

# Transparantie en openbaarheid

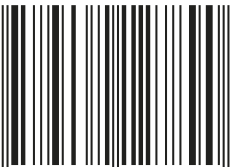
V A R   V E R E N I G I N G   V O O R   B E S T U U R S R E C H T

*Verlag* van de algemene vergadering  
gehouden op 20 mei 2022 ter behandeling van  
de preadviezen van A.W.G.J. Buijze, A. Drahmman,  
C.J. Wolswinkel, N.N. Bontje & E.C. Pietermaat

1 6 9

V A R 1 6 9

ISBN 978-94-6212-789-0



9 789462 127890 >

**Boom**juridisch

Transparantie en openbaarheid



# Transparantie en openbaarheid

Verslag van de algemene vergadering  
gehouden op 20 mei 2022

ter behandeling van de preadviezen van

A.W.G.J. Buijze

A. Drahmman

C.J. Wolswinkel

N.N. Bontje & E.C. Pietermaat

Boom juridisch

Den Haag

2023

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

© 2023 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

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

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

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

ISBN 978-94-6212-789-0  
ISBN 978-94-0011-242-1 (e-book)  
NUR 823

[www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

# Inhoud

<b>Rede van de voorzitter, Bert Marseille</b>	<b>7</b>
<b>Toelichting van de preadviseurs met eerste reacties</b>	<b>16</b>
<b>Uitreiking VAR-scriptieprijs 2022</b>	<b>44</b>
<b>Huldiging van de winnaars van de pleitwedstrijd</b>	<b>48</b>
<b>Verslag deelsessie preadvies Nina Bontje en Elisabeth Pietermaat</b>	<b>50</b>
<b>Verslag deelsessie preadvies Johan Wolswinkel</b>	<b>56</b>
<b>Verslag deelsessie preadvies Annemarie Drahmman</b>	<b>65</b>
<b>Verslag deelsessie preadvies Anoeska Buijze</b>	<b>74</b>
<b>Terugkoppeling na bespreking van de vier preadviezen in deelsessies</b>	<b>84</b>
Bestuursrechtspraak transparanter; over de interne en externe openbaarheid van de bestuursrechtspraak	84
Transparantie bij bestuurlijke besluitvorming: bestuursrecht als moving target	86
De Wet open overheid is slechts een tussenstap	90
Transparant waartoe? Over de toegevoegde waarde van transparantie voor het realiseren van publieke waarden	92
<b>Plenaire stemmingen over telkens twee stellingen per preadvies</b>	<b>94</b>
<b>Bestuur en erelid</b>	<b>99</b>





# Rede van de voorzitter, Bert Marseille

## Geïnspireerd door Alex Brenninkmeijer: optimisme over het bestuursrecht

Geachte aanwezigen, beste VAR-vrienden,

De eerste keer dat je iets doet of meemaakt, herinner je je meestal het beste. Ik denk, als voorbeeld, aan mijn eerste zaak als griffier bij de rechtbank Assen, waar ik in 1994 ging werken. Het is 28 jaar geleden, maar ik weet nog precies wie eiser en verweerder waren, waar de zaak over ging en wat de uitkomst ervan was.

De eerste bijeenkomst die ik als voorzitter van de VAR voorzat, was op 14 januari dit jaar, naar aanleiding van de reflectierapporten van de rechtbanken en de Raad van State.<sup>1</sup> Ik weet niet of ik over 28 jaar nog precies weet wie daar spraken en wat ze zeiden (ik denk eigenlijk van wel), maar ik herinner me nu, vier maanden na die bijeenkomst, nog wel dat ik direct erna zo enthousiast was over alle inzichten die daar te berde waren gebracht, dat ik zo snel mogelijk een stukje op de website van de VAR plaatste met mijn top 10 van eyeopeners.

Toen ik het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* van april opensloeg, met daarin een prachtig verslag van Aletta Blomberg en Amma Grapperhaus van die bijeenkomst,<sup>2</sup> zag ik dat ze aan het eind van dat verslag die top 10 van mij hadden opgenomen.

Dat vond ik natuurlijk heel erg leuk (ze hadden trouwens gevraagd of ik het goed vond), maar relevanter is dat ze in het verslag schreven dat die tien bevindingen uitnodigen om verder na te denken over de bestuursrechtspraak. Die opmerking was voor mij een aansporing om opnieuw naar die tien punten te kijken, om te bezien of ik wat daarin heel kort door de bocht wordt beweerd, nog wat beter zou kunnen toelichten. En omdat de VAR-jaarvergadering voor de deur stond toen ik dat bedacht, leek me die een mooie gelegenheid om dat te doen.

---

1 Recht vinden bij de rechtbank. Rapport van de werkgroep reflectie toelagenaffaire rechtbanken, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2021; Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Den Haag: Raad van State 2021.

2 Aletta Blomberg & Amma Grapperhaus, “Rechtstoepassing is een keuze”. Verslag VAR-studie-middag “Reflectierapporten van de rechtspraak naar aanleiding van de toelagenaffaire” d.d. 14 januari’, NTB 2022/112.

Het gaat bij die tien inzichten om zeer uiteenlopende zaken. Ik heb ze met name te danken aan Maurits Barendrecht, Bart Jan van Ettekoven, Jan van der Grinten, Jo-Anne Nijland, Rolf Ortler en Lily Waller. Het betreft het volgende:

1. Er is alle reden om de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden.
2. Wetenschappelijke inzichten van buiten de rechtswetenschap kunnen rechters helpen hun werk beter te doen.
3. Het recht biedt de bestuursrechter meer ruimte voor het leveren van maatwerk dan hij zich lijkt te realiseren.
4. De bestuursrechtwetenschap moet meer aandacht bieden voor, wat je zou kunnen noemen, de bodem van het bestuursrecht.
5. Datzelfde geldt voor jurisprudentietijdschriften.
6. De reflectie door de rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zou de overige hoogste bestuursrechters moeten inspireren dat ook te gaan doen.
7. Bestuursorganen stellen zich te vaak onnodig geharnast op ten opzichte van de burger, de rechter stelt daar te weinig paal en perk aan.
8. Na de reflectie zou de Afdeling bestuursrechtspraak een volgende stap moeten zetten door, zoals de Rechtspraak al sinds jaar en dag doet, periodiek een externe visitatie te organiseren.
9. De grote afwezigheid in het reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak is de vreemdelingenrechtspraak. De Afdeling moet duidelijk maken wat de reflectie betekent voor de behandeling van vreemdelingenzaken.
10. Het is een verrijking voor je werk als rechter, en trouwens voor elke overheidsfunctionaris, als je je kunt spiegelen aan personen die voor jou een inspirerend voorbeeld vormen.

Ik was aanvankelijk van plan om mijn verhaal hier gewoon bij punt 1 te beginnen en bij punt 10 te eindigen, maar dat doe ik niet. Ik behandel niet alle punten en ik begin niet bij het begin.

De reden dat ik niet op alle tien punten inga, is dat het er te veel zijn om in kwartier te behandelen – en gelukkig gaan de eerste negen in de kern over maar vier zaken: de bevoegdheid van de bestuursrechter, de toetsing door de bestuursrechter, de organisatie van de rechtspraak en de rol van de (bestuursrecht)wetenschap voor het werk van de rechter – en trouwens ook voor dat van de overheid in het algemeen.

De reden dat ik niet bij punt 1 begin, maar bij punt 10, heeft te maken met een totaal onverwachte en wat mij betreft schokkende gebeurtenis, het overlijden van Alex Brenninkmeijer, op 14 april dit jaar.

