het bestuursrecht.

Wij verwachten dat deze benadering veld zal winnen nu de hoogste rechtscolleges streven naar meer eenheid in hun jurisprudentie. De kruisbenoemingen tussen Hoge Raad en Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zullen daaraan bijdragen.”

Dat het beginsel van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) in het bestuursrecht wortel schiet⁴⁷ is, zoals gezegd, een fundamentele verandering in hoe wij over het bestuursrecht en de rechtsverhouding tussen de burger en overheid denken.⁴⁸ Dit normatief raster brengt niet alleen de – op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid en maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm⁴⁹ – gebaseerde zorgplichten mee,⁵⁰ maar ook andere leerstukken (beginselen), zoals de rechtsverwerking,⁵¹ het verbod van misbruik van bevoegdheid⁵² en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵³

Waarschijnlijk niet iedereen zou de genoemde verandering met gejuich ontvangen. Zo heeft bijvoorbeeld Teunissen in 1995 opgemerkt dat het afmeten van het handelen van de burger richting de overheid aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm bestreden dient te worden omdat het “een typisch materieel burgerrechtelijk onrechtmatigheidscriterium is, dat naar zijn aard niet past op de verhouding tussen overheid en burgers”.⁵⁴ Waarom het een het ander (moet) uitsluit(en), is mij met Ippel & Scheltema, vergelijk paragraaf 3.2, niet duidelijk.⁵⁵ Maar los daarvan kan niemand met

42 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161, m.nt. Molengraaff.

43 Ze verwijzen hier naar Van den Berge 2016, die in zijn proefschrift ingaat op de autonome ontwikkeling van het bestuursrecht ten opzichte van de relationele benadering van het privaatrecht.

44 Ze verwijzen hier naar Ortlep 2020a en Ortlep 2020b.

45 Ze verwijzen hier naar Ortlep 2020b, paragraaf 4.2.

46 Ze verwijzen hier naar Bakker 2018, p. 342 e.v..

47 Hiermee staan wij op de schouders van W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, R.W., 1982-83, p. 961-978 en Gent/Deventer: Story-Scientia/Tjeenk Willink 1983; H.C.F. Schoordijk, *Bestuursrecht en privaatrecht. Een interne rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1984; H.C.F. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, Deventer: Kluwer 1984; W. Sniijders, ‘Artikel 3.1.1.15 nieuw BW en de schakelbepalingen nader bezien’, in: J.A.F. Peters & M.H. Kobussen (red.), *Bestuursrecht en nieuw BW*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 49-69; H.C.F. Schoordijk, *Rechtsverwerking*, Deventer: Kluwer 1991.

48 Eggens heeft niet voor niets – in navolging van zijn leermeester Molengraaff – het beginsel van de goede trouw het primaire gebod in het recht genoemd. Vergelijk J. Eggens, ‘lets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak’, *WPNR* 1923/2784-2785; opgenomen in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van mr. J. Eggens. Deel I*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1958, p. 5-18; J. Eggens, *Het ‘misbruik van recht’ en de vrijheid*, Groningen: Batavia 1941; opgenomen in: *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van mr. J. Eggens. Deel II*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1959, p. 70-81. Zie hierover Ortlep 2022, p. 13 e.v.; C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19e eeuw*, Deventer: Kluwer 2015 Jansen 2015, p. 250 e.v.

49 Vergelijk T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid’, *RM Themis* 2019/1, p. 26-32. Zie Schilfgaarde 2016, p. 58 e.v.

50 Voor het gemak versta ik hieronder ook de zogeheten ‘burgerplichten’ respectievelijk ‘beginselen van goed (of behoorlijk) burgerschap’. Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 30.

51 Vergelijk R.J. de Vries, ‘De – te ondergeschikte? – rol van het civielrechtelijke leerstuk rechtsverwerking in de fiscaliteit’, *WFR* 2021/216, p. 1554-1563; A. Drahmman, ‘Een klachtplicht in het kielzog van de transparantieplichting’, T. Barkhuysen e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Kluwer 2019, p. 489-498.

52 Vergelijk de bronnen genoemd in voetnoot 10.

53 Vergelijk de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441; Bakker 2018. Zie G.J. Wiarda, *3 typen van rechtsvinding*, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door T. Koopmans, Zwolle: Tjeenk Willink 1999, p. 66 e.v.

54 J.M.H.F. Teunissen, ‘De “wederkerige rechtsbetrekking” als strategisch concept voor nivellerende rechtswetenschap?’, in: E.C.H.J. van der Linden & A.Q.C. Tak (red.), *Eenzijdig en wederkerig? Beschouwingen over de wederkerige rechtsbetrekking als basisconcept in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 277-322, p. 284 e.v. Verder J.M.H.F. Teunissen, *Het burgerlijk kleed van de staat*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 179 e.v. en p. 190 e.v. Vergelijk hierover Ortlep 2020a, p. 13-14; Van den Berge 2016, p. 115 en p. 168 e.v.; Ten Berge 2007, p. 23 e.v. Zie P. Nicolai, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990, p. 230 e.v.

55 Ortlep 2020a, p. 13-14. Zie Nicolai 1984, p. 20 e.v.; Nicolai 1996, p. 184 e.v.

recht ontkennen dat inmiddels in de bestuursrechtelijke doctrine vele (zo niet alle) verschijningsvormen van het beginsel van de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) tot uitdrukking komen, zij het dat die verschijningsvormen gekleurd worden door de hiervoor besproken aard van het bestuursrecht.⁵⁶ Op dat punt laat ik tot besluit een generatiegenoot van Scheltema aan het woord, Schoordijk, die naar aanleiding van de discussie over een ander leerstuk, de idee van de wederkerige rechtsbetrekking tussen de overheid en burger, al in 1991 het volgende ‘droogjes’ opmerkte:

“Ik houd het erop, dat zoals de goede trouw alle privaatrechtelijke verhoudingen beheerst, de goede trouw ook de verhouding overheid-burger beheerst. De overheid mag van de burger een gedrag dat voldoet aan de normen van goede trouw verwachten, en ook omgekeerd. Dat de burger aan het gezag van de overheid onderworpen is doet hieraan niet toe of af. Het kleurt alleen die verhouding.”⁵⁷

5. Tot slot

Zoals gezegd beantwoord ik mijn centrale onderzoeksvraag of het preadvies (betoog) van Ippel & Scheltema groots en meeslepend is luidkeels bevestigend. Na dat preadvies – en de discussie daarover op 12 mei aanstaande – stopt het hopelijk niet. De aannemers Ippel & Scheltema hebben met hun preadvies over de rechtsstatelijke zorgplicht een groots en meeslepende uitbouw aan het huis van het bestuursrecht voorgesteld. Mijn hoop is nu gericht op een architect die met de nieuwste inzichten, ontwikkelingen en materialen een nieuwe blauwdruk van dat huis voorstelt.⁵⁸ Het uitspreken van die hoop valt samen met mijn in de inleiding gedane belofte, het weergeven van de laatste strofe uit het gedicht van Marsman ‘De Grijsaard en de Jongeling’: *“de jongen kijkt door de geopende ramen waarlangs de wereld slaat; zonder zich te beraden stapt hij de deur uit, helder en zonder vrees.”*

56 Net zoals Ippel & Scheltema heb ik getracht dit uiteen te zetten in Ortlep 2020a; Ortlep 2020b; Ortlep 2022.

57 Schoordijk 1991, p. 31.

58 Deze beeldspraak is deels van J.H.A. Lokin, ‘Van handeling naar rechtshandeling’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2000, p. 17-42, p. 42.

Bouwen aan een dienstbare informatiehuishouding. Hebben we met een Algemene Informatiewet het noodzakelijke instrument in handen?

NTB 2023/128

1. Kennis is: handelen in het belang van burgers

Wanneer wordt geschreven over de verzameling en verwerking van informatie door de overheid, wordt vaak verwezen naar het bekende adagium van Francis Bacon: “*informatie is kennis en kennis is macht*”. En niet ten onrechte. Het adagium geeft immers kernachtig weer welk risico informatieverzameling- en verwerking door de overheid met zich mee kan brengen. Als kennis een vorm van macht is, “*dan staat kennis met betrekking tot personen gelijk aan macht over personen.*”² Zet de overheid haar informatiemacht verkeerd in, dan kunnen de rechten en vrijheden van burgers in het gedrang komen. Het mag dus niet verbazen dat de verzameling en verwerking van informatie door de overheid van oudsher met een zekere argwaan wordt benaderd.

Het preadvies van Zuurmond, Lokin en Mulder staat echter in een geheel andere traditie. Vertrekpunt vormt de gedachte dat de overheid haar informatie zou kunnen en moeten gebruiken om de burger te helpen. De kern van hun betoog is dat de overheid niet *tegenover* maar *naast* de burger moet staan en in het verlengde hiervan haar informatiehuishouding zodanig moet vormgeven dat de burger hiermee wordt gediend.³ Bezien tegen deze achtergrond staat in het preadvies de volgende vraag centraal: “*wat is de informatiele zorgplicht van de overheid en hoe kan zij hieraan goed invulling geven?*”⁴ In vijf opeenvolgende hoofdstukken trachten de preadviseurs deze vraag te beantwoorden.

In hun betoog, voorzien van illustratieve voorbeelden, zetten de preadviseurs de lezer niet alleen aan het denken over de rol van de informatiehuishouding in de relatie tussen overheid en burger, maar vooral ook de wijze waarop het flink achterstallige onderhoud aan deze huishouding ter hand genomen moet worden. Daarbij zal het volgens de preadviseurs om veel meer moeten gaan dan wat boenen en poetsen aan bestaande informatiewetten. Wil de overheid daadwerkelijk adequaat invulling geven aan haar informatiele zorgplicht, dan vraagt dat om een transformatie

van de informatiehuishouding. Cruciaal daartoe is het realiseren van meer samenhang in de regulering en sturing van deze huishouding. In het laatste deel van het preadvies werken de auteurs daartoe een concreet voorstel voor een Algemene informatiewet uit.

Het is ook onze overtuiging dat de informatiehuishouding van de overheid flink op de schop moet. De voorzet van de preadviseurs voor een Algemene informatiewet is daarom niet slechts een prikkelend voorstel voor het momentum van een VAR-preadvies. Ook is het cruciaal dat de discussie over de informatiele zorgplicht van de overheid resulteert in daadwerkelijke stappen. Juist daarom valt het te prijzen dat de preadviseurs in hun preadvies meer doen dan slechts een analyse bieden van de informatiele zorgplicht, maar ook met een heel concreet voorstel komen. Gegeven de noodzaak tot het zetten van concrete stappen om de informatiehuishouding van de overheid op orde te krijgen, richten wij ons in de onderstaande bespreking op discussiepunten die bij deze stappen voor ogen gehouden moeten worden.

2. De informatiele zorgplicht

In het eerste hoofdstuk geven Zuurmond, Lokin en Mulder de contouren van de informatiele zorgplicht weer, zonder deze overigens precies te definiëren. Dat de overheid een informatiele zorgplicht heeft, staat volgens hen buiten kijf. Sterker, *informatie, evenals vertrouwen*, zijn volgens hen essentiële elementen van een responsieve rechtsstaat, en daarmee ook van een responsieve overheid. Een responsieve overheid, zo stellen zij, “*beschikt over informatie om mensen te helpen en zet die ook daarvoor in, zorgt dat ze erop kunnen vertrouwen dat ze krijgen waar ze recht op hebben, en laat zich tegelijkertijd niet voor de gek houden. Bovendien stelt een responsieve overheid mensen in staat om zich geïnformeerd – al dan niet door tussenkomst van de media – een mening te vormen over beleidsvorming en te participeren in besluitvorming*”.⁵ Van een responsieve overheid kan volgens de preadviseurs echter pas sprake zijn als zij een goed functionerende informatiehuishouding heeft. “*De overheid kan alleen responsief zijn als haar informatiehuishouding op orde is. De staat van de informatiehuishouding kan gezien worden als de bloedspiegel van een mens. Als de bloedwaarden in orde zijn, dan is het lichaam gezond. Als informatiespiegel niet in orde is, dan is de overheid niet gezond en kan zij geen public value leveren.*”⁶

1 Fatma Çapkurt is als promovenda verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Corien Prins is voorzitter van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) en hoogleraar Recht en informatisering aan Tilburg University.

2 P.H. Blok, *Het recht op privacy*, (diss. Tilburg) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 116.

3 A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin, G. Mulder, ‘De informatiele zorgplicht van de overheid’, in: *Zorgplichten in het bestuursrecht. Preadviezen* (VAR-reeks 170), Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 82.

4 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 79.

5 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 82.

6 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 82.