Punt 10, over mensen die een inspiratiebron zijn bij het werk dat je als bestuursrechtjurist of wetenschapper doet, had ik ontleend aan het verhaal dat Lily Waller op 14 januari hield. Zij vertelde waarom Max van der Stoep, die zij als staatsraad had meegemaakt toen zij bij de Raad van State werkte, voor haar een bron van inspiratie was (omdat hij 'het algemeen belang boven zijn eigen belang wist te stellen,

voor wie de zaak altijd vooropstond, alleen het resultaat telde en nooit de schone schijn<sup>3)</sup> en ik schreef dat ik iedereen zo'n ervaring gun.

Ik dacht natuurlijk: wat is mijn eigen Max van der Stoel-ervaring?

Er zijn uiteraard heel veel mensen die mij inspireren, maar in de periode vanaf 14 april worden mijn gedachten sterk bepaald bij de betekenis van Alex Brenninkmeijer. Voor mij is hij als bestuursrechtwetenschapper, maar ook als persoon, heel erg belangrijk geweest, en ik realiseer me dat in de weken sinds 14 april eigenlijk steeds beter.

Ik dacht eraan dat als Alex Brenninkmeijer hier had gestaan om iets te zeggen over elk van de vier onderwerpen die ik uit dat lijstje van tien heb gedestilleerd (bevoegdheid, toetsing, de organisatorische kant van de zaak en de rol van de bestuursrechtwetenschap), dat het helemaal niet moeilijk is om te bedenken wat hij zou hebben gezegd, want over alle vier had hij uitgesproken opvattingen.

Dus bij het verder denken over die vier onderwerpen was het even onontkoombaar als lonend om mij door zijn werk te laten inspireren.

*Bevoegdheid: ruimer*

Ik begin met de bevoegdheid van de bestuursrechter. Daarover kan ik kort zijn: die moet ruimer. Uiteindelijk: alle bestuursrechtelijke geschillen. Daarvoor zijn tal van pragmatische en principiële argumenten te geven. Het meest aansprekende pragmatische argument dat de laatste tijd te horen is: 'Als de bestuursrechter wel bevoegd is om te oordelen over de intrekking en de terugvordering van een uitkering of toeslag, waarom dan niet over de invordering?'<sup>4</sup>

Hoe dat te realiseren? Alex Brenninkmeijer geeft in zijn NJV-preadvies uit 1991 een wat mij betreft even simpel als briljant antwoord: door voor alle civiel- en bestuursrechtelijke geschillen één procedure te maken.<sup>5</sup> Ik zou het geweldig vinden als het zover zou komen. Het idee is ook nog niet zo heel erg lang geleden binnen de rechtspraak opgepikt, getuige de werkdocumenten van de zogeheten Goede Vrijdag-groep, waarin civiele rechters en bestuursrechters, in het kader van wetgevingsoperatie 'modernisering procesrecht', samen nadachten over een gemeenschappelijke verzoekschriftprocedure. Een jaar of zes geleden waren die documenten gemakkelijk te vinden op de site van de Raad voor de rechtspraak, een jaar of drie geleden zocht ik er opnieuw naar, maar kon ik ze niet meer vinden, en nu heb ik het niet meer geprobeerd – maar ze bestaan en zijn ontzettend interessant.

---

3 De omschrijving is van Frans Timmermans, geciteerd door Lily Waller op de VAR-bijeenkomst van 14 januari 2022.

4 Reflectierapport Raad van State 2021, p. 42.

5 A.F.M. Brenninkmeijer, *Het procesrecht als proces. Preadvies NJV*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Maar goed, een mooie eerste stap op weg daarnaartoe zou zijn om de bevoegdheid van de bestuursrechter uit te breiden met bepaalde andere handelingen dan besluiten. U weet waarschijnlijk dat een VAR-commissie onder voorzitterschap van Ben Schueler nog dit jaar met een rapport daarover komt en u weet waarschijnlijk ook: als je iets in handen legt van Ben Schueler dan wordt het heel erg mooi, dus ik heb hoge verwachtingen over dat rapport.

#### *Toetsing: indringender*

Dan de toetsing. Alex Brenninkmeijer was geen rechter die moeite had de ruimte in de wet te zien om maatwerk te leveren. Het meest overtuigende bewijs: de ‘Malus’-uitspraak van de Centrale Raad van de Beroep van 1995, mede door hem geweest.<sup>6</sup>

Op het punt van de toetsing leven we inmiddels in een enigszins andere wereld dan tijdens de VAR-bijeenkomst van 14 januari dit jaar, vanwege de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 2 februari, waarin de Afdeling de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel herijkt en voorzichtig de uit Europa afkomstige trits geschikt-noodzakelijk-evenwichtig omarmt.<sup>7</sup>

Toch gok ik dat die uitspraak vooral (of: nog meer) tot gevolg zal hebben dat de rechter beter (of: nog beter) naar de feiten gaat kijken dan dat hij besluiten van bestuursorganen indringender gaat toetsen op evenredigheid. Ik zal uitleggen waarom ik dat denk.

Op 23 maart mocht<sup>8</sup> ik op een symposium in Nijmegen ter gelegenheid van het verschijnen van een van die vele indrukwekkende Nijmeegse bundels, in dit geval over de toetsingsintensiteit,<sup>9</sup> iets zeggen. Ik had voor die gelegenheid gekeken naar drie oude *Ars Aequi*-annotaties (waarvan één die ik samen met Kars de Graaf had geschreven en twee alleen) en waarvan ik me herinnerde dat die annotaties kritisch waren over de betreffende uitspraak. De annotatie samen met Kars de Graaf ging over twee besluiten waar een medische beoordeling aan ten grondslag lag, de andere twee over een verklaring omtrent gedrag, een VOG, en over een bestuurlijke boete.<sup>10</sup>

---

6 CRvB 15 februari 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB1348, AB 1995/426, m.nt. De Leede.

7 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. Van Zanten, JB 2022/44, m.nt. Schlössels, USZ 2022/76, m.nt. Koenraad & Riphagen, AA2022030, m.nt. De Graaf & Marseille.

8 Dat bedoel ik in dit geval letterlijk, en niet als LinkedIn-new speak.

9 Roel Schutgens, Raymond Schlössels, Jasper Krommendijk, Hans Peters, Claartje Bulten, Ashley Terlouw & Edsard van der Werf, *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

10 De annotaties betroffen respectievelijk de uitspraken van de CRvB van 30 juni 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2226 en de ABRvS van 30 juni 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1674 (medische beoordeling: AA20170723), van de ABRvS van 1 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1543 (VOG: AA20210392) en van de ABRvS van 10 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:272 (bestuurlijke boete: AA20211029).

Bij herlezing bleek dat de scepsis over die uitspraken eigenlijk weinig of niets te maken had met de intensiteit van de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, maar des te meer met de beoordeling door de rechter van de feiten. Bij de VOG-zaak vroeg ik me af of er geen sprake was van een situatie waarin de rechter het bestuursorgaan het voordeel van de twijfel gunt, zonder dat hij voldoende weet over de feiten, net als bij de zaken waaraan een medische beoordeling ten grondslag lag – en bij de zaak over de bestuurlijke boete dacht ik: de rechter voorziet dan wel zelf in de zaak, maar weet hij eigenlijk wel voldoende over de feiten om een verantwoorde beslissing te kunnen nemen?

In de 2-2-22-uitspraak, over de sluiting van een woning door de burgemeester van Harderwijk omdat vanuit de woning in drugs werd gehandeld, zie je hetzelfde: de Afdeling bestuursrechtspraak valt niet over de burgemeester heen omdat die het evenredigheidsbeginsel niet goed zou hebben toegepast, maar omdat hij niet de benodigde kennis heeft vergaard om een overtuigende belangenafweging te kunnen maken.<sup>11</sup> Daardoor kan de Afdeling niet beoordelen of de uitkomst van die belangenafweging – de bewoners moeten hun huis uit – door de beugel kan. Het besluit van de burgemeester wordt vernietigd en de Afdeling draagt hem op beter onderzoek te doen naar de feiten.<sup>12</sup>

Afgaande op de 2-2-22-uitspraak is wellicht sprake van een indringender toetsing door de bestuursrechter, maar ziet die veeleer op artikel 3:2 Awb (het zorgvuldigheidsbeginsel) dan op artikel 3:4 lid 2 Awb (het evenredigheidsbeginsel).

In het idee dat de indringender toetsing eerder artikel 3:2 dan artikel 3:4 lid 2 Awb betreft, werd ik gesterkt door het prachtige verhaal van Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik op een andere VAR-bijeenkomst, op 18 februari dit jaar. Die voorspelde het ontstaan van BER's: besluit-effectenrapportages.<sup>13</sup> Kort gezegd stellen zij: de 2-2-22-uitspraak dwingt bestuursorganen, als die discretionaire bevoegdheden uitoefenen, grondiger in kaart te brengen wat de effecten zijn van het besluit dat ze van plan zijn te nemen.

Het is natuurlijk altijd goed als bestuursorganen goed naar de feiten kijken en de bestuursrechter de lat op het punt van artikel 3:2 Awb hoog legt, maar ik heb wel een zorg.

---

11 De rechtbank had geoordeeld dat sprake was van een verminderde noodzaak tot sluiting (zie Rb. Gelderland 18 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1836).

12 Inmiddels wordt er door partijen verder geprocedeerd. Tegen het nieuwe besluit van de burgemeester, van 16 maart, is beroep ingesteld bij de Afdeling. Een verzoek om voorlopige voorziening dat in het kader van dat beroep is gedaan, is toegewezen (zie ABRvS 25 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1197) en het verzoek om de voorziening op te heffen is afgewezen (zie ABRvS 13 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1398).

13 Zie daarover: Tom Barkhuysen, 'Naar een besluit-effectenrapportage als evenredigheidsbarometer', *NJB* 2022/457.

Die zorg kwam bij mij op toen ik vorige week bij een bijeenkomst was waar de rechters en juristen van de bijstandskamer van de Centrale Raad van Beroep reflecteerden op de uitspraken die ze de afgelopen jaren hadden gedaan. Een van de zaken waar het over ging, was de uitspraak over de Rotterdamse bijstandsgerechtigde wiens uitkering over een periode van maar liefst zes jaar was teruggevorderd, omdat zijn ouders hem jarenlang elke maand € 300 gaven om biologisch eten te kunnen kopen.<sup>14</sup>

Een van de vragen die die casus oproep, was: hoe heeft het zo lang kunnen duren dat dit aan het licht kwam? Een andere: overtrad de bijstandsgerechtigde willens en wetens de regels of was hij zich er niet van bewust?

Beide vragen betreffen de reikwijdte van de zorgplicht van de overheid. Die zorgplicht kan worden ingelesen in artikel 17 Participatiewet, dat de bijstandsgerechtigde verplicht om het gemeentebestuur op verzoek, of onverwijld uit eigen beweging, mededeling te doen van alle feiten en omstandigheden waarvan hem redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op het recht op bijstand. Die verplichting is geformuleerd als een verplichting van de bijstandsgerechtigde, maar houdt ook een zorgplicht van het bestuursorgaan in. Je kunt iemand alleen verwijten dat hij de inlichtingenplicht heeft geschonden als je hem duidelijk hebt gemaakt wat je van hem verwachtte. Anders gezegd: aan de informatieplicht van de bijstandsgerechtigde gaat een informatieplicht van het gemeentebestuur vooraf.

Interessant aan de discussie met de Centrale Raad van Beroep-rechters en -juristen was dat je als rechter natuurlijk best preciezer kunt gaan kijken of het bestuursorgaan aan zijn zorgplicht heeft voldaan, maar dat dat wel het risico in zich bergt van een verdergaande juridisering van de verhouding gemeente-bijstandsgerechtigde en van de procedure bij de rechter. In het slechtste geval leiden strengere eisen van de rechter er alleen maar toe dat het gemeentebestuur zich werpt op het *judge-proof* maken van de verantwoording van besluitvormingsprocessen, ten koste van zinnige dienstverlening aan bijstandsgerechtigden.

Maar misschien zie ik het te pessimistisch en moeten we hopen op een soort preventief effect: doordat bestuursorganen weten dat de bestuursrechter bij de toetsing van het besluit op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid hoge eisen stelt aan de onderbouwing van de feiten ter beoordeling van de evenwichtigheid van het besluit, gaan bestuursorganen meer aandacht besteden aan de vraag of het besluit echt wel noodzakelijk was.

In de Harderwijkse casus zou dat kunnen betekenen dat de burgermeester, omdat hij weet dat hij bij de rechter met een omvangrijke besluit-effectenrapportage moet komen, om die ervan te overtuigen dat het besluit – gezien de daarbij betrokken

---

<sup>14</sup> CRvB 26 oktober 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2616, AB 2022/44, m.nt. Venderbos.

belangen – evenwichtig is, zich de vraag stelt of hij zelf dit verstrekkende besluit nu echt wel noodzakelijk vindt en tot de conclusie komt dat sluiting van de woning niet of nauwelijks voor een verdere verbetering van de openbare orde in Harderwijk zal zorgen, omdat de personen die vanuit de woning in drugs handelden inmiddels achter slot en grendel zitten en sluiting niet nog een extra gunstig effect op de veiligheid van de buurt heeft.

Ik ben er nog niet uit.

*Wetenschap: breder*

Maar gelukkig hebben we de wetenschap, die meekijkt met hoe de rechter het doet en die ons kan informeren over welke kant het op gaat na 2-2-22, zodat wij (dat is ook bestuursrechtwetenschap) daar weer iets van kunnen vinden. Zo weet ik toevallig dat Leo Damen bezig is met een bijdrage voor *Ars Aequi* over de vraag in hoeverre de 2-2-22-uitspraak impact heeft op de jurisprudentie van de bestuursrechter. Ik ben benieuwd wat hij vindt.<sup>15</sup>

Maar de rol van de wetenschap strekt verder. Ik beperk me voor dit moment tot het punt dat Jan van der Grinten op 14 januari naar voren bracht: het ontsluiten van kennis uit andere wetenschapsgebieden voor juristen. Rechters, advocaten en gemeenteambtenaren kunnen hun werk allemaal beter doen als zij over meer kennis beschikken dan alleen kennis over het recht. Brenninkmeijer was een meester in het vragen van aandacht voor en het verspreiden van die niet-juridische, maar voor juristen wel essentiële kennis.<sup>16</sup> Allerlei kennis – met name afkomstig uit de sociale psychologie – over het ontstaan en de oplossing van conflicten, over hoe de overheid vertrouwen van burgers kan winnen en verspelen, over goede en slechte communicatie en over hoe procedures van besluitvorming, bezwaar en beroep zo kunnen worden vormgegeven dat partijen na afsluiting ervan niet met een kater zitten, maar – zo veel mogelijk – met een goed gevoel, heeft hij helpen verspreiden.