Maar wanneer precies kunnen we concluderen dat de informatiehuishouding van de overheid op orde is? In feite vraagt de beoordeling van de kwaliteit van de huishouding en daarmee de mate van responsiviteit van de overheid om een nadere invulling van het toetsende instrument van de 'informatie zorgplicht'. Kortom, welke onderdelen kent de informatie zorgplicht, zodat aan de hand daarvan het handelen van de overheid in relatie tot de informatiehuishouding valt te toetsen? Weliswaar wordt de informatie zorgplicht door de preadviseurs in een zestal beginselen geoperationaliseerd op het moment dat zij het voorstel voor de Algemene Informatiewet presenteren, maar het ontbreekt aan een meer algemene doordenking van deze plicht. Onze behoefte aan duidelijkheid op dit punt heeft ook te maken met onze indruk dat de preadviseurs het begrip informatie zorgplicht niet eenduidig lijken te hanteren. Soms duiden ze het begrip bestuurskundig-organisatorisch, namelijk gericht op een oordeel over de (kwaliteit of precisie van de) informatiehuishouding als zodanig (bijvoorbeeld in paragraaf 3.3.1 over de energiesubsidies). Op andere plaatsen hanteren de preadviseurs het begrip echter meer in juridische zin, namelijk de zorgplicht die de overheid heeft te betrachten in relatie tot de belangen van burgers wanneer de eerstgenoemde bij het handelen gebruikmaakt van de informatiehuishouding (bijvoorbeeld in paragraaf 3.3.2, over de cascade-effecten van een beleidsmaatregel bij de kindertoeslagen). De kern van de notie informatie zorgplicht is in dit geval de regel dat het belang van de ander prevaleert boven het eigen belang.⁷

3. Informatiehuishouding is achteropgeraakt

De overheid kan pas, optredend als een *responsieve overheid*, haar informatiehuishouding in dienst van de burger stellen als deze op orde is, aldus de preadviseurs. Hier gaat het echter mis, want de informatiehuishouding van de overheid is de afgelopen decennia "in het slop geraakt".⁸ In diverse rapporten is geconstateerd "dat een overzicht van de informatie ontbreekt, en dat de toegankelijkheid, volledigheid en authenticiteit van de overheidsinformatie onder druk staan. Het is vaak onduidelijk welke informatie bewaard wordt, en welke informatie vernietigd wordt. De overheid heeft moeite met het beheren van informatie die wordt verwerkt in nieuwe(-re) technologie. Bovendien is het geregeld onduidelijk wie verantwoordelijk is voor het beheer van welke informatie."⁹ Uiteraard is de afgelopen jaren geprobeerd de informatiehuishouding van de overheid te verbeteren. Zo is naar aanleiding van onder meer de zaak *Sebrenica*, waarin

bleek dat e-mailcommunicatie tussen het ministerie van Defensie en de uitgezonden eenheden niet bewaard was, het programma 'Informatie op orde. Vindbare en toegankelijke overheidsinformatie' gestart.¹⁰ Ook meer recent staat de gebrekkige informatiehuishouding van de overheid volop in de belangstelling, dit keer vanwege de Toeslagenaffaire, waarin relevante informatie soms moeizaam, maar soms ook helemaal niet boven water kwam. Dit heeft geleid tot het actieplan 'Open op orde', waarin een analyse wordt gegeven van de huidige problematische staat van de overheidsinformatiehuishouding.¹¹

Nadat de preadviseurs in hoofdstuk 2 een beeld geven van hetgeen zoal kan worden verstaan onder de informatiehuishouding van de overheid, bespreken zij in hoofdstuk 3 de oorzaken en gevolgen van wat zij aanduiden met 'het achteropraken van informatiehuishouding'. Beginnend met de oorzaken: een eerste belangrijke reden waarom de overheid haar informatie zorgplicht niet kan waarmaken is volgens de preadviseurs dat de overheid kampt met het 'koets met hulpmotor'-syndroom. Shoshana Zuboff introduceerde deze term om aan te geven dat grote technologische revoluties in eerste instantie worden begrepen vanuit wat mensen al wel kennen.¹² In de woorden van de preadviseurs: "Het kost samenleving en overheid tijd om bestaande voorzieningen en processen radicaal te 'herdenken' en opnieuw te ontwerpen." De auto werd initieel voorgesteld als een koets zonder paarden. Maar door hem als niet meer dan een efficiënte versie te zien van iets dat al bestond, onderschatten mensen destijds de gevaren van de auto en de invloed die deze uiteindelijk op de samenleving zou gaan hebben. Voor digitalisering geldt volgens de preadviseurs hetzelfde: de technologie heeft grote invloed op de manier waarop de overheid met documenten en gegevens omgaat, maar dat heeft zich nog onvoldoende vertaald in de daarbij behorende vernieuwing van de informatiehuishouding. Overigens brengen wij hier nog een andere observatie van Zuboff in herinnering. Ze beschrijft namelijk ook dat soms bewust iets radicaal nieuws als iets ouds wordt voorgesteld om te bewerkstelligen dat burgers het nieuwe juist gaan gebruiken. Zuboff geeft als voorbeeld de surveillancetechnologie van Google Glass, die de vorm kreeg van een normale bril. Zuboff indachtig zou men kunnen stellen dat ook de overheid in communicatie-uitingen over het gebruik van digitale middelen vrijwel altijd heeft ingezet op eenvoud en gemak om gebruikers tot overstappen te verleiden. Niet of nauwelijks was er aandacht voor de disruptieve veranderingen en gevolgen, waaronder die in de rechtsbescherming voor burgers.

7 C.E. Drion, 'Zorgplichten', *NJB* 2022/287, afl. 5.

8 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 82. Zie hierover ook: A. Drahtman, 'De wet open overheid is slechts een tussenstap', in: *Transparantie en openbaarheid* (VAR-reeks 168), Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 88-102.

9 Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed, *Een dementerende overheid 2.0*, Den Haag: 2021, p. 4. Zie in dat verband ook: Rijksarchiefinspectie, *Een dementerende overheid? De risico's van digitaal beheer van verantwoordingsinformatie bij de centrale overheid*, Den Haag, 2005; Erfgoedinspectie, *Duurzaam duurt het langst. Digitalisering en duurzame toegankelijkheid van informatie bij de kerndepartementen*, Den Haag: 2013; Erfgoedinspectie, *Wel digitaal, nog niet duurzaam*, Den Haag: 2018.

10 Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed, *Een dementerende overheid 2.0*, Den Haag: 2021, p. 10; B. Schohaus & B. van Beek, 'Overheid laat haar geheugen vastlopen in digitale chaos', *Follow the Money* 2021.

11 Rijksprogramma Duurzaam Digitale Informatiehuishouding, *Open op orde. Generiek actieplan informatiehuishouding Rijksoverheid*, Den Haag: 2021.

12 S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Londen: Profile books, 2019, p. 12.

De tweede oorzaak voor het achterop raken van de informatiehuishouding, en daarmee het niet kunnen waarmaken van de informatiele zorgplicht, is volgens de preadviseurs gelegen in het onvermogen van de overheid om te gaan met een kenmerkend aspect van digitalisering, de horizontalisering. Digitalisering stelde autonome overheidsorganisaties in staat om in ketens en netwerken samen te gaan werken, beschikbare informatie over bestuurlijke grenzen heen te delen en schier eindeloos te hergebruiken. Maar zowel politiek-bestuurlijk als ten aanzien van rechtsbescherming heeft de overheid het been vervolgens niet bijgetrokken. Bij uitvoeringsinstanties zijn ketenbesluiten – dat wil zeggen: besluiten die bestuursorganen nemen op basis van gegevens verkregen van weer andere bestuursorganen – al jaren staande praktijk. De populariteit van deze ketenbesluiten ging echter niet gepaard met voldoende ketenbescherming.¹³ Ruim vijf jaar geleden maakte Marlies van Eck in haar dissertatie *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* al duidelijk dat bestuursrecht en bestuursrechtspraak onvoldoende in staat zijn om ketenbesluiten te toetsen.¹⁴

4. Gevolgen van het achterop raken

Met zes goed gekozen praktijkvoorbeelden – variërend van de Toeslagenaffaire, de oversterfte tijdens de COVID-19-pandemie, tot de moord op advocaat Derk Wiersum – maken de preadviseurs in hoofdstuk 3 inzichtelijk wat de gevolgen zijn van het achterop raken van de informatiehuishouding. Het ontbreekt aan voldoende accurate informatie (casus: energietoeslag) en inzicht in de (al dan niet wenselijke) cascade van effecten van een beleidsmaatregel (casus: kindertoeslagen). Door hiaten in de informatievoorziening kunnen instanties, zoals de politie voorafgaand aan de moord op advocaat Wiersum, onvoldoende responsief hun werk doen. Maar de gevolgen zijn niet alleen zichtbaar in verkokering en de per materie-gebied geordende informatie. Ook ontbreekt het aan (organisatorische) standaarden om tot eenduidige afspraken over deling en (her)gebruik van die gegevens te komen (casus: COVID-19).

Waar de preadviseurs niet op ingaan, is de politieke en maatschappelijke context waarbinnen de besproken kwesties spelen. En daarmee blijft onbesproken dat ook burgers, politici en andere betrokkenen, zoals journalisten, in de huidige tijd hun verwachtingen hebben van de informatiehuishouding. Anders gezegd: een oordeel over de informatiehuishouding, en in het verlengde daarvan de informatiele zorgplicht van de overheid, valt niet los te zien van zulke verwachtingen. Zijdelings lijken de preadviseurs dit punt aan te kaarten, maar zij brengen het primair in verband met digitalisering. “Op grond van de voorbeelden”, zo stellen zij, “kunnen we concluderen dat de transformatie die digitalisering in ons dagelijkse leven heeft meegebracht nog

niet voldoende is doorgedrongen in de verschillende werkprocessen van de overheid en in de manier waarop zij met informatie omgaat. De overheid is nog sterk reactief, bureaucratistisch en gaat nog te veel uit van wantrouwen van de burger. De informatiehuishouding reflecteert dit. Zij is nog sterk gekoppeld (en dus verkokerd) aan overheidsorganisaties (bestuursorganen) en aan beleids- en wetgevingsdomeinen. Dat is een bureaucratische insteek die niet meer bij de huidige tijd past. Het belemmert de overheid om maatschappelijke vraagstukken integraal aan te pakken en om burgers en bedrijven responsief tegemoet te treden.”¹⁵

De wisselwerking tussen ontwikkelingen in de samenleving enerzijds en het bij de tijd blijven van de informatiehuishouding anderzijds reikt echter verder dan alleen de transformatie die digitalisering teweegbracht. We noemen een drietal andere factoren die van invloed zijn op verwachtingen van, en oordelen over, de informatiehuishouding. Ten eerste: de huidige tijd laat zich kenmerken door een fors wantrouwen in de wederzijdse verhouding van tal van partijen. Wantrouwen is er niet alleen tussen overheid en burgers onderling, maar zeker ook tussen Kamerleden en het zittende kabinet.¹⁶ Dat resulteert in (een soms uitvergroete) aandacht voor verantwoording van politiek handelen en beleid en de daartoe wel of juist niet beschikbare documenten. Ook wordt ervan uitgegaan dat informatie onmiddellijk beschikbaar moet zijn. Ten onrechte. De politiek-bestuurlijke realiteit blijkt weerbarstiger. “Het naar boven halen en selecteren van relevante informatie kost daarbij ook tijd, geld en mankracht.”¹⁷ Ten tweede: tekenend voor de huidige tijd lijkt ook de (politieke) wens om de samenleving voor een grote verscheidenheid aan kwesties te willen en moeten compenseren. Of het nu gaat om de welbekende toeslagen voor zorg of kinderopvang of om de meer recente energie-subsidies, onze ‘compensatiesamenleving’ veronderstelt een informatiehuishouding waarmee een actueel, op gezinsniveau georganiseerd informatiebeeld, de inkomenspositie én het gebruik van voorzieningen als kinderopvang, zorg of energie kan worden gegenereerd. En een derde voorbeeld: de wens om tegenwoordig iedere afwijking van het reguliere te willen en moeten verklaren. En dus moet de informatiehuishouding geëquipeerd zijn voor een onderzoek naar de oversterfte tijdens de COVID-19-pandemie.

Het voorgaande doet wat ons betreft niets af aan de terecht conclusie van de preadviseurs dat de transformatie die digitalisering heeft bewerkstelligd nog niet voldoende is doorgedrongen in de verschillende werkprocessen van de overheid en in de manier waarop zij met informatie omgaat. Tegelijkertijd is besef van en oog voor de verwachtingen die we aan de informatiehuishouding stellen een factor die we

¹³ J.E.J. Prins, ‘Bestuursrecht & digitalisering’, *NJB* 2018/404, afl. 8, p. 539.