Voor het verspreiden zie ik ook een belangrijke rol voor het onderwijs en het is daarom verheugend dat in een van de projecten van #BestuursrechtBeter,<sup>17</sup> waarbij onder meer Marlies van Eck, Rianne Jacobs en Rens Koenraad betrokken zijn, wordt gekeken hoe in de opleiding van juristen meer en beter gebruik kan worden gemaakt van kennis uit andere wetenschapsgebieden.

Na het verwerven en het verspreiden komt de toepassing. Dat daar valt nog veel te winnen, maar is gelukkig ook veel in beweging.

---

15 Dat is inmiddels te lezen in: Leo Damen, 'Waait er na het kinderopvangtoeslagenschandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?', AA 2022/9, p. 627-648.

16 Zie voor een overzicht: Alex Brenninkmeijer: *Moreel leiderschap*, Amsterdam: Prometheus 2019.

17 Zie <https://verenigingbestuursrecht.nl>.

### *Organisatie: aandacht voor feedback*

Dat brengt me op het laatste punt waar ik iets over wil zeggen, de organisatorische context waarin de toepassing van het bestuursrecht door de overheid plaatsvindt. Die moet eraan bijdragen dat het bestuursrecht juist wordt toegepast, dat de relatie tussen overheid en burger zo min mogelijk tot conflicten leidt en dat als dat gebeurt, die zo effectief mogelijk worden beslecht.

Ik denk daarbij aan het punt dat Jo-Anne Nijland op die VAR-bijeenkomst van 14 januari naar voren bracht: dat ze te vaak meemaakt dat bestuursorganen zich als tegenstander van de burger opstellen. Ik denk ook aan het onderzoek dat we in Groningen voor de Raad voor Rechtsbijstand doen naar de uitvoering door gemeenten van de Participatiewet en de Wmo – dat de observaties van Jo-Anne Nijland deels bevestigt, maar dat ook positief nieuws bevat: er zijn allerlei gemeenten die laten zien hoe het ook kan, wat het kan opleveren als je burgers niet als tegenstanders behandelt.<sup>18</sup>

De vraag die dat onderzoek oproept, is: Hoe kun je als overheid leren van je fouten? Hoe kun je het beter doen?

Als je bij Alex Brenninkmeijer te rade gaat, dan is het sleutelwoord: feedback.<sup>19</sup> Organisaties moeten bereid zijn om in de spiegel te kijken en daarbij buitenstaanders betrekken. Voorbeelden van feedback zijn er te over: van klantwaarderingsonderzoek tot conclusies van advocaten-generaal en van externe visitaties tot evaluatieonderzoek naar de eigen werkwijze.

Een mooi voorbeeld vind ik het onderzoek dat ik samen met Viola Bex-Reimert en Marc Wever heb gedaan naar een pilot bij de vreemdelingenkamer van de Afdeling die inhield dat uitspraken waarin het hoger beroep ongegrond was, vaker van een motivering werden voorzien.<sup>20</sup> Het gaat me nu niet om de inhoud van de pilot of de kwaliteit of de uitkomst van het onderzoek, maar om de opstelling van de Afdeling als organisatie in het onderzoeksproces. De Afdeling liet zich van vele kanten zien, soms als *black box*, een enkele keer regentesk, maar meestal bijzonder geïnteresseerd en onbevangen (en, als ik dat woord mag noemen: kwetsbaar).

Bijzonder vond ik met name dat men er geen enkel probleem mee had dat wij in ons rapport uitvoerige citaten opnamen van de uiteenlopende opvattingen binnen de Afdeling over de meerwaarde van de pilot, en dat als afsluiting van het project een bijeenkomst was georganiseerd met alle betrokken partijen over de vraag ‘hoe verder?’, waar die vraag in alle openheid werd besproken. Die ervaring stemt mij

---

<sup>18</sup> A.T. Marseille e.a., ‘Het voorkomen en beslechten van conflicten in het sociaal domein: wat werkt?’, Gst. 2021/106.

<sup>19</sup> Brenninkmeijer 2019, onder meer p. 277-279.

<sup>20</sup> Zie over het project: D.A. Verburg & T.W.A. Weber, ‘De ramen van de Afdeling’, A&MR 2020-2, p. 63-67. Het evaluatieonderzoek: Bert Marseille, Marc Wever & Viola Bex-Reimert, *Het motiveren van uitspraken in het hoger beroep in het vreemdelingenrecht*, Rijksuniversiteit Groningen, [https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/180078114/210830\\_Rapport\\_ABRvS\\_g1\\_2\\_met\\_bijlagen.pdf](https://pure.rug.nl/ws/portalfiles/portal/180078114/210830_Rapport_ABRvS_g1_2_met_bijlagen.pdf).



optimistisch over het vermogen van overheidsorganisaties, zoals de Raad van State, zich open te stellen voor feedback, ter verbetering van hun functioneren.

Dat waren mijn vier punten, en ik zou bijna zeggen: gelukkig zijn het allemaal losse eindjes, zodat er genoeg te doen is voor de VAR, als forum om met iedereen die dat wil, na te denken over hoe het bestuursrecht beter kan en ik verheug me erop dat we dat vandaag gaan doen.

Dank u wel!

# Toelichting van de preadviseurs met eerste reacties

## Anoeska Buijze

Ik kan mijn preadvies heel kernachtig samenvatten in één zin: ik pleit voor een benadering van transparantie – en in de verdere ontwikkeling van transparantie – waarbij aandacht is voor inzichten uit andere disciplines over de feitelijke gevolgen van transparantie. Dat laat onverlet dat transparantie heel belangrijk en noodzakelijk is voor het functioneren van de democratie, het functioneren van de economie en voor het realiseren van fundamentele rechten, waaraan moet worden toegevoegd dat we waarschijnlijk in Nederland niet genoeg transparantie hebben, maar dat is niet het belangrijkste probleem. Het belangrijkste probleem is niet kwantitatief, maar kwalitatief. Transparantie is misschien wel makkelijk te definiëren, maar niet zo makkelijk te operationaliseren. Als ik tegen een bestuursorgaan zeg ‘wees transparant’, heeft dat bestuursorgaan nog niet zo gek veel handvatten om te kijken wat het dan eigenlijk moet doen. Ja, informatie communiceren, maar naar wie, wanneer, waarom, hoe, wat en waar? Dat zijn de vragen.

Transparantieverplichtingen kunnen heel erg variëren. Je ziet dat ook terug in het positieve recht. Ze variëren van een verplichting voor bestuursorganen om informatie te openbaren aan alle burgers tot een verplichting in het aanbestedingsrecht om als men eenmaal een contract heeft verleend de voorwaarden daarvan niet meer te veranderen. ‘Wees transparant’ zegt niet zo veel. Ik denk dat het nuttig is het grote scala aan verschillende transparantieverplichtingen in het recht op enige manier te ordenen. In mijn preadvies doe ik daartoe wat aanzetten. Je kunt kijken naar het moment van transparantie: voorafgaand aan besluitvorming, tijdens besluitvorming, na besluitvorming. Je kunt kijken naar de kwaliteit van de gecommuniceerde informatie, waarbij je dan onderscheid kunt maken tussen nominale en effectieve transparantie. Effectieve transparantie is eigenlijk altijd wenselijk, want met nominale transparantie – ik doe wel een beetje transparant maar niet echt – bereik je nooit het resultaat dat je wilt bereiken.