¹⁴ B.M.A. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming* (diss. Tilburg), 2018.

¹⁵ Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 99-100.

¹⁶ G. Engbersen e.a., *De laag-vertrouwensamenleving* Rotterdam: Erasmus School of Social and Behavioural Sciences & Kenniswerkplaats 2021; Ongevraagd advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78, par. 3.4.

¹⁷ Ongevraagd advies Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78, par. 3.4.

moeten meenemen bij het beantwoorden van de door de preadviseurs opgeworpen vraag: wat kan worden verlangd wat betreft toegankelijkheid en kwaliteit van informatiesystemen van de overheid?

5. De noodzakelijke verbeterslag

Indachtig deze vraag staan de preadviseurs in het vierde hoofdstuk stil bij mogelijkheden om de overheidsinformatiehuishouding te verbeteren. Daarbij sluiten zij deels aan bij de voorstellen die in het actieplan ‘Open op orde’ zijn gepresenteerd. Volgens dit plan kan op vier punten actie worden ondernomen: 1) investeer meer in informatieprofessionals; 2) verduidelijk welke informatie bewaard moet blijven en duurzaam toegankelijk moet worden gemaakt; 3) verbeter, vereenvoudig en standaardiseer ICT-systemen; en 4) zorg voor een meer heldere sturing op de overheidsinformatiehuishouding.¹⁸ De preadviseurs kunnen zich in beginsel in de eerste drie actiepunten vinden, hoewel zij hierbij wel enkele kanttekeningen plaatsen. Zo stellen zij dat het actiepunt dat ziet op de professionalisering van ambtenaren op informatievlak, in het kader waarvan nieuwe opleidingen zijn gelanceerd, te veel is gericht op het WO en HBO en een blinde vlek heeft voor het MBO.

Bij het vierde actiepunt, over de besturing van de informatiehuishouding, ligt de zaak anders. In ‘Open op orde’ wordt onder meer voorgesteld om met technologie de informatiehuishouding bij te sturen. Daarbij is een rol weggelegd voor een (nog te ontwikkelen) ‘Rijksdashboard informatiehuishouding’.¹⁹ De preadviseurs stellen echter dat nieuwe wetgeving noodzakelijk is om deze sturing te realiseren. Zij constateren dat thans geen sprake is van “een funderende wet die de verschillende aspecten van de informatiehuishouding van de overheid (breder dan alleen het rijk) in samenhang regelt en overkoepelend invulling geeft aan een informatiele zorgplicht van de overheid (...)”.²⁰ Integendeel, er bestaan verschillende informatiewetten die delen van die huishouding reguleren, zoals de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), de Algemene wet bestuursrecht (Awb), de Woo, de Archiefwet, de Wet hergebruik overheidsinformatie en de Wet digitale overheid.²¹ Deze fragmentatie is de preadviseurs een doorn in het oog: zij zou de beoogde transformatie van de overheidsinformatiehuishouding belemmeren.²² Bezien tegen deze achtergrond stellen de preadviseurs, evenals de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten (VNG),²³ voor om een nieuw wettelijk kader te ontwikkelen, te weten de *Algemene informatiewet*. Het doel van

deze ‘funderende wet’ is om “samenhang in de regulering en sturing van die informatiehuishouding” te bevorderen, “zodat de algemene informatiele zorgplicht van de overheid bij informatieverwerking jegens burgers en bedrijven wordt verwerkelijk”.²⁴

De gewenste samenhang in de regulering van de informatiehuishouding van de overheid kan volgens de preadviseurs worden bereikt door in de voorziene Algemene informatiewet de informatiele zorgplicht als uitgangspunt te nemen. Die plicht operationaliseren zij aan de hand van een zestal algemene beginselen van behoorlijke informatieverwerking: 1) openbaarheid en toegankelijkheid; 2) participatie en inclusiviteit; 3) transparantie en verantwoording; 4) rechtmatigheid en rechtvaardigheid; 5) integriteit en betrouwbaarheid en 6) bescherming van cultureel erfgoed en creatie van waarde. Deze beginselen destilleren de preadviseurs uit de eerdergenoemde informatiewetten, waaronder de AVG, de Woo en de Archiefwet. De Algemene informatiewet vervangt de bestaande informatiewetten echter niet. Hij beoogt alleen “een ‘paraplu’ van beginselen te creëren boven de bestaande wetgeving en vestigt een zorgplicht om de informatiehuishouding aantoonbaar zo in te richten dat deze aan alle geldende wettelijke normen voldoet, waardoor de beginselen verwezenlijkt kunnen worden”.²⁵

De gewenste samenhang in de sturing van de informatiehuishouding kan volgens de preadviseurs worden gerealiseerd door in de Algemene informatiewet aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (minister van BZK) de sturing van deze huishouding toe te vertrouwen.²⁶ Ze erkennen dat thans uit verschillende ministeriële regelingen volgt dat deze minister verantwoordelijk is voor een aantal onderdelen van de informatiehuishouding.²⁷ “Deze wat droge opsomming laat zien dat op (digitaal) papier de basis aanwezig is voor gerichte sturing op de generieke voorzieningen die voor ondersteuning van de informatiehuishouding bij in elk geval de rijksoverheid nodig zijn.”²⁸ Volgens de preadviseurs lijkt het niettemin “aan doorzettingsmacht of -kracht te ontbreken bij het realiseren van de veranderingen in informatievoorziening en digitalisering van de overheid”.²⁹ Codificatie van de bevoegdheden van de minister van BZK in de Algemene informatiewet kan volgens de preadviseurs “de versteviging brengen die nodig is om de benodigde transformatie te realiseren”.³⁰

18 Rijksprogramma Duurzaam Digitale Informatiehuishouding, *Open op orde. Generiek actieplan informatiehuishouding Rijksoverheid*, Den Haag: 2021, p. 13-23.

19 Rijksprogramma Duurzaam Digitale Informatiehuishouding, *Open op orde. Generiek actieplan informatiehuishouding Rijksoverheid*, Den Haag: 2021, p. 22-23.

20 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 109.

21 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 107-108.

22 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 109.

23 Vereniging Nederlandse Gemeenten, *Analyse naar de samenhang tussen generieke informatiewetten*, Den Haag: 2022.

24 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 109.

25 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 126.

26 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 122.

27 Op basis van artikel 2 Coördinatiebesluit organisatie en bedrijfsvoering rijksdienst is de minister van BZK verantwoordelijk voor de bevordering van de eenheid, kwaliteit en de efficiëntie van informatiesystemen van ministeries. Tevens draagt de minister van BZK op grond van artikel 5 van het *Besluit informatievoorziening in de rijksdienst 1990* de verantwoordelijkheid voor de coördinatie van de informatievoorziening binnende publieke sector.

28 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 122.

29 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 122.

30 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 122.

Het voorstel voor een nieuwe Algemene informatiewet is prikkelend. Tegelijkertijd vallen hier ook kanttekeningen bij te plaatsen. Een aantal van deze kanttekeningen, die niet zozeer tot doel hebben om het voorstel terzijde te schuiven als wel het debat te faciliteren in de hoop dat dan ook voldoende snelheid gemaakt kan worden om daadwerkelijk te komen tot verbetering van de informatiehuishouding, zetten wij hieronder uiteen.

In de eerste plaats kan worden betwijfeld of met de voorgestelde wet de gewenste samenhang valt te realiseren in de *regulering* van de overheidsinformatiehuishouding. De Algemene informatiewet zou de bestaande informatiewetten immers niet vervangen, maar daarbovenop komen. Dit brengt verschillende risico's met zich mee, waaronder het ontstaan van nieuwe rechtsvragen over de interpretatie en afstemming met bestaande informatiewetten. Neem de voorgestelde codificatie van algemene beginselen van informatieverwerking in de Algemene informatiewet. De zes beginselen – die dermate ruim opgezet zijn dat ook zou kunnen worden gesproken van twaalf beginselen – hebben geen zelfstandige functie. De preadviseurs geven immers zelf aan dat hiervan geen sturende werking uitgaat.³¹ Overheidsorganen, zo stellen zij, moeten simpelweg voldoen aan de bestaande “normen die in de verschillende genoemde informatiewetten en -regelingen staan. Die normen zijn immers al gericht op verwezenlijking van de algemene beginselen van informatieverwerking (...)”.³² De toegevoegde waarde van de Algemene informatiewet lijkt dan ook veeleer besloten te liggen in het feit dat het een *verantwoordingsplicht* in het leven roept: ieder overheidsorgaan moet aantonen dat het voldoet aan normen en beginselen uit *andere* informatiewetten. Maar dan rijst de vraag wat, gelet op bestaande wetgeving, de toegevoegde waarde van een dergelijke verantwoordingsplicht is. In sommige informatiewetten is bovendien al een dergelijke plicht opgenomen. Neem de AVG. Ieder verwerkingsverantwoordelijk overheidsorgaan dient te voldoen aan de beginselen van gegevensverwerking zoals neergelegd in artikel 5, eerste lid, AVG. Op grond van artikel 5, tweede lid, AVG, is de verwerkingsverantwoordelijke verantwoordelijk voor de naleving van deze beginselen en moet de naleving van deze beginselen kunnen aantonen. Onduidelijk blijft aldus wat de toegevoegde waarde van de verantwoordingsplicht in de Algemene informatiewet zou zijn ten opzichte van die in de AVG.

In de tweede plaats lost een mogelijke Algemene informatiewet een belangrijk onderdeel van het probleem niet op: het gebrek aan geld en een politiek-bestuurlijke cultuur waarin de overheidsinformatiehuishouding structureel prioriteit krijgt. Zoals de Afdeling Advisering van de Raad van State reeds in haar ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid heeft opgemerkt, is de slechte staat van de informatiehuishouding van de overheid onder meer het product van jarenlange bezuinigingen, reorganisaties

en gebrek aan politiek-bestuurlijke prioriteit.³³ Dit heeft de slagkracht van overheidsinstanties om daadwerkelijk orde te creëren in de informatiehuishouding verminderd. Deze tekortkomingen zullen met alwéér een nieuwe wet, die de administratieve lasten naar verwachting niet zal reduceren, niet verdwijnen. Pas wanneer voldoende tijd, energie én geld wordt ingezet om overheidsinformatie intern beter te ontsluiten, kan de informatiehuishouding daadwerkelijk worden verbeterd.

Ten derde: afgezien van de verbetering van informatiesystemen kan worden betoogd dat de prioriteit niet moet uitgaan naar het opstellen van nieuwe wetgeving, maar naar het verbeteren van de werking van de huidige informatiewetten, zowel afzonderlijk als in hun onderlinge samenhang. Want daar valt nog een wereld te winnen.

Neem de AVG. De normen uit deze verordening zijn, met het oog op technologische ontwikkelingen en vanwege het feit dat zij op zowel de publieke als private sector van toepassing zijn, welbewust open geformuleerd. Maar in de praktijk leidt dit, mede door de opstelling van de Autoriteit Persoonsgegevens, al jaren tot problemen.³⁴ Verwerkingsverantwoordelijke bestuursorganen ervaren hierdoor de nodige rechtsonzekerheid over de toepassing van de AVG. Dat leidt, zoals de preadviseurs ook aangeven, tot grote terughoudendheid in het delen van persoonsgegevens. Bezien tegen deze achtergrond zou, veel meer dan nu, het gesprek moeten worden gevoerd over de wijze waarop open normen uit de AVG eenduidig geconcretiseerd moeten worden. Zou dit moeten plaatsvinden in een zelfreguleringsinstrument zoals de gedragscode, of moet de wetgever, zoals de Algemene Rekenkamer recent stelde, bij de behandeling van wetsvoorstellen structureel oog hebben voor de benodigde verwerking van persoonsgegevens?³⁵

Een ander voorbeeld is de verhouding tussen de Archiefwet en de Woo. Openbaarheid van overheidsinformatie en archivering zijn in wezen twee kanten van dezelfde medaille: als archivering niet op de juiste manier plaatsvindt, kan de gevraagde informatie niet worden opgehaald en geopenbaard. Het verbaast dan ook niet dat al eerder is voorgesteld om de Archiefwet te integreren in openbaarheidswetgeving, zoals in het voorontwerp voor een Algemene wet overheidsinformatie, dat in 2006 door Van der Meulen in opdracht van het ministerie van BZK is opgesteld.³⁶ De brede doelstelling hiervan leidde tot grote kritiek, deels omdat zij zou afleiden van het belang van openbaarheid, waarna het voorontwerp

31 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 118.

32 Zuurmond, Lokin & Mulder 2023, p. 118.

33 Ongevraagd advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78, par. 3.4, p. 34.

34 Zie hierover onder meer: Winter e.a., *Bescherming gegevens? Evaluatie UAVG, meldplicht datalekken en de boetebevoegdheid*, Den Haag: WODC 2022, p. 92; P. Hustinx, ‘Onafhankelijk toezicht en publieke verantwoording – de AP ‘revisited’’, *NJB* 2023 (te verschijnen).