De karakteristieken van een specifieke transparantieverplichting – wanneer communiceer ik wát, naar wie, waarover, waarom – bepalen de effecten van die verplichting. Daarbij hebben wij als juristen een probleem, want we zijn eigenlijk niet opgeleid om in te schatten of te onderzoeken wat die effecten zijn. We hebben de hulp van anderen nodig. Hiermee wil ik niet zeggen dat ieder inzicht in de feitelijke gevolgen van transparantie meteen tot ingrijpen in het recht moet leiden. Sommige

inzichten zijn niet zo relevant. Als transparantie over de nevenfuncties van hoogleraren ertoe leidt dat ook studenten zich geïnspireerd voelen in het bestuur van een speeltuinvereniging te gaan, kunnen wij als juristen daarover onze schouders ophalen. Aan de andere kant zijn er natuurlijk ook inzichten waarbij we ons wél op het hoofd moeten krabben, juist ook omdat we transparantieverplichtingen afleiden uit heel fundamentele rechtsbeginselen. Als blijkt dat transparantie, waarvan wij een bijdrage aan het realiseren van onze fundamentele rechten verwachtten, daaraan níét bijdraagt of er zelfs aan afdoet, moeten we daar iets mee.

Van beide typen gevallen geef ik in mijn preadvies een voorbeeld, waarop ik nu iets nader zal ingaan.

*De hypothese dat transparantie het vertrouwen in de overheid vergroot<sup>1</sup>*

Als je dit gelooft, heb je waarschijnlijk al heel veel vertrouwen in de overheid. De redenering gaat dan ongeveer zo: burgers zien niet wat voor geweldige dingen wij allemaal doen, dus als wij transparant communiceren, verdwijnt hun misplaatste wantrouwen als sneeuw voor de zon. In de praktijk blijkt het niet zo te werken. Er is allerlei bestuurskundig onderzoek gedaan waarbij steeds blijkt dat de relatie tussen transparantie en vertrouwen ontbreekt dan wel zwak of zelfs negatief is. De bestuurskundigen zelf trekken daaruit geen harde conclusies, in verband met allerlei methodologische beperkingen die in mijn preadvies terug te vinden zijn, maar dergelijk onderzoek heeft wél consequenties. Politici gaan namelijk zeggen: transparantie draagt niet bij aan vertrouwen, het kost wel heel veel geld, we hebben er niks aan, laten we maar wat minder doen. Dat dit relevant is, zie je ook bij de bestuurskundigen zelf, die een soort *disclaimer* in hun artikelen opnemen, inhoudende dat de bevindingen er niet toe moeten leiden dat voor minder transparantie wordt gepleit. Gaat het vervolgens om de vraag ‘waarom dan niet?’, dan zien we dat ze moeite hebben daarop de vinger te leggen.

Hier komen wij om de hoek kijken, want wij gaan in het recht kijken en zien dat het juridisch helemaal niet relevant is of transparantie tot meer of minder vertrouwen in de overheid leidt. Rechters zijn op dit punt in de jurisprudentie heel consistent. Zij zeggen tegen bestuursorganen: het kan wel wezen dat het vertrouwen door het openbaar maken van deze stukken afneemt, maar dat mag geen rol spelen in de afweging. Op dit dossier doen wij het dus eigenlijk heel goed.

*De hypothese dat schaarse rechten transparant verdelen een goede zaak is en bijdraagt aan het realiseren van gelijke kansen<sup>2</sup>*

In dit verband doen wij juristen het iets minder goed. De veronderstelling dat we hier met iets goeds te maken hebben, heeft min of meer haar wortels in het Europese aanbestedingsrecht. Daar wordt deze hypothese ook wel ongeveer bevestigd. Heel kort gezegd: transparant aanbesteden leidt tot gelijke kansen voor ondernemers, vooral voor ondernemers uit andere lidstaten, die op een informatieachterstand

---

1 Preadvies, par. 5, p. 31.

2 Preadvies, par. 6, p. 36.

staan ten opzichte van ondernemers uit dezelfde lidstaat. De gang van zaken is beter voor de overheid, die lagere prijzen en betere producten krijgt, en is door het besparen van publiek geld en lagere belastingheffing in het algemeen belang. Transparant aanbesteden is een win-win-winsituatie voor zowel de geïnteresseerde partijen als de overheid en de burgers in het algemeen. Op deze positieve waardering valt overigens ook nog wel iets af te dingen omdat er wat nuanceringen in het aanbestedingsrecht zitten; ik verwijs daarvoor naar mijn preadvies.

Belangrijker is de vraag of het nu ook zo werkt bij het transparant verdelen van andere schaarse rechten, binnen het nationale recht. Daar blijkt het eigenlijk heel erg tegen te vallen. Tegenover gelijke kansen voor ondernemers uit andere lidstaten staan namelijk minder gelijke kansen voor kleine ondernemers, voor het midden- en kleinbedrijf (mkb). Dit kun je extrapoleren naar minder kansen voor administratief minder capabele burgers. Partijen die niet zo veel geld en minder administratieve capaciteit hebben worden door een transparante wijze van verdelen consequent op achterstand gesteld. In het aanbestedingsrecht valt dat nog wel enigszins te verdedigen: vanuit Europees perspectief gaat het alleen om aanbestedingen boven de drempelwaarde en de belangen van burger, overheid en geïnteresseerde partijen vallen veelal best mooi samen. Maar dat is bij andere schaarse rechten helemaal niet het geval. De opvatting van gelijke kansen uit het Europese recht, die er eigenlijk op gericht is ondernemingen uit andere lidstaten gelijke kansen te geven, is binnen het nationale recht misschien niet zinvol. Moeten wij voor lief nemen dat kleine bedrijven en minder competente burgers bij de verdeling van schaarse rechten op achterstand worden gezet? Ik denk van niet. Daar moeten wij aan de slag!

### **Egbert Dommering<sup>3</sup>**

Deze week was er een hoorzitting bij de Tweede Kamer over de coronarisico's in het najaar. Er waren flankerende talkshows, die de gepensioneerde generaals even hadden ingeruild voor corona-experts, er was een Belgische expert uitgenodigd om uit te leggen dat Nederland het fout heeft gedaan, er waren vele deskundigen die uit verschillende hoeken verklaarden dat er een nieuwe golf aankomt waarop we niet zijn voorbereid en er was een ex-lid van het OMT dat zich wist te herinneren dat voor iemand die voldoende is ingeënt de kans op besmetting in het najaar minder groot is. Verder was uitgelekt dat het ontoereikende aantal IC-bedden aan verhindering van uitbreiding door het ministerie kan worden toegeschreven en werd tijdens deze hoorzitting duidelijk dat de IC-werkers nog steeds onderbetaald zijn, zodat er sprake is van onderbezetting op de IC-afdelingen. Ook bleek de minister van VWS te hebben verklaard dat de sector eerst zelf het probleem moet oplossen omdat het parlement inmiddels de bevoegdheid van de overheid in dit domein bezig is af te schaffen. Een groot aantal deskundigen bleek – aldus nog steeds mijn weergave van de hoorzitting – in verschillende gremia aan het nadenken te zijn over de toekomst,

---

3 Heeft het preadvies van Buijze besproken in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, NTB 2022/141.

terwijl er niet alleen fraude bleek te zijn geweest bij de aanbesteding van de mondkapjes, maar ook bij de informatieposten van de GGD en terwijl bovendien het voorlichtingsbeleid tijdens corona rampzalig bleek te kunnen worden genoemd. Zo kan ik nog wel even doorgaan.

In mijn commentaar op het preadvies van Anoeska Buijze heb ik de corona-aanpak een affaire genoemd die misschien nog wel groter is dan de toeslagenaffaire. In dit verband heb ik de conclusie geciteerd van het eerste rapport hierover van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid, een conclusie die mijns inziens in bestuurlijke kring onvoldoende aandacht heeft gehad. Ik paraphraseer in punten:

- Bij het activeren van de nationale crisisstructuur vond geen expliciete overdracht plaats van de leidende rol van VWS naar de Ministeriële Commissie Crisisbesluitvorming.
- Daardoor waren *checks and balances* minder geborgd, bijvoorbeeld doordat de inhoudelijke afweging en de besluitvorming vooral plaatsvonden in het Cats-huis- en Torentjesoverleg in plaats van in de Ministeriële Commissie Crisisbeheersing.
- Daarnaast raakten rollen van betrokken partijen vermengd.
- Doordat de voorzitter van het OMT, verantwoordelijk voor epidemiologische advisering, in vrijwel alle crisisteams aanwezig was, bleef het perspectief van infectieziektebestrijding dominant. Dat betekent dat onder andere de economische en de psychologische effecten zijn weggeduwd.
- De aanpassingen in de crisisstructuur hadden ook tot gevolg dat er geen eenduidig beeld bij de betrokken partijen bestond ten aanzien van de besluitvorming in de crisisorganisatie.

Al met al was er sprake van een volkomen informeel machtsircuit. Inmiddels is bekend geworden dat de minister-president, om bij het doorbreken van de intransparantie behulpzaam te zijn, uit de betrokken periode 41 sms-berichten heeft bewaard.

Toen ik de verwarde discussies van de afgelopen week terugzag, realiseerde ik me dat de conclusie van de Onderzoeksraad een symptoom van een groter falen van onze bestuursorganisatie blootlegt. Die organisatie is te ingewikkeld geworden, mede door nationale en internationale decentralisaties, spreiding of wegkleding van expertise, met als gevolg langs elkaar en over elkaar heen werkende diensten, adviserende instanties of particuliere raadgevers. Het gevolg is dat als zich een groot en gecompliceerd maatschappelijk probleem voordoet moeilijk zo niet onmogelijk kan worden vastgesteld of een bestuurlijke instantie eigenaar van dat probleem is en zo ja welke instantie dan dat is. Dat leidt tot informele machtsvorming en/of gebrek aan besluitkracht, maar vooral ook tot intransparantie. De politieke legitimatiecrisis vergroot dat probleem alleen maar, mede waardoor nieuwe kabinetten bestuurlijke hervormingen aankondigen die het probleem doorgaans vergroten. Als we van de afgelopen decennia iets hebben geleerd, is het wel dat departementale herindelingen of benoemingen van gespecialiseerde bewindslieden zonder departement – door het kabinet Rutte-IV weer vrolijk gedaan – onderdeel van het probleem vormen en geen oplossing bieden.

Wat ik hier schets, is ook de oorzaak van intransparantie. In mijn commentaar op het preadvies van Buijze heb ik een andere positie ingenomen. Ik heb betoogd dat we moeten proberen een apart beginsel te ontwikkelen, ontleend aan de wetenschap van de informatie: de 'triple A', *accuracy, availability, accessibility*. Dit houdt in dat de juiste kennis er moet zijn en dat die op het juiste moment en op de juiste plaats beschikbaar en toegankelijk moet zijn. Het principe is zonder meer toe te passen op de coronacrisis. Uit Anoeska Buijzes toelichting van zojuist heb ik overigens afgeleid dat zij het toejuicht als inzichten uit andere wetenschappen bij de toepassing van het juridische begrip intransparantie worden betrokken. Misschien blijft er toch nog iets van mijn voorstel over.

In het geval van de coronacrisis was de vraag of het OMT en de beslissers wel op basis van de juiste en volledige kennis handelden, of die kennis op het juiste moment aanwezig was en kon zijn, welke deskundigen volgens welke criteria waren geselecteerd en ten slotte waar en wanneer de deskundigen een rol in het proces speelden. Het sluitstuk was de belabberde actieve en passieve openbaarmakingsprocedure.

Het transparantieprobleem wordt groter door artificiële intelligentie (AI); een van de preadviezen voor de vergadering van vandaag is eraan gewijd. Een deskundige zei in de hoorzitting van deze week dat het handig zou zijn als er meer computerbestanden met medische informatie aan elkaar zouden kunnen worden gekoppeld. Het is inderdaad voor het bestuur steeds handiger kennis te koppelen. Dat dit averechts kan uitpakken, weten we natuurlijk al lang. De WRR en het Rathenau Instituut hebben er meer dan een decennium geleden al diverse rapporten over geschreven, en zij waren niet de eerste en ook niet de laatste, want de WRR is er in 2021 op teruggekomen, in een uitvoerig advies dat door Wolswinkel wordt behandeld.<sup>4</sup> Interessant is dat de Raad van State in 2018 een advies heeft gepubliceerd dat voortbouwt op het WRR-advies *i-Overheid* uit dat jaar. Wolswinkel noemt het, maar citeert alleen de aanbeveling voor verscherpte motiverings- en zorgvuldigheidsplicht bij toepassing van AI. De tweede aanbeveling, die mij in dit verband meer interesseert, luidt: 'Een nieuw beginsel van behoorlijk bestuur (het recht op toegang tot – en zinvol contact met de overheid) nader te ontwikkelen en te operationaliseren.' Ik zou dat beginsel van toegang tót en zinvol contact mét de overheid het transparantiebeginsel volgens het triple A-model van informatie willen noemen. Ik ben benieuwd naar de discussie in de VAR over dat onderwerp.

## **Annemarie Drahmman**

Mijn preadvies is erop gericht duidelijk te maken dat de kortgeleden in werking getreden Wet open overheid (Woo) slechts een tussenstap moet zijn. Eigenlijk is het nu een vreemd moment voor een preadvies over de verbetering van de openbaarheid van overheidsinformatie. De Woo is weliswaar op 1 mei jongstleden grotendeels in

---

4 Zie Egbert Dommering, *De Europese informatierechtsorde*, Amsterdam: DeLex 2019, hfdst. VI.1.

werking getreden, maar tot en met 2026 loopt nog het programma Open op Orde voor de verbetering van de informatiehuishouding.

Als je de vraag of met de Woo de openbaarheid van overheidsinformatie afdoende geregeld is ontkenkend zou beantwoorden, zou je je kunnen afvragen of we niet nog een stap verder moeten zetten. Hoe zou bijvoorbeeld een ‘Woo 2.0’ eruit kunnen zien? Het is daarvoor nodig structuur aan te brengen in onze gedachtevorming over het recht op openbaarheid.

Exemplarisch in dit verband is waar we het de afgelopen twee dagen over hebben gehad: #smsgate.<sup>5</sup> In deze korte introductie van mijn preadvies en mijn stellingen zal ik proberen aan te haken bij dit onderwerp, dat voor veel mensen de afgelopen dagen hét gespreksonderwerp is geweest.