35 Algemene Rekenkamer, *Omgang met de AVG in relatie tot uitvoering overheidstaken*, 30 maart 2023.

36 B.M.J. van der Meulen, *Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie*. Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2006.

zonder al te veel toelichting in de bestuurlijke lade verdween.³⁷ Recent werd deze discussie nieuw leven ingeblazen. Zo heeft Drahmman in haar VAR-preadvies een lans gebroken voor de integratie van de Archiefwet in de Woo.³⁸ Daar is zeker wat voor te zeggen, temeer nu de Woo, meer dan de Wob voorheen, in verbinding staat met de Archiefwet.³⁹ Daalder, die dit preadvies heeft gerecenseerd, is daarentegen sceptisch over deze integratie, aangezien archiveren en openbaar maken twee verschillende zaken zouden zijn.⁴⁰ Maar een levendig debat over de voor- en nadelen van een dergelijke integratie ontbreekt. Nu het parlement zich moet buigen over de modernisering van de Archiefwet, die dateert uit 1995, is het wat ons betreft bij uitstek het moment om hierover na te denken.

6. Afsluiting

Met hun preadvies leveren Zuurmond, Lokin en Mulder een belangrijke bijdrage aan het debat over de juridische verankering van de noodzakelijke stappen om de informatiehuishouding van de overheid op orde te krijgen. Of deze verankering inderdaad vorm moet krijgen via een Algemene informatiewet, zoals door hen bepleit, is voor discussie vatbaar. Maar voor het prikkelen van de discussie is een preadvies juist bedoeld. Daar zijn de preadviseurs wat ons betreft uitstekend in geslaagd. Daarbij geven we als afsluiting mee dat de invulling van de informatiele zorgplicht om veel meer vraagt dan het verbeteren van het juridisch instrumentarium gericht op de informatiehuishouding van de overheid. Een responsieve overheid, zo stellen de preadviseurs, *“beschikt over informatie om mensen te helpen en zet die ook daarvoor in, zorgt dat ze erop kunnen vertrouwen dat ze krijgen waar ze recht op hebben, en laat zich tegelijkertijd niet voor de gek houden. Bovendien stelt een responsieve overheid mensen in staat om zich geïnformeerd – al dan niet door tussenkomst van de media – een mening te vormen over beleidsvorming en te participeren in besluitvorming”*. Wij hopen dat de discussie over het juridisch instrumentarium om deze opgave te realiseren scherp voor ogen houdt dat het ook om *houding en kennis* bij het benutten van dit instrumentarium gaat. Kortom, de noodzakelijke houding die beleid, uitvoering maar ook toezichthoudende instanties hebben in te nemen in het dienstbaar laten zijn van de wettelijke regels aan het belang van burgers. Wezenlijk is ook dat breed binnen de overheid (beleid, uitvoering, toezicht) geïnvesteerd wordt in voldoende vakkennis, uitvoeringskennis en ervaringskennis om de bestaande informatiewetten – indachtig, als het ervan komt, de Algemene informatiewet – niet alleen te interpreteren en toe te passen, maar

vooral ook met elkaar in verband te kunnen brengen. Cruciaal is ten slotte dat de overheid werk maakt van een veel meer integrale benadering, zowel in de aanpak van de informatiehuishouding zelf als de interpretatie en toepassing van de wettelijke kaders die daarvoor gelden.

37 *Handelingen II* 2008/09, 27 november 2008, 30-2561 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 14.

38 A. Drahmman, 'Transparantie en openbaarheid', in: *Transparantie en openbaarheid. Preadviezen* (VAR-reeks 168), Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 90.

39 Zo is in art. 2.4 van de Woo een algemene zorgplicht opgenomen voor de *“goede, geordende en toegankelijke staat”* van documenten. Daarmee is aansluiting gezocht bij art. 3 van de Archiefwet.

40 E.J. Daalder, 'De Wet open overheid als tussenstap? Bespreking van het preadvies van A. Drahmman voor de VAR 2022', *NTB* 2020/143.

Zorgen over zorgplichten in het omgevingsrecht

NTB 2023/129

1. Inleiding

Het preadvies voor de VAR in 2023 van de hand van Anna Collignon gaat over zorgplichten in het omgevingsrecht en belooft in de ondertitel 'het ontrafelen van een duizenddingendoekje en een aanzet naar een rechtszekerder gebruik'. Aan de hand van twee eenvoudig ogende onderzoeksvragen (Wat is een zorgplicht binnen het omgevingsrecht? Hoe kan deze het beste worden toegepast?) is het preadvies structuur meegegeven. Ontrafelen is een activiteit waarin een jurist als Collignon uitblinkt. Na een rijke beschouwing van de in het verleden geopperde definities van zorgplichten in hoofdstuk 2 van het preadvies, bespreekt Collignon in hoofdstuk 3 de functies die de regelgever als ratio voor invoering van een zorgplicht kan overwegen, om te achterhalen met welk doel deze door de regelgever kunnen worden ingezet en in welke situaties. Vervolgens verlegt Collignon haar aandacht naar de daadwerkelijke zorgplichtachtige bepalingen in het huidige omgevingsrecht (hoofdstuk 4) en naar de regeling die vanaf 1 januari 2024 in werking zal treden met de komst van de Omgevingswet (hoofdstuk 5). In hoofdstuk 6 komt Collignon tot haar aanbevelingen, inclusief een voorzichtige en beperkte aanzet tot een rechtszekerder gebruik.

Wij bespreken in het onderstaande achtereenvolgens de ontrafelingsexercitie van Collignon die is gericht op de definitie en de functies van de zorgplicht en bespreken ook de rol van zowel de als zorgplichten aangeduide normen in het huidige omgevingsrecht als die in het toekomstige recht. Vervolgens wijzen we kort op de verhouding tussen de omgevingsrechtelijke zorgplichten en privaatrechtelijke normering, hoewel Collignon daar in haar preadvies slechts zijdelings op ingaat, alvorens we afsluiten met onze waardering van de bevindingen van Collignon.

2. Zorgplichten: definitie en functies

Zoals hiervoor aangegeven, besteedt Collignon in de hoofdstukken 2 en 3 veel aandacht aan definities van zorgplichten volgens de huidige inzichten, aan daarmee na te streven doelen en aan situaties waarin zorgplichten kunnen worden ingezet. Daarbij bespreekt het preadvies op heldere wijze een aantal eerdere publicaties van werkgroepen en de daarin opgenomen definities, functies en aanbevelingen. Het preadvies bestrijkt aldus enige decennia van theorievorming over zorgplichten. De conclusie is dat door een ruime definitie menig omgevingsrechtelijke bepaling kan

worden geduid als zorgplicht en dat in de toelichting bij dergelijke bepalingen door de regelgever bovendien weinig aandacht wordt geschonken aan de precieze functie die wordt nagestreefd met de introductie van de zorgplicht. Hoe komt Collignon tot die constatering?

2.1 Schoorvoetend een bekende definitie omarmen

Collignon stelt vast dat er geen echt eenduidige definitie van zorgplichten is. Enerzijds kan zij zich erin vinden dat het achterliggende doel van een zorgplicht en de toepassing van het daaraan ten grondslag liggende gedachtegoed uiteindelijk een belangrijkere invloed hebben op wetgevings- of beleidsinitiatieven dan een definitie. Anderzijds meent zij, naar ons idee terecht, dat een definitie van belang is. Zij beoogt mede aan de hand van een definitie vooruit te kijken en met nadere aanbevelingen te komen, onder meer om te bezien of het doel van zorgplichtbepalingen wordt bereikt of dat dit op een andere wijze kan met meer rechtszekerheid voor de normadressaten. Collignon kan zich het beste vinden in de veelgebruikte definitie van de 'Werkgroep Zijlstra'.² Deze kwam tot de volgende definitie: Een gedragsnorm, (1) die zich niet uitsluitend tot de overheid richt, (2) die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, (3) die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadessaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan, en (4) waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven.

De meeste aandacht gaat in het preadvies uit naar twee elementen van de definitie. Zo is het de vraag van Collignon of veel van de bepalingen die worden beschouwd als zorgplicht, wel voldoen aan het in de definitie opgenomen vereiste dat de plicht ziet op het *betrachten van zorg* voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang. Zij meent dat in de toepassing van de in haar preadvies gehanteerde – en in beginsel door haar als juist beschouwde – definitie te weinig aandacht is voor dit element. Daarnaast ziet het preadvies ook op de vraag of de plicht voor de normadessaat inderdaad wel zodanig algemeen is geformuleerd dat daadwerkelijk keuze bestaat uit *gedragsalternatieven* om aan de plicht te voldoen.

Een zorgplicht ingevolge de definitie is een verplichting om zorg te betrachten. Wij lezen vervolgens dat Collignon meent dat zorg betrachten steeds moet worden gezien als een uitdrukking van een inspanningsverplichting, zodat in haar perspectief de definitie uitsluit dat een zorgplicht een resultaatsverplichting is. Het blijkt evenwel dat de thans als zorgplichten aangeduide bepalingen in het omgevingsrecht vaak zijn vormgegeven als een gebod of verbod om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten. Volgens

1 Prof. mr. K.J. (Kars) de Graaf en prof. mr. G.A. (Gerrit) van der Veen zijn respectievelijk als hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid en hoogleraar Milieurecht verbonden aan Vakgroep Staatsrecht, Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Laatstgenoemde is tevens advocaat en partner bij AKD Advocaten en Notarissen te Rotterdam.

2 Werkgroep Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2004, p. 6. Bijlage bij *Kamerstukken II 2003/04, 29279*, 14.

Collignon is er in die gevallen geen sprake van een inspanningsverplichting, maar van een resultaatsverplichting. Dan is dus volgens haar eigenlijk geen sprake van een zorgplicht en wordt deze term ten onrechte gebruikt. In het preadvies stelt Collignon de vraag wat de consequentie van het onterechte gebruik van de term zorgplicht is. Omdat ze schoorvoetend de invulling van het begrip zorgplicht van de Werkgroep Zijlstra omarmt, accepteert Collignon blijkbaar toch dat de zorgplicht ook de vorm kan hebben van een op resultaat gericht doelvoorschrift. Gelet op de overwegingen van Collignon zou er – zo begrijpen wij – daarnaast plaats zijn voor een debat over nut, noodzaak en eventuele introductie van (echte) zorgplichten in het omgevingsrecht die volgens haar beter overeenkomen met de door haar voorgestane interpretatie van de door de Werkgroep Zijlstra gehanteerde definitie: zorgplichten die van de normadressaat enkel eisen dat zorg wordt betracht voor een door de wetgever open geformuleerd belang en daartoe (enkel) inspanningen verlangt.

Ten aanzien van het element in de definitie dat er gedragsalternatieven moeten bestaan om aan de zorgplicht te voldoen, constateert Collignon – met Struiksma & Neerhof³ – dat die er vaak helemaal niet zijn. De ratio van de definitie van de Werkgroep Zijlstra is dat de normadressaat op verschillende, zelf te kiezen manieren aan de norm kan voldoen, en dus gedragsalternatieven heeft. Anders dan Struiksma & Neerhof meent Collignon dat het ontbreken van gedragsalternatieven met name komt omdat doorgaans geen gedrag (het betrachten van zorg voor een bepaald belang) wordt voorgeschreven, maar een te behalen resultaat via een gebod of verbod. Het verschil tussen een zorgplicht en een doelvoorschrift is dan volgens Collignon moeilijk te maken. Bepleit is in dat verband wel dat een doelvoorschrift een zorgplicht met een concreter, meetbaar doel is. Een zorgplicht zou dan het doel (moeten) omschrijven als een bepaald maatschappelijk belang.⁴ Dat onderscheid komt Collignon gekunsteld voor, met name omdat het doel in sommige als zorgplicht aangeduide voorschriften (zoals art. 13 Wbb) tot een concreet en meetbaar doel verplichten. Zij ziet daarom tussen doelvoorschriften en zorgplichten weinig verschil. Wij vinden dat niet heel opmerkelijk. Omdat een zorgplicht zeker geen middelvoorschrift is, lijkt ons al snel aannemelijk dat een zorgplicht een (specifieke verschijningsvorm van een) doelvoorschrift is. Gelet op haar bespreking had Collignon wat ons betreft het punt van de aanwezigheid van gedragsalternatieven, ook als blijkbaar niet onderscheidend element van de definitie, terzijde kunnen schuiven.

Wij vermoeden dat Collignon de definitie van de Werkgroep Zijlstra ook heeft omarmd om bepalingen die in het omgevingsrecht doorgaans als zorgplichten worden geduid in

haar preadvies te kunnen betrekken. Volgens Collignon is een 'echte' zorgplicht echter een inspanningsverplichting gericht op het betrachten van zorg voor een door de regelgever algemeen geformuleerd maatschappelijk belang. Onder meer die constatering leidt Collignon tot (het eerste deel van) haar stelling 1: "Het omgevingsrecht kent geen zorgplichten maar wel vangnetbepalingen met open normen." Het tweede deel van deze stelling ziet op de (huidige) functie van de zorgplicht in het omgevingsrecht.

2.2 *Veel functies, weinig aandacht van regelgever*

Er is in de afgelopen decennia veel nagedacht en geschreven over de mogelijke functies van zorgplichten en dus over redenen voor de regelgever om te kiezen voor een zorgplicht. Juridisch relatief eenvoudig zou het zijn als de zorgplicht enkel een symboolfunctie zou hebben om de eigen verantwoordelijkheid van burgers te benadrukken (bewustwording). In haar analyse stuit Collignon natuurlijk ook op de paraplu-, vangnet-, signalerings-, derogerende en preventieve functies van een zorgplicht. Daarnaast zou een zorgplicht ingezet kunnen worden voor deregulering (als vervanging van gedetailleerde normen), zelfregulering (invulling door de sector zelf) en voor het bevorderen van duurzaamheid van regels (bestendigheid van de normstelling). Collignon sluit haar bespreking van de in de beleidstheorie naar voren geschoven functies tamelijk vriendelijk af met de constatering dat de functies en mogelijkheden van inzet van zorgplichten wel steeds verder verkend zijn in de literatuur en door adviescommissies, maar dat er door de wetgever geen keuze is gemaakt, bijvoorbeeld voor het (enkel) inzetten van zorgplichten als inspanningsverplichting. Doorgaans wordt volgens Collignon door de wetgever in de toelichting bij de introductie van een als zorgplicht aangeduide bepaling te weinig aandacht besteed aan de daarmee nagestreefde functies.

3. **Van huidig omgevingsrecht naar de Omgevingswet**

Het preadvies van Collignon kent in de hoofdstukken 4 en 5 een degelijke analyse van enerzijds een selectie van bepalingen die onder het huidige omgevingsrecht worden beschouwd als zorgplicht en anderzijds een inzichtelijke bespreking van de zorgplichten in en onder de toekomstige Omgevingswet.

3.1 *Huidige zorgplichten*

Als een van de bekendste zorgplichtbepalingen in het omgevingsrecht, bespreekt Collignon art. 1.1a Wet milieubeheer (Wm), dat een codificatie is van ieders eigen verantwoordelijkheid voor een schoon milieu en dat dienst zou moeten doen als vangnet in situaties die niet onder specifieke voorschriften vallen. Die toegedachte functie heeft in de jurisprudentie haar uitwerking niet gemist. Beschikt de normadressaat bijvoorbeeld over een omgevingsvergunning milieu, dan kan overtreding van de algemene zorgplicht enkel aan de orde zijn in gevallen waarin ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden,

3 J. Struiksma & A.R. Neerhof, 'Weinig kans voor zorgplichten in bestuurlijke wetgeving', in C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011.

4 M.V.C. Aalders e.a., *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer: meer dan een symbool*, ECWM 2001/1.

terwijl de Wet milieubeheer of bijbehorende regelgeving er niet op andere wijze in voorziet om die gevolgen te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken. Wil de overheid een hoger niveau van milieubescherming afdwingen, dan moet de vergunning worden aangepast.⁵ Handhaving van voorschriften die op grond van de milieuwetgeving niet kunnen worden gesteld, kan niet door handhaving van de algemene zorgplicht. Een vergelijkbaar beeld ontstaat bij de bespreking van de zorgplicht in art. 2.1 Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm), gericht tot de drijver van een inrichting. Voornaamste reden voor de inzet van deze zorgplicht is bewustwording en introductie van een vangnetfunctie. Overtreding is enkel aan de orde in gevallen waarvoor het Abm geen uitputtende regeling bevat en het handelen van de drijver van de inrichting onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht. Voor menig normadressaat zal frequent onvoldoende helder zijn wanneer de zorgplicht tot actie dwingt.⁶ Het bevoegd gezag heeft dan in voorkomend geval de keuze tussen direct handhavend optreden (in “*evidente gevallen van schadelijke handelingen*”) of het – in het licht van de rechtszekerheid – verduidelijken van de zorgplicht. Verduidelijking van de invulling van de zorgplicht wordt mogelijk geacht door het stellen van een maatwerkvoorschrift (in door de regering niet nader geconcretiseerde “*specifieke situaties*”) en eventueel door het vaststellen van beleidsregels.⁷

De beide hiervoor genoemde bepalingen functioneren derhalve met name als vangnetbepaling,⁸ net als de eveneens door Collignon besproken zorgplicht in art. 9.2.1.2 Wm (over genetisch gemodificeerde organismen). Ten aanzien van art. 5 Besluit risico's zware ongevallen (Brzo), dat over zware ongevallen met gevaarlijke stoffen gaat, blijkt de regelgever vrijwel geen aandacht te hebben besteed aan de functie van die – in het verleden door de regering als zorgplicht aangeduide – bepaling. Bovendien blijkt uit de redactie van de bepalingen dat wordt gestuurd op resultaat door middel van het stellen van een gebod of verbod. In de door Collignon als juist geaccepteerde definitie van de Werkgroep Zijlstra kan een dergelijke bepaling nog altijd een zorgplicht bevatten. Collignon is het daar (eigenlijk) niet mee eens omdat er een “*zorggedragscompenent*” ontbreekt, zodat de betreffende bepalingen in de uitvoering “*eerder een doelvoorschrift zijn dan een zorgplicht*”. Geconstateerd wordt dan ook dat de wetgever de term zorgplicht niet consistent hanteert voor dezelfde bepalingen en dat in de jurisprudentie vergelijkbare zorgplichtbepalingen verschillend worden uitgelegd (art. 1.1a Wm en art. 13 Wbb). Er is dus een variëteit in de (uitleg en toepassing van) zorgplichtbepalingen.

3.2 Toekomstige zorgplichten

Op 1 januari 2024 zal de Omgevingswet in werking treden. Behoudens overgangsrechtelijke bepalingen, vervallen alle in het voorgaande besproken zorgplichten. De Omgevingswet kent in de art. 1.6 en 1.7 zorgplichten die vergelijkbaar zijn met de in art. 1.1a lid 1 en lid 2 Wm opgenomen zorgplichten. Van belang is dat de Omgevingswet een veel bredere reikwijdte heeft dan de Wet milieubeheer. Hoewel de regering in de toelichting ingaat op de functies van deze zorgplichten (bewustmaking; bieden leidraad voor gedrag; maatstaf voor beoordeling gedrag; vangnetfunctie), bouwt de toelichting niet voort op de in het verleden onderscheiden functies. Volgens Collignon moet dat nu juist wel van de wetgever worden verlangd, zodat de toelichting teleurstelt. Uiteraard valt het Collignon ook hier op dat de als zorgplichten aangeduide bepalingen zijn vormgegeven als resultaatsverplichtingen, waardoor zij naar de smaak van Collignon aan een karakteristiek element van een zorgplicht niet voldoen, namelijk dat sprake is van een inspanningsverplichting. Daarnaast zijn er bij Collignon zorgen over de rechtszekerheid bij toepassing van het nieuwe art. 1.7a Ow.⁹ Dat betreft namelijk een strafrechtelijk te handhaven (open) verbodsbepaling die weliswaar volgens de definitie van de Werkgroep Zijlstra als zorgplicht kan worden gezien, maar waarover de regering nu juist concludeert dat daarvan geen sprake is. Dat is opmerkelijk en lijkt inconsistent.

Voor een deel is onder de Omgevingswet voortzetting van de huidige praktijk beoogd, zo blijkt uit art. 1.8 Ow. Daarin lijkt de jurisprudentie gecodificeerd dat zorgplichten terugtreden indien de materie op een andere wijze is gereguleerd.¹⁰ Onder de Omgevingswet kennen we echter een (ingewikkeld) gelaagd systeem van publiekrechtelijke zorgplichten,¹¹ omdat de andere wijze van reguleren ook kan inhouden dat in een AMvB een ‘specifieke zorgplicht’ is opgenomen. Een voorbeeld biedt de in art. 2.11 Besluit activiteiten leefomgeving (Bal) opgenomen specifieke zorgplicht voor milieubelastende activiteiten. Die specifieke zorgplicht zou – anders dan onder het huidige recht – ook moeten gelden naast algemene regels en/of verleende vergunningen waarin voorschriften zijn te vinden. Daarnaast wenst de regering ook te bewerkstelligen dat ‘vanzelfsprekende’ voorschriften niet langer hoeven te worden gesteld in een vergunning en/of algemene regel. De specifieke zorgplicht zal onder het toekomstige recht, althans zo is het door de regering bedoeld, het altijd geldende fundament zijn van de normering en kunnen gelden als kapstok voor deregulering. Collignon betoogt in paragraaf 5.3.1 met verve dat zij het in het belang van rechtszekerheid gerechtvaardigd zou vinden als de Afdeling bestuursrechtspraak “*onomwonden uitsprekt dat omwille van de rechtszekerheid alleen kan worden gehandhaafd op grond van de specifieke zorgplicht*”

5 Vgl. ABRvS 1 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB0800.

6 Reden voor Collignon om (in stelling 4 en a fortiori onder de Omgevingswet) te pleiten voor ruimhartige oprekking van het (strategisch) besluitbegrip om rechtsbescherming mogelijk te maken tegen bestuurlijke rechtsoordelen.

7 Collignon bespreekt in het kader van de zorgplicht in art. 9.2.1.2 Wm een dergelijke situatie, zie ook Rb. Den Haag 27 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:740 (civielrechtelijk kort geding).

8 Alleen voor art. 13 Wbb geldt dat deze als zorgplicht aangeduide bepaling een zelfstandige, aanvullende werking heeft naast de vergunning.

9 Die bepaling vervangt ook art. 13 Wbb, dat tot op heden werd gezien als zorgplichtbepaling.

10 Zie ook *Kamerstukken II 2013/14, 33962*, nr. 4, p. 37.

11 Zie R. Bassie, ‘De zorgplicht van artikel 13 Wbb onder de Omgevingswet: is sprake van een beleidsneutrale omzetting met een gelijkwaardig beschermingsniveau?’, *Vastgoedrecht 2022/1*, p. 20 e.v.

als er sprake is van onmiskenbare strijd en als er ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden, en dat de zorgplicht in beginsel ook terugtreedt voor activiteiten die onder een vergunning vallen.” Hoewel het ons zou verbazen als de Afdeling dat zou doen, gelet op intenties van de regering, is wel helder dat een dergelijke uitspraak in het belang van de rechtszekerheid van de normadressaat zou zijn.

4. Verhouding zorgplicht tot privaatrechtelijke normering

Soms schrijven recensenten van preadviezen dat zij keuzes anders zouden hebben gemaakt, dat het jammer is dat een bepaald onderwerp onderbelicht is gebleven of (zelfs) dat zij een andere visie op een materie hebben.¹² Het eerste en het laatste doen we in ieder geval niet.

We constateren dat Collignon de aandacht richt op zorgplichten in het publiekrecht. Dat betekent dat eventuele privaatrechtelijke handhaving van (publiekrechtelijke) zorgplichten weinig in beeld komt en eventuele concurrerende privaatrechtelijke normering nog minder. Het eerste kunnen we goed volgen, het tweede vinden we jammer.

Privaatrechtelijke handhaving van publiekrechtelijke zorgplichten is geen succes gebleken, zoals Collignon terecht opmerkt. Zo bevat art. 1.1a Wm volgens de Hoge Raad geen norm die wat betreft de aansprakelijkheid (voor bijvoorbeeld saneringskosten) naast het bepaalde in art. 6:162 BW zelfstandige betekenis heeft.¹³ Uitspraken waarin de schending van een publiekrechtelijke zorgplicht aansprakelijkheid van de overtreders dichterbij brengt, zijn dan ook “vrij zeldzaam”.¹⁴ Het lijkt er niet op dat de zorgplichten in de Omgevingswet dit beeld gaan veranderen. Sterker nog, de zorgplichten in de Omgevingswet laten onverlet de uit het burgerlijk recht voortvloeiende aansprakelijkheid en ook de mogelijkheden van overheden om met gebruikmaking van het privaatrecht de naleving van rechtsregels te bevorderen.¹⁵

Waarom is het jammer dat het privaatrecht nagenoeg geheel buiten beeld blijft? We zien dat overheden en bedrijven onderwerp worden van procedures op het gebied van het omgevingsrecht en/of klimaatrecht. Daarbij spelen interessante vragen. Een vraag is bijvoorbeeld in hoeverre privaatrechtelijke zorgplichten verdergaande verplichtingen op bedrijven zouden kunnen leggen, dan verplichtingen die uit publiekrechtelijke vergunningvoorschriften voortvloeien.¹⁶ De rechtszekerheid die bedrijven aan vergunningvoorschriften denken te kunnen ontleen, en die al

door publiekrechtelijke zorgplichten beperkt zou kunnen worden, zou door verder strekkende privaatrechtelijke zorgplichten nog verder begrensd kunnen worden.