Laat ik dan maar beginnen bij het begin. Wat is de visie van de vergadering op openbaarheid van overheidsinformatie, ook in het licht van de vraag wat de visie van Mark Rutte daarop was. Is het recht op documenten nu eigenlijk een gunst, een recht of zelfs een grondrecht? De wet is duidelijk: eenieder heeft recht op publieke informatie. Toch zagen we in het debat van gisteren<sup>6</sup> zich duidelijk een tegenstelling aftekenen tussen het ‘kamp’ van degenen die zeggen dat openbaarheid bijdraagt aan de democratische rechtsstaat en het ‘kamp’ van degenen die zeggen dat er toch intern overleg moet kunnen worden gepleegd en door middel van sms’jes en appjes beleidsintimiteit moet kunnen worden gecreëerd. Wat de eerstgenoemden betreft: misschien leidt openbaarheid, zoals Anoeska Buijze zojuist zei, niet per se tot vertrouwen, maar dat acht dit eerste kamp minder van belang, want zij vinden de democratie belangrijk en dragen uit dat de burger het recht moet hebben de overheid te controleren. Het hier geschetste spanningsveld zagen we de afgelopen twee dagen goed terugkomen.

Nu is er sinds de toeslagenaffaire een sterke roep om een nieuwe bestuurscultuur. Niemand weet precies wat die cultuur inhoudt, maar ze zou als doel moeten hebben dat er meer transparantie komt. In dit verband denk ik dat het goed is na te gaan wat de Woo – met het nieuwe gecodificeerde recht op informatie – tot gevolg heeft. Laten we over een paar jaar kijken waar we dan staan. Als dan veel mensen van mening blijken te zijn dat er nog onvoldoende transparantie bestaat, is misschien het moment aangebroken nog een stap verder te gaan en het recht op overheidsinformatie in de Grondwet op te nemen. Ik verwijs hier naar mijn eerste stelling, luidende: ‘Het recht op overheidsinformatie moet worden vastgelegd in de Grondwet.’

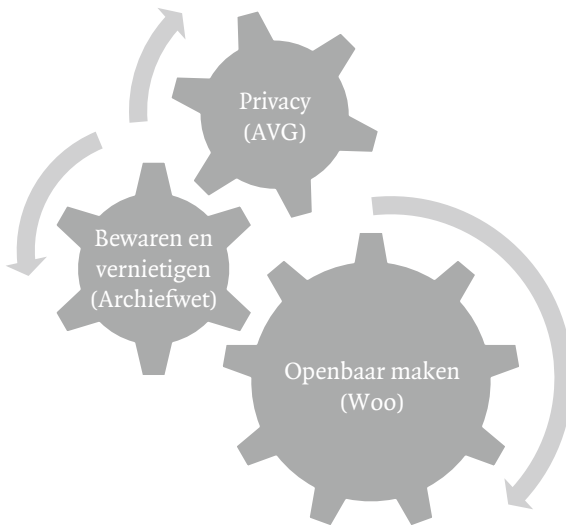
---

5 ‘Mark Rutte heeft jarenlang iedere dag sms’jes van zijn telefoon gewist. De tekstberichten die de premier zelf relevant achtte voor archivering stuurde hij door naar ambtenaren, de rest verwijderde hij op eigen houtje. Dat zou hij hebben gedaan omdat zijn telefoon te weinig opslagruimte had’, *de Volkskrant* 18 mei 2022. Op sociale media vierde al snel de hashtag #smsgate hoogtij [Red.].

6 Plenaire Tweede Kamerdebat van 19 mei 2022 over ‘Sms-berichten op de telefoon van de minister-president’. [Red.].

Direct hieraan gelinkt is de vraag welke uitzonderingsgronden in de wet moeten worden opgenomen. Mijn lijn is dat mensen een ruim recht op overheidsinformatie hebben. In principe hebben ze recht op documenten, maar uitzonderingsgronden zijn nodig. Ook de beleidsintimiteit is een beschermingswaardig belang, maar ik betwijfel of dat een absolute uitzonderingsgrond rechtvaardigt. Internationale verdragen en regelingen in omliggende landen laten hier bijna altijd een relatieve uitzonderingsgrond zien. Dit leidt tot mijn vierde stelling, die ik voor u op de sheet kort heb samengevat als: ‘Persoonlijke beleidsopvattingen kunnen geanonimiseerd openbaar worden gemaakt, tenzij het kunnen voeren van intern beraad hierdoor onevenredig wordt geschaad.’

Ik kom bij het begrip ‘documenten’. De discussie van de afgelopen twee dagen werd, zo viel mij op, sterk opgehangen aan de Wob<sup>7</sup> en de Woo. Deze wettelijke regelingen hebben de laatste jaren veel in de aandacht gestaan, maar zijn eigenlijk bij de vraag ‘waar zijn de sms’jes van Rutte?’ totaal irrelevant. Voor die sms’jes biedt immers de Archiefwet (Aw) het kader. We moeten beseffen dat op dit terrein drie wettelijke regelingen met elkaar samenhangen: de Algemene verordening gegevensbescherming van de Europese Unie (AVG), die omschrijft wat de privacy is die moet worden beschermd, de Archiefwet, die in samenhang daarmee bepaalt wat we hoe lang moeten bewaren, en de Woo, die aangeeft wat er van de te bewaren informatie moet worden geopenbaard. De Woo is daarmee dus het sluitstuk en niet het startpunt.<sup>8</sup>



### Privacy (AVG), Bewaren/vernietigen (Aw), Openbaar maken (Woo)

<sup>7</sup> Wet openbaarheid van bestuur, op 1 mei 2022 vervangen door de Wet open overheid (Woo).

<sup>8</sup> De hier opgenomen sheet illustreert de samenhang van drie algemeen verbindende regelgevingsproducten. In het verslag zijn niet alle sheets die de preadviseurs aan de vergadering hebben getoond in extenso opgenomen. [Red.].



Deze samenhang heeft geleid tot een aantal standpunten die ik in mijn preadvies inneem. In de eerste plaats stel ik dat openbaar maken niet zonder vernietigen kan. Ik ben het er geheel mee eens dat op basis van de Archiefwet selectielijsten worden vastgesteld met bepaalde bewaartermijnen. Soms mag je gewoon informatie na bepaalde tijd vernietigen, onder meer in het licht van het recht op privacy. Het vernietigen moet echter op gecontroleerde wijze gebeuren. Gisteren zagen we in het Kamerdebat dat terecht de vraag werd opgeworpen of het verstandig is dat het vernietigen van documenten aan de betrokken ambtenaar of bestuurder wordt overgelaten. Dit kan beter worden gedaan door daartoe opgeleide informatie-professionals.

In de tweede plaats heeft het debat van gisteren laten zien dat het misschien tijd wordt de Archiefwet en de Wet open overheid te integreren tot één samenhangende Informatiewet, om de samenhang die er is ook werkelijk beter tot uitdrukking te laten komen. In de derde plaats vraag ik aandacht voor de vraag wie op het gecontroleerd vernietigen van informatie toezicht moet houden. De Woo introduceert een nieuw adviescollege,<sup>9</sup> dat nog bezig is personeel te werven, maar daarnaast is er al jarenlang de Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed, die toezicht op de uitvoering van de Archiefwet houdt. Als de twee genoemde wetten worden geïntegreerd, kan naar mijn mening de Inspectie tot een sterke toezichthouder met bijbehorende bevoegdheden worden gemaakt. Waarom zou die Inspectie de minister van Algemene Zaken bijvoorbeeld niet een last onder dwangsom of zelfs een bestuurlijke boete kunnen opleggen vanwege het feit dat hij kennelijk nog steeds zijn informatiehuishouding niet op orde heeft?