Iets vergelijkbaars valt op te merken voor de invloed van de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW.¹⁷ Zo veroordeelde de Haagse Rechtbank in de bekende Shell-zaak Royal Dutch Shell (RDS) ertoe om via het concernbeleid een grote reductie van CO₂-emissies van de Shell-groep, haar toeleveranciers en afnemers te bewerkstelligen.¹⁸ Collignon haalt die zaak kort aan: “Hoewel er kritisch wordt gekeken naar deze uitspraak en het hoger beroep op dit moment nog loopt, is er met de huidige uitleg sprake van een indirecte horizontale werking van mensenrechten waardoor weer een te betrachten zorgvuldigheid bij niet uitsluitend de overheid wordt gelegd. Deze ontwikkeling lijkt me onafwendbaar. Maar ook in dat geval gaat het om het leerstuk van de (invulling van de) maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, dat zich onderscheidt van de (publiekrechtelijke) zorgplicht.”¹⁹ Waar het ons om zou gaan, is dat het vragen oproept naar de verhouding tussen de publiekrechtelijke regulering, inclusief de zorgplicht, en de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Mocht het vonnis in hoger beroep standhouden, dan zal waarschijnlijk ook het daarin vervatte oordeel standhouden dat alle bedrijven – naast de gebondenheid aan misschien minder verstrekkende publiekrechtelijke normering – gehouden zijn tot een grote reductie van CO₂-emissies in de aanloop naar 2030. We hopen dat Collignon in aanvulling op haar mooie preadvies bij de bespreking op de VAR-jaarvergadering toch nog kort wil reflecteren op de privaatrechtelijke normering en de mogelijke wisselwerking of interferentie met publiekrechtelijke zorgplichten.

5. Zorgen over de toekomst van de omgevingsrechtelijke zorgplicht?

In het vrij korte slothoofdstuk 6 is onder meer een aantal aanbevelingen te vinden ter beperking van de ongebreidelde inzet van zorgplichten. Collignon meent dat “een heroverweging bij de toepassing van zorgplichten benodigd is. Daarbij moet ten eerste aan de orde komen of zorgplichtbepalingen een resultaats- of inspanningsverplichting moeten hebben – in mijn optiek een inspanningsverplichting. Vervolgens moet precies worden gekeken naar de beoogde functies, en of er bij toepassing wel wordt voldaan aan de indicatoren. Deze discussie zal een opmaat bieden voor een andere invulling van de zorgplichten die ook meer recht doet aan de vereisten van rechtszekerheid en legaliteit”. Zij vervolgt: “Ook kan een fundamentele en doordachte keuze voor bepaalde functies en meer oog voor de rechtszekerheid ervoor zorgen dat een bredere toepassing van nader vormgegeven zorgplichten ook in de jurisprudentie standhoudt. En de toepassing niet

12 Zie als voorbeeld van het laatste E.J. Dommering, ‘Naar een algemeen transparantiebeginsel?’, *NTB* 2022/141, en de reactie daarop van preadviseur A.W.G.J. Buijze in *NTB* 2022/142.

13 HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0341, AB 2004/41, m.nt. G.A. van der Veen, *NJ* 2004/292, m.nt. C.J.H. Brunner (*Wateringen*).

14 E. Brans & K. Winterink, ‘Bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk kostenverhaal bij asbestbranden. Wat is de stand van zaken?’, *O&A* 2016/76.

15 *Kamerstukken II* 2013/14, 33962, nr. 3, p. 395.

16 Vgl. Rb. Rotterdam 21 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7944.

17 In een door Collignon aangehaald vonnis van Rb. Oost-Brabant 27 januari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:361 wordt de zorgplicht aangehaald als bepaling waarin het recht op gezondheid zou zijn beschermd.

18 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *M en R* 2021/86, m.nt. B. Arentz, AB 2022/258, m.nt. G.A. van der Veen (*Milieudefensie/Shell*).

19 Preadvies Collignon, par. 2.3.2.

*zoals tot nu toe het geval is in weerwil van de wens van de wetgever beperkt wordt door de Afdeling.*²⁰ Als onderdeel van een beschouwing moet dan verder onder meer worden ingegaan op de vraag hoe zorgplichten nader kunnen worden geconcretiseerd, zonder dat dit tot onwenselijke pseudoregelgeving leidt en onvoldoende rechtsingangen bij de bestuursrechter.

Wij begrijpen de wens te komen tot rechtszekerder gebruik van zorgplichten door heroverweging van de gewenste redactie van bepalingen waarin zorgplichten zijn neergelegd (inspannings- of ook resultaatsverplichting?) en begrijpen ook de wens om van de wetgever te verlangen heldere beschouwingen te wijden aan de functies die worden nagestreefd met de introductie van een zorgplicht. Toch hadden we de hoop dat het preadvies daar zelf nadere voorzetten voor zou geven, bijvoorbeeld met (een aanzet voor) een normatief kader waarin eisen van en/of grenzen aan rechtszekerheid en legaliteit aan bod komen. Collignon heeft veel en belangrijk werk verzet, niet alleen door de literatuur kritisch tegen het licht te houden, maar ook door (in de hoofdstukken 4 en 5) zorgplichten in het huidige en het toekomstige omgevingsrecht te bespreken. Die bespreking alleen al is een hele toer, met name omdat die een variatie aan zorgplichten aantoonde waaruit diverse kanttekeningen volgen. Dat alles leidt helaas niet tot stevige stellingname tegen één of meer concrete zorgplichtbepalingen, of tot een uniform standaardmodel dat de wetgever bij voorkeur zou moeten volgen of in de aanloop naar de Omgevingswet had moeten volgen. Overigens vragen wij ons daarbij af of de door haar gewenste meer uniforme beoordeling door de rechter van zorgplichten – gezien de variatie aan zorgplichten – wel zo reëel is.

Al met al hebben de zorgplichten in het omgevingsrecht in dit mooie preadvies vooral aandacht gekregen vanwege de nogal gevarieerde wettelijke varianten en de (soms) gevarieerde rechterlijke beoordeling van bepalingen die worden geduid als zorgplichtbepalingen. Minder oog was er voor de verdere theorievorming langs de lijn van een sturende definitie. Wellicht is het niet reëel om juist nu in de aanloop naar de Omgevingswet en de daarmee ook gepaard gaande verandering van zorgplichten al nog verdere stappen te zetten, en moeten we eerst maar eens afwachten hoe de bestuursrechter met de nieuwe zorgplichten onder de Omgevingswet omgaat. Hoe dan ook, de korte aanbevelingen aan het slot van het preadvies geven wel een mooie aanzet voor verdere toekomstige reflectie.

20 Preadvies Collignon, par. 6.3.

Een zorgvuldige invulling van de zorgplicht vraagt meer dan alleen een juridisch perspectief

NTB 2023/130

In zijn preadvies definieert Stijnen, in lijn met het rapport *Ruimte voor zorgplichten* van de interdepartementale werkgroep, de term zorgplicht als een gedragsnorm die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan en waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven. Een dergelijk ruim geformuleerde norm zal bij de gemiddelde jurist enige huiver oproepen. Hoe kan immers zeker worden gesteld dat aan een dergelijke ruime zorgplicht wordt voldaan?

Toch heeft het aantal zorgplichten in wet- en regelgeving en met name in het financieel toezichtrecht de afgelopen twee decennia een hoge vlucht genomen. Daarnaast zijn de maatschappelijke verwachtingen van ondernemingen toegenomen. Het is niet langer geaccepteerd om je achter de strikte formulering van de wettelijke normen te verschansen. De verwachting is steeds vaker dat ondernemingen verschillende belangen in hun afweging betrekken en zich daarbij bewust zijn van de rol die ze spelen in de maatschappij. Zorgplichten spelen daarbij een belangrijke rol. Daarmee staat de relevantie van het preadvies van Stijnen buiten kijf. Die brede zorgplichten roepen immers ook de nodige dilemma's op over de wijze waarop de norm wordt uitgelegd, alsmede over de verhouding met de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid.

Stijnen behandelt in zijn preadvies een groot aantal onderwerpen die verband houden met het onderwerp zorgplicht. Van een bespreking van de zorgplichten in het financiële toezichtrecht, tot de zorgplicht in het civiele recht en het strafrecht. Daarnaast gaat hij bijvoorbeeld in op de vraag hoe de normstelling van de zorgplichten zich verhoudt tot functioneel ouderschap en feitelijk leidinggeven alsook mogelijke strafuitsluitingsgronden. Het zou te ver voeren in dit commentaar in te gaan op het hele spectrum van vraagstukken dat Stijnen in zijn preadvies bespreekt. Ik beperk me daarom tot het geven van een aanvullend perspectief op twee belangrijke onderwerpen, de reikwijdte van de zorgplicht in het financieel toezichtrecht en de gevolgen van de wettelijke uitsluiting van de aansprakelijkheid van de financieel toezichthouders, voor de zorgplicht van de toezichthouder zelf.

Daarbij zal ik naast het vooral juridische perspectief van Stijnen een gedragswetenschappelijk en maatschappelijk

perspectief trachten toe te voegen. De invulling van de zorgplicht in het financieel toezichtrecht is namelijk bepaald niet statisch maar wordt beïnvloed door maatschappelijke verwachtingen. Uit de literatuur en de praktijk blijkt dat een puur juridische benadering van de zorgplicht niet langer aansluit bij maatschappelijke verwachtingen.² Dat schept verplichtingen voor de normadressaat en is, zoals Stijnen terecht opmerkt, van betekenis voor de rechtszekerheid. Het is voor de normadressaat niet altijd duidelijk of en hoe hij nu én in de toekomst aan zijn zorgplicht voldoet.

Stijnen bespreekt in zijn preadvies uitgebreid de zorgplichten uit het financiële toezichtrecht. Deze zorgplichten uit de Wet op het financieel toezicht (Wft) zien onder meer op de verplichting voor financiële instellingen om de klant van voldoende informatie te voorzien om een weloverwogen keuze te maken bij het kopen van een financieel product, daarbij moet de financiële instelling voldoende kennis hebben over de klant, de kennis van de klant over het product en zijn financiële positie. Een financiële instelling is ook verplicht om de klant te waarschuwen in het geval een product niet passend is. De in dit kader meest opvallende wettelijke bepaling is de zogeheten algemene zorgplicht. In artikel 4:24a van de Wft is sinds 2014 opgenomen dat een financieel dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht neemt. Daarnaast stelt het tweede lid van het artikel dat een financieel dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde. Maar wat zijn nu precies die gerechtvaardigde belangen van de consument? En hoe neemt een financieel dienstverlener die op een zorgvuldige wijze in acht? En wanneer handel je daadwerkelijk in het belang van de consument? Het moge duidelijk zijn dat die vraag op voorhand niet eenvoudig te beantwoorden is.

We hebben in het financieel toezichtrecht gezien dat de mening over de geschiktheid van een product na verloop van tijd volledig kan veranderen. Een veelzeggend voorbeeld in dit kader is de beleggingsverzekering. Een product dat in de jaren '90 van de vorige eeuw en in de jaren '00 van deze eeuw op grote schaal werd verkocht door verzekeraars. Klanten sloten een beleggingsverzekering af om aan toekomstige verplichtingen in het kader van hun hypotheek te kunnen voldoen of om pensioen op te bouwen. Uiteindelijk werden in Nederland ruim zeven miljoen polissen voor beleggingsverzekeringen verkocht. Doordat klanten veel kosten betaalden en maar een klein deel van de premie daadwerkelijk

¹ Prof. mr. dr. F. (Femke) de Vries is bijzonder hoogleraar toezicht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

² Zie bijvoorbeeld voor een uitgebreide beschouwing over de betekenis van de zorgplicht in het financieel toezichtrecht en het klantbelang: K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht*, diss. Amsterdam, 2016.

werd belegd en doordat de beleggingsresultaten tegenvielen, bleek het product voor veel mensen uiteindelijk niet te doen wat was beloofd. De beleggingsverzekering bracht niet voldoende op om bijvoorbeeld de hypotheek af te lossen, de studie van de kinderen te betalen of het levensonderhoud na pensioendatum te financieren. De in de jaren '90 en '00 nog volledig geaccepteerde beleggingsverzekering werd omgedoopt tot woekerpolis en nog altijd worstelen consumenten en verzekeraars met de afwikkeling van de door het product ontstane (reputatie)schade. Zo zijn er legio voorbeelden van financiële producten waar door veranderende maatschappelijke verwachtingen een aantal jaar na de grootschalige verkoop ervan, geheel anders tegenaan wordt gekeken.³

De grootschalige verkoop van producten die niet bleken te doen wat was beloofd, was één van de redenen voor het invoeren van een algemene zorgplicht. De wetgever kan immers niet vooraf bedenken welke producten die worden ontwikkeld mogelijk niet aansluiten bij het belang van de klant. De verantwoordelijkheid voor het centraal stellen van het belang van de klant ligt bij financiële instellingen zelf. Zij kennen de kenmerken van het product en zij kunnen beoordelen of het product ook onder veranderende omstandigheden goed is voor de klant.

Bij de invoering van de algemene zorgplicht was veel discussie over de verhouding van de ruim geformuleerde bepaling tot bijvoorbeeld de rechtszekerheid. Om enig tegenwicht te bieden aan de zorg dat financiële instellingen zouden worden geconfronteerd met handhaving op basis van een onverwachte interpretatie van de zorgplicht door de toezichthouder, is in het derde lid van het artikel bepaald dat de AFM slechts een sanctie mag opleggen bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financieel dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden. De lat voor handhaving ligt dus hoog.

Dat neemt niet weg dat met artikel 4:24a een ruim geformuleerde zorgplicht in het leven is geroepen. Stijnen stelt aan het begin van zijn preadvies terecht dat een belangrijke vraag is hoe zorgplichten zich verhouden tot rechtszekerheid. Stijnen stelt hiermee een belangrijk thema aan de orde. Hij doet dat in zijn preadvies met name vanuit het juridisch perspectief. Zo bespreekt hij een aantal gerechtelijke uitspraken waaruit blijkt onder welke omstandigheden er handhavend kan worden opgetreden in het geval een zorgplicht is overtreden. Deze uitspraken geven enige richting voor de invulling van de open normen door financiële ondernemingen maar de praktijk leert dat de verwachtingen van de maatschappij en de toezichthouder in beweging zijn. Broekhuizen stelt in dat kader dat hoewel de

begrippen klantbelang, belangenconflict en zorgplicht een centrale plaats innemen in het financieel toezichtrecht, er geen (volledige) duidelijkheid lijkt te bestaan over hun juridische betekenis.⁴

Stijnen kwalificeert de algemene zorgplicht als een inspanningsverplichting. Een belangrijke vraag daarbij is echter wat nodig is om aan die inspanningsverplichting te voldoen. Stijnen geeft in zijn preadvies geen antwoord op die vraag. Toch is juist deze vraag relevant nu de maatschappelijke verwachtingen over de zorgplicht voortdurend in beweging zijn. Wanneer we inzoomen op de zorgplichten in het financieel toezichtrecht, wordt duidelijk dat het nakomen van die zorgplichten niet een puur juridische exercitie is. Broekhuizen stelt dat het voor hem geen twijfel laat dat zorgvuldig handelen impliceert dat geen gebruik wordt gemaakt van de beperkte rationaliteit van de klant voor zover zulks ten nadele van de klant strekt. Broekhuizen breekt daarmee nadrukkelijk een lans voor het betrekken van gedragswetenschappelijke inzichten in de invulling van de zorgplicht door financiële ondernemingen. De inspanningsverplichting die Stijnen noemt, houdt dus in dat je verder kijkt dan je juridische neus lang is en je ook verdient in de wijze waarop consumenten beslissingen nemen.

Sinds de publicatie van het Nobelprijswinnende werk van psycholoog en econoom Daniel Kahneman en zijn collega Tversky is breed bekend dat menselijk gedrag niet altijd rationeel is.⁵ De werkelijkheid is zo complex geworden dat ons brein afslagen neemt om de wereld overzichtelijk te maken. Die afslagen nemen we met behulp van biases of denkvoorkeuren. Daar maken bedrijven, overigens zeker niet alleen in de financiële sector, dankbaar gebruik van door het gedrag van consumenten te beïnvloeden. Wie bijvoorbeeld online een zorgverzekering afsluit zal ze herkennen. Consumenten zijn bijvoorbeeld geneigd de middelste optie van drie keuzes te kiezen. Zeker als daarbij de tekst 'meest gekozen' prominent in beeld is. De vakantiesite Booking.com maakt het nog bonter om de consument aan te zetten zo snel mogelijk te boeken met teksten als '*nog 10 anderen kijken op dit moment naar dit hotel*' en '*er is nog maar een kamer over voor deze prijs*'. Zo zijn er legio voorbeelden van zogeheten 'nudges' waarmee we als consument ongemerkt in een bepaalde richting worden geduwd.⁶

Toezichthouder AFM onderkende al in een vroeg stadium dat de vraag of daadwerkelijk in het belang van de klant wordt gehandeld en of daarmee aan de wettelijke zorgplicht wordt voldaan, mede afhankelijk is van de vraag of geen misbruik wordt gemaakt van de 'beperkte rationaliteit' van de klant. Overigens koos de AFM ervoor om uitgebreide 'guidance' te geven over wat zij van de financiële sector verwacht waar

3 Andere voorbeelden zijn de verkoop van betalingsbeschermers: producten die de eigenaar claimden te beschermen tegen het niet langer kunnen betalen van de hypotheek bij werkloosheid of ziekte maar in de praktijk vooral lucratief waren voor verzekeraars en tussenpersonen. Een tweede voorbeeld in dit rijtje zijn de rentederivaten die op grote schaal werden verkocht aan MKB-ers. Zie voor een korte beschouwing verderop in deze bijdrage.

4 Broekhuizen, diss 2016, p. PM.

5 D. Kahneman & A. Tversky, *Thinking fast and slow*, (2013).

6 Booking.com paste overigens zijn website aan onder druk van de Europese toezichthouders, waaronder de Nederlandse ACM. Booking past website aan na optreden van de Europese consumententoezichthouders | ACM.nl.

het gaat om het betrekken van de gedragsinzichten bij de ontwikkeling en de verkoop van financiële producten.

Dat perspectief komt ook terug in de in 2020 uitgevoerde evaluatie van het Kifid. De onderzoekers stellen dat waar het gaat om de beoordeling van klachten het Kifid zijn toets aan het juridisch kader breed zou moeten opvatten. Daarbij zou overwogen kunnen worden dat het Kifid stevast na gaat of de klagende consument zorgvuldig door de financiële dienstverlener is behandeld. Anders gezegd: of de financiële dienstverlener aan de op hem rustende zorgplicht jegens de consument heeft voldaan, ook als de consument die vraag niet expliciet aan zijn klacht ten grondslag heeft gelegd.⁷ In de evaluatie wordt gepleit voor het door het Kifid in haar beoordeling betrekken van gedragswetenschappelijke inzichten ten aanzien van consumenten. De onderzoekers wijzen erop dat in de context van financiële dienstverlening van die gedragsinzichten zowel ten gunste als ten nadele van consumenten gebruik kan worden gemaakt. Zo is in het verleden door aanbieders van consumptief krediet regelmatig gebruikgemaakt van zogeheten 'nudges' om consumenten te verleiden om een hoger bedrag te lenen. Op websites voor het aanvragen van een lening werd bijvoorbeeld gebruikgemaakt van vooringevulde bedragen. Vanuit de gedragswetenschap is bekend dat deze 'anchoring' ervoor zorgt dat mensen dichtbij het al genoemde bedrag blijven. Hiermee werd misbruik gemaakt van wat psychologen de 'beperkte rationaliteit' van de consument noemen, in het voordeel van de consumptief kredietverstrekker.⁸ Broekhuizen stelt terecht dat *'zorgvuldig handelen impliceert dat geen gebruik wordt gemaakt van de beperkte rationaliteit van de klant voor zover zulks ten nadele van de klant strekt'*.⁹ De evaluatoren van het Kifid komen daarom tot de conclusie dat de beoordeling van klachten van consumenten meer vraagt dan alleen juridische expertise en bevelen aan om het Kifid te versterken met aanvullende expertise met betrekking tot consumentengedrag.¹⁰

Broekhuizen gaat overigens in zijn proefschrift nog een stap verder. De kennis over menselijk gedrag biedt ook kansen om consumenten te helpen de juiste keuze te maken. Hij wijst erop dat het op dit moment niet zo is dat de algemene zorgplichten in de Wft betekenen *'dat financiële ondernemingen hun klanten met inachtneming van beschikbare inzichten uit de gedragswetenschappen steeds 'de goede kant' moeten opsturen (nudgen), of dat anderszins van hen verwacht zou kunnen worden dat zij allerlei gedragswetenschappelijke inzichten gaan toepassen'*.¹¹ Hier ligt volgens hem een taak voor regelgevers (daaronder begrepen (Europese) toezichthouders). Zij zullen in dit verband de richting moeten

aangeven. Ik vermoed dat deze verdere uitbreiding van de zorgplicht bij Stijnen niet direct op instemmend geknik kan rekenen. Daarbij kan inderdaad wel de vraag worden gesteld of altijd voldoende kan worden bepaald wat de 'juiste' keuze voor de klant is en daarmee of financiële ondernemingen voldoende in staat zouden zijn om aan een dergelijke uitgebreide zorgplicht invulling te geven.

Dat bij het uitleggen van de reikwijdte van zorgplichten rekening moet worden gehouden met wat bekend is over het gedrag van consumenten staat mijns inziens buiten kijf. Uit de praktijk van de AFM kan nog een tweede interessante aanvulling op de meer juridische interpretatie van zorgplichten van Stijnen worden afgeleid.

De AFM wijst er al enige jaren op dat de vraag of gehandeld wordt in het belang van de klant niet alleen kan worden beantwoord op basis van de omstandigheden op het moment van de verkoop van het product. In het verleden zijn verschillende soorten producten verkocht waarvan achteraf bleek dat ze door veranderende economische omstandigheden niet geschikt waren voor de klant. Een voorbeeld daarvan is de verkoop van rentederivaten die ook door Stijnen wordt genoemd. In de jaren 2007 en 2008 werden door banken op grote schaal complexe financiële producten, de zogenaamde rentederivaten verkocht aan het midden- en kleinbedrijf. Deze producten waren bedoeld om de klant te beschermen tegen een stijgende rente. Zo sloten boeren die een nieuwe stal wilden bouwen een lening af met een variabele rente en daaraan gekoppeld een rentederivaat dat beschermd tegen het stijgen van de rente. De economische wind waaide echter in de jaren daarna uit een heel andere hoek. De rente steeg niet maar daalde. Door de kenmerken van het product moesten klanten met een rentederivaat plotseling onderpand storten bij de bank of werden ze geconfronteerd met een schuld doordat het derivaat in waarde daalde. Deze situatie leidde ertoe dat veel kleine ondernemers in financiële problemen kwamen en een aantal van hen zelfs in bijzonder beheer. Het is duidelijk dat het zorgvuldig behandelen van de klant niet alleen een beoordeling van de geschiktheid van het product vraagt op het moment van verkoop maar ook vraagt dat de financiële instelling zich verdiept in de vraag of het product onder andere omstandigheden in de toekomst nog geschikt is. Die omstandigheden kunnen zowel de economische ontwikkelingen als de persoonlijke ontwikkelingen van de klant betreffen. De financiële instelling moet dus een vooruitblikkende houding hebben waar het gaat om de invulling van de zorgplicht.

In de zogenoemde KNVB-criteria gaat de AFM uitgebreid in op de eisen die volgens haar in het kader van zo'n vooruitblikkende houding aan de beoordeling van het klantbelang door financiële instellingen en daarmee aan de zorgplicht moeten worden gesteld.¹² De AFM onderscheidt vier criteria om te beoordelen in welke mate een product het belang van de klant centraal stelt: kostenefficiëntie, nut, veiligheid

7 N. Verheuvél, W. Rougoor, F. de Vries & K. Broekhuizen, *Evaluatie van het Kifid*, 27 oktober 2020, Evaluatie Kifid - SEO Economisch Onderzoek.

8 Zie voor voorbeelden ook AFM, *Leengedrag onder de loep. Een analyse van keuzegegedrag en denkrichtingen voor interventies op de consumptief kredietmarkt*, Januari 2018 en AFM & consumentengedrag. Een verkenning, Oktober 2016.

9 Broekhuizen, diss. 2016, p. 206.

10 Evaluatie van het Kifid, p. viii.

11 Broekhuizen, diss. 2016 p. 234.

12 KNVB-criteria voor bedieningsconcepten. www.afm.nl.

en begrijpelijkheid. Voor elk van deze eisen, heeft de AFM een hulpvraag geformuleerd. Bij *kostenefficiëntie* gaat het om de vraag of het product waar biedt voor zijn geld. Bij het criterium *nut* is het de vraag of het product daadwerkelijk aansluit bij de behoefte van de klant. Kortom worden de klant geen producten verkocht die geen toegevoegde waarde voor hem hebben. Het criterium *veilig* houdt in dat het product moet doen wat het belooft onder verschillende omstandigheden. Daarmee wordt bedoeld dat het product niet alleen moet 'presteren' volgens de belofte bij economische meewind, maar ook als het economische tij tegenzit. Het criterium *begrijpelijk* tot slot heeft vanzelfsprekend te maken met de vraag of de klant de kwaliteit en passendheid van het product goed kan beoordelen. Dat is met de complexiteit van veel financiële producten geen uitgemaakte zaak. Met de KNVB-criteria geeft de AFM richting aan de wijze waarop financiële ondernemingen naar hun zorgplicht zouden moeten kijken. Een belangrijke les uit deze criteria is dat de geschiktheid van het product niet alleen moet worden beoordeeld op het moment van de verkoop maar dat daarbij ook naar de toekomst moet worden gekeken. Juist bij financiële dienstverlening is het immers voor de klant niet altijd goed te overzien of het product nog aansluit bij zijn persoonlijke situatie als de omstandigheden veranderen. Een goede invulling van de zorgplicht vraagt dus niet alleen een gedragsperspectief maar ook nog een vooruitziende blik.

Wat opvalt, is dat Stijnen in zijn preadvies overwegend bezorgd lijkt over de verhouding tussen open normen en de rechtszekerheid voor de financiële onderneming. Het is echter in het kader van dit commentaar van belang ook de positieve aspecten van het gebruik van open normen zoals die van de zorgplichten te belichten. In een snel veranderende samenleving heeft een open norm voordelen voor beide partijen. Een open norm geeft de onder toezicht gestelde ruimte om daaraan op zijn eigen manier invulling te geven. Voor de wetgever geldt dat hij per definitie achterloopt op bijvoorbeeld technologische veranderingen. Het is daarom voor wetgever en normadressaat in principe efficiënt en effectief om te werken met open normen. Bovendien draagt een open norm bij aan de bescherming van de consument. Zo voorkom je bijvoorbeeld dat bij nieuwe technologische ontwikkelingen het gebruik van algoritmes om te adviseren over financiële producten, een vacuum ontstaat in de geldende wet- en regelgeving. Een open norm zoals een zorgplicht maakt volstrekt duidelijk dat onder alle (technologische) omstandigheden de instelling ervoor moet zorgen dat in het belang van de klant wordt gehandeld. Wat in de discussie over open normen nog wel eens wordt vergeten is dat een open norm ook voordelen heeft voor de onder toezicht gestelde. Zo kan een financiële instelling zelf invulling geven aan de norm op een manier die past bij zijn eigen bedrijfsvoering. Een kleine onderneming zal niet per definitie aan dezelfde eisen moeten voldoen als een grote onderneming. Het belangrijkste is dat het eindresultaat hetzelfde is:

het zorgvuldig omgaan met de belangen van de klant.¹³ Dat neemt niet weg dat het belangrijk is dat over de invulling van de norm voortdurend van gedachten wordt gewisseld tussen de toezichthouder en de onder toezichtstaande sector. Daarmee geeft de toezichthouder richting en is voor de onder toezicht gestelden duidelijk binnen welke kaders zij geacht worden invulling te geven aan de norm. Daarbij moet de toezichthouder er overigens wel voor waken dat hij de open norm niet volledig 'dichtregelt' door zijn interpretatie ervan op te leggen. Daarmee zou immers de sector geen enkele beleidsvrijheid meer hebben om de norm op zijn eigen manier in te vullen. Hiermee raken we overigens wel aan één van de paradoxen rond het gebruik van open normen die Julia Black noemt in haar lezenswaardige artikel 'Forms and paradoxes of principle based regulation'.¹⁴ Black beschrijft de zogeheten enforcement paradox. Een norm zal worden nageleefd indien de sector voelt dat de toezichthouder zo nodig bereid is om de norm te handhaven. Een te strikte handhaving zal er echter toe leiden dat de sector de norm niet op zijn eigen manier durft te interpreteren. Zoals de voormalige directeur van de Nederlandse Vereniging van Banken ooit zei over open normen: "*de toezichthouder zegt 'doe het zoals je wilt' maar de sector hoort 'doe het zoals je wilt, als je durft'.*"¹⁵ Kortom: een open norm zoals de zorgplichten in het financieel toezichtrecht vraagt enerzijds helderheid van de toezichthouder over de wijze waarop hij de norm interpreteert maar ook vrijheid van de financiële instelling om op zijn eigen wijze aan de norm te voldoen.

Een interessant aspect van het preadvies van Stijnen is dat hij laat zien dat in het financieel toezichtrecht ook een aantal meer impliciete zorgplichten is opgenomen. Zo wijst Stijnen op de verplichting van financiële ondernemingen om een beheerste en integere bedrijfsvoering te voeren en de zorgplicht die financiële instellingen hebben om te voorkomen dat het financiële stelsel wordt misbruikt voor witwassen en terrorismefinanciering. Uit de artikelen 3:10 en 4:11 van de Wft volgt onder meer dat een financiële onderneming een adequaat beleid voert dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Hieronder wordt verstaan dat wordt tegengegaan dat de financiële onderneming of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden. Daarmee is volgens Stijnen sprake van een civiele zorgplicht in een bestuursrechtelijk jas. In het verlengde van deze stelling van Stijnen is interessant dat Broekhuizen in zijn proefschrift ook schrijft dat de bescherming van het klantbelang is geborgd alle relevante bedrijfsprocessen van de desbetreffende financiële onderneming door de eisen die de wetgever stelt aan de beheerste en integere bedrijfsvoering van financiële instellingen. Hiermee wordt door zowel Stijnen

13 Zie voor een uitgebreide beschouwing van de voor- en nadelen van open normen: J. Black, 'Forms and paradoxes of principle based regulation', *LSE Legal Studies. Working Paper 13/2008*.

14 J. Black, 'Forms and paradoxes of principle based regulation', *LSE Legal Studies. Working Paper 13/2008*.

15 'AFM zoekt grenzen van haar bevoegdheid op', *FD*, 8 augustus 2012.

als Broekhuizen een interessant verband gelegd tussen de zorgplicht en de verplichting tot een beheerste en integere bedrijfsvoering.

Broekhuizen stelt daarbij overigens wel dat volgens hem aan die verplichting tot het voeren van een beheerste bedrijfsvoering door de toezichthouder niet steeds de gewenste inhoudelijke richting wordt gegeven. Broekhuizen beveelt daarom aan in de wetgeving op te nemen dat banken een cultuur dienen aan te hangen van zorgvuldigheid en prudentie.¹⁶ Daarmee zou de zorgplicht van financiële ondernemingen nog eens extra worden versterkt. Het zou interessant zijn deze gedachte nog bij de overwegingen van Stijnen te betrekken.

Aan het slot van dit commentaar wil ik nog kort ingaan op Stijns stelling over de vermeende verhouding tussen de uitsluiting van de wettelijke aansprakelijkheid voor toezichthouders en de zorgplicht die diezelfde toezichthouder heeft om zorgvuldig te handelen richting onder toezicht gestelden. Artikel 1.25d Wft bepaalt dat de financieel toezichthouders niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor hun handelen met uitzondering van situaties waarin sprake is van opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of grove schuld. Stijnen trekt in zijn preadvies fors van leer door te stellen dat de vele zorgplichten van financiële ondernemingen richting consumenten en cliënten bepaald niet lijken te corresponderen met enige zorgplicht van de toezichthouder om bij toezicht en handhaving zorgvuldig te werk te gaan. Dat is een opvallende stelling die suggereert dat de toezichthouders in de verleiding kunnen komen onzorgvuldig te handelen, doordat zij niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor hun handelen. Hier gaat Stijnen naar mijn mening te kort door de bocht. De toezichthouder is immer te allen tijde gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zijn besluiten zullen door de bestuursrechter worden getoetst en hij zal daarover verantwoording moeten afleggen. Daarnaast geldt dat verwacht mag worden dat de eigen professionele norm van toezichthouders aanzet tot zorgvuldig handelen van de toezichthouder.¹⁷ Ik ben het overigens geheel eens met Stijnen waar hij zegt dat waar zorgplichten gelden voor marktdeelnemers, ook van de handhavende overheid mag worden verwacht dat die zorgvuldig optreedt. Zijn stelling dat de vrijwel generieke uitsluiting van aansprakelijkheid van de AFM en DNB een te hoog risico oplevert voor financiële ondernemingen op wie zorgplichten rusten, is echter moeilijk te volgen. Het argument dat toezichthouders minder zorgvuldig te werk zouden gaan indien hun aansprakelijkheid wordt uitgesloten, is bij de totstandkoming van de wettelijke

uitsluiting van de aansprakelijkheid zorgvuldig gewogen en verworpen.¹⁸ Dit betekent overigens geenszins dat toezichthouders geen fouten maken of niet door de rechter in het ongelijk zouden moeten worden gesteld in individuele zaken. De stelling dat de vele zorgplichten van financiële ondernemingen bepaald niet lijken te corresponderen met enige zorgplicht van de toezichthouder om bij toezicht en handhaving zorgvuldig te werk te gaan, gaat echter te ver en doet de toezichthouders geen recht. Daarbij geldt bovendien dat een situatie waarin toezichthouders aansprakelijk kunnen worden gesteld ook nadelen heeft. Het voert te ver daarop in dit commentaar uitgebreid in te gaan maar één van de nadelen van aansprakelijkheid is dat toezichthouders door de kans dat ze aansprakelijk gesteld zullen worden, mogelijk terughoudend worden om in te grijpen in situaties waarin dat ingrijpen wel noodzakelijk is.¹⁹ Tegenover de parlementaire enquêtecommissie financieel stelsel die onder meer onderzoek deed naar het optreden van de financieel toezichthouders in de financiële crisis, verklaarde oud-president van DNB dat het risico op aansprakelijkstelling een rol had gespeeld bij de besluitvorming binnen de toezichthouder.²⁰

Daarbij sluit ik overigens niet uit dat de stelling van Stijnen dat de aansprakelijkheidsbeperking van de toezichthouders de eigen 'zorgplicht' inperkt, weerklank vindt onder advocaten en vertegenwoordigers van de financiële sector. De vraag bij sommige partijen of de toezichthouder gegeven die aansprakelijkheidsbeperking wel voldoende zorgvuldig te werk gaat, onderstreept mijns inziens nog eens het belang voor toezichthouders om transparant te zijn over de afwegingen die ze maken. Daarbij hoort ook het zo voorspelbaar mogelijk handelen waar het gaat om de uitleg van open normen.

Ik rond af. Stijnen heeft een lezenswaardig preadvies geschreven over de reikwijdte van een breed scala aan zorgplichten. In het financieel toezichtrecht spelen deze zorgplichten een essentiële rol waar het gaat om het handelen in het belang van de klant. Ik heb in mijn bijdrage aangegeven dat een goede invulling van die zorgplicht vraagt dat financiële instellingen oog hebben voor zowel de beperkte rationaliteit van de financiële consument als voor de vraag hoe een financieel product past bij de behoeften van de klant indien het economisch tij keert. Dat vraagt een vooruitblikkende benadering van zowel de financiële sector als van de toezichthouder. De wet geeft daarbij een belangrijk kader, maar een juridische blik alleen is niet voldoende om de zorgplicht daadwerkelijk tot zijn recht te laten komen.

¹⁶ Broekhuizen, diss 2016, p. PM.

¹⁷ Van Dam zegt hierover: "Uit het onderzoek bij een aantal toezichthouders [is] naar voren gekomen, dat zij zeggen zich sterk te laten leiden door hun eigen professionele moraal en hun streven naar kwalitatief goed beleid en een kwalitatief goede uitvoering daarvan. Het valt niet uit te sluiten dat dit de belangrijkste factor is die de kwaliteit van het werk van de toezichthouder bepaalt." Zie o.a. C. van Dam, *Aansprakelijkheid van toezichthouders*, British Institute of Comparative and International Law, 2006.

¹⁸ Kamerstukken II 2011-2012, 33058, nr. 3.

¹⁹ Zie de memorie van toelichting bij art. 1.25d Wft voor een uitgebreide beschouwing van de argumenten voor en tegen aansprakelijkstelling van financieel toezichthouders.

²⁰ Kamerstukken II 2009/2010, nr. 31980, nr. 4.