Ik kom op het onderwerp passieve openbaarmaking. Vaak wordt het standpunt ingenomen dat de Woo op dit moment onuitvoerbaar is. We zitten in een digitale samenleving: er is te veel e-mail, er wordt te veel ge-sms't, en hoe kunnen we dan in vredesnaam al die informatie openbaar maken! En bovendien: er komen te veel en te omvangrijke informatieverzoeken. We kunnen ons afvragen of dat werkelijk zo is – volgens sommige onderzoekers valt daar wel iets op af te dingen – maar voor nu ga ik maar van deze premisse uit. In dit verband acht ik het, zolang de informatiehuishouding van de overheid niet op orde is, niet passend een discussie over beperking van het fundamentele recht op informatie te houden. Je kunt je er niet op beroepen dat iets heel veel tijd kost als de grote hoeveelheid tijd die het kost wordt veroorzaakt door je eigen werkwijze. Ik denk dan aan een overheid die niet met doorzoekbare documentmanagementsystemen of met automatische laksystemen werkt. Het recht om een informatieverzoek in te dienen is voor mij fundamenteel. Ik leg daarom in mijn preadvies als derde stelling aan de vergadering voor: 'Het recht om omvangrijke informatieverzoeken in te dienen moet niet worden beperkt, zeker niet zolang de informatiehuishouding van de overheid nog niet op orde is.'

---

9 Dit is het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding (ACOI) [Red.].

Tegelijkertijd moet ik constateren dat de Wet open overheid erg weinig maatwerk biedt. Het is wellicht wat onaardig van een ‘domme wet’ te spreken, maar feit is dat de wet geen enkel onderscheid tussen verschillende soorten documenten maakt. Ik denk bijvoorbeeld aan het onderscheid tussen een formeel besluit, zoals een Awb-besluit en meer beleidsmatige besluiten enerzijds, en aan e-mails en sms’jes anderzijds. Alles is een document, alles mag je opvragen en alles moet de overheid binnen vier weken kunnen vinden en openbaar maken. Is dat nodig? Is er niet een zekere hiërarchie tussen verschillende soorten documenten te vinden? En zouden we bij de toepassing van de uitzonderingsgronden geen onderscheid kunnen maken tussen lopende en afgeronde dossiers? Dit zijn zo maar wat ballonnetjes die ik in mijn preadvies heb opgelaten en waarover het zinvol is als daar de komende jaren verder over zou worden gediscussieerd.

In het verlengde hiervan kom ik uit bij het recht dat *public watchdogs* – journalisten – hebben. De wet gaat ervan uit dat eenieder gelijkelijk recht heeft op informatie. Ik sta daarachter, maar ik constateer dat op dit moment informatieverzoeken zelden op tijd worden afgehandeld. Is het dan niet logischer om – zeker tot de informatiehuishouding in orde is – rekening te houden met de belangrijke positie die journalisten in ons democratische bestel hebben? Een van de belangrijkste dingen die journalisten graag willen, is effectieve en dus vooral ook snelle rechtsbescherming. Bieden wij die op dit moment? Vaak merk je dat alle aanvragers, maar vooral ook journalisten, behoefte hebben aan een onafhankelijke derde die toetst of het bestuursorgaan wel goed heeft gezocht en niet te veel heeft gelakt. Ik heb dan ook in mijn preadvies het standpunt ingenomen dat het beter is de bezwaarprocedure te schrappen. Dat scheelt veel tijd. De vraag is dan natuurlijk hoe de rechtsbescherming zonder die bezwaarprocedure moet worden georganiseerd. We zouden rechtstreeks beroep bij de rechter kunnen introduceren, of misschien zelfs sprongberoep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, maar aangezien de gerechtelijke instanties het nu al druk hebben, zou je ook kunnen overwegen het bezwaar te vervangen door administratief beroep bij het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding. Op die manier zou een onafhankelijke instantie het werk van het bestuursorgaan toetsen. Ik verwijs hier naar de vijfde stelling uit mijn preadvies.

Vervolgens nog iets over actieve openbaarmaking. Een van de speerpunten van de nieuwe Wet open overheid is de gedachte dat als een overheid uit zichzelf meer informatie openbaar maakt, er minder Woo-verzoeken zullen komen en er wellicht automatisch meer transparantie en meer vertrouwen zal zijn. De grote teleurstelling is dan dat de desbetreffende bepaling (art. 3.3) nog niet in werking is getreden. Dat komt doordat de overheid bezig is met een nogal groot ICT-project: <https://open.overheid.nl>. Het is de bedoeling dat alle honderden bestuursorganen hun integrale documenten moeten kunnen ontsluiten via PLOOI. Laat ik voorstellen dat ik dat een heel mooi eindbeeld vind, maar aan de andere kant ben ik bezorgd over de tijd die eroverheen zal gaan voordat het zo ver is. Als we tot de conclusie zouden komen dat dit een te lang ICT-traject gaat worden, zouden we volgens mij in de tussentijd als uitgangspunt kunnen nemen dat actieve openbaarheid niet hoeft te wachten op een ICT-platform. Alle gemeentes hebben al websites.

Laat men gewoon met die actieve openbaarmaking beginnen. Misschien zou de verplichting dan ook wel eerder in werking kunnen treden, los van de gereedheid van het platform.

Op dit punt heb ik in mijn preadvies een plan B geïntroduceerd: een documentenregister-light. Waarom hebben, in navolging van wat in veel omliggende landen het geval is, de meeste bestuursorganen niet een soort Excel-bestand met een overzicht van de documenten die zij hebben, waaronder in- en uitgaande post? Zo'n bestand, dat heel eenvoudig mag zijn, maakt het mogelijk dat journalisten weten welke documenten er zijn, zodat ze veel gerichtere informatie kunnen opvragen. Nu merken we dat informatieverzoeken vaak op een schot hagel neerkomen, hetgeen weer bijdraagt aan de complexiteit van het afhandelen van de Woo-verzoeken. Wellicht kan, op het moment dat PLOOI vast lijkt te lopen in de ICT, een dergelijk documentenregister een goede tussenstap zijn.

Met deze inleiding heb ik geprobeerd te laten zien hoe ik in mijn preadvies heb nagedacht over de lange termijn. Ik heb gezocht naar mogelijkheden om de wet verder te verfijnen en om het recht op openbaarmaking op een uitvoerbare manier werkelijk te realiseren. Dat is zoeken naar een balans. Ik kijk ernaar uit hierover vandaag van gedachten te wisselen, waarbij ik vooral graag hoor welke mogelijkheden ik wellicht over het hoofd heb gezien. Welke mogelijkheden tot verbetering van het recht op overheidsinformatie zien de aanwezigen?

### **Eric Daalder<sup>10</sup>**

Zonder dat ik wil citeren uit de interne mail die ik van het VAR-bestuur heb gekregen, kan ik melden dat mij is verzocht een vraag te stellen, en dat zal ik dan ook zeker doen. Er werd ook toegezegd dat er een antwoord zou komen, maar inmiddels heb ik begrepen dat dit niet in de ochtendsessie zal gebeuren. Ik betreur dat, want ik kom met, vind ik zelf, een heel belangrijke vraag.

Voordat ik aan het verzoek van het VAR-bestuur zal voldoen, moet ik iets corrigeren. Egbert Dommering ken ik al meer dan veertig jaar. Als er nu iemand over de Wob heeft geprocedeerd dan is hij dat! Ik raad de aanwezigen aan Kort geding nummer 421 uit 1988 te bekijken, zodat zij kunnen zien hoe wij tegenover elkaar hebben gestaan. Verder wil ik nog memoreren dat we, toen de Awb net in werking was getreden, binnen een paar weken samen bij de rechter in Rotterdam stonden om te procederen over de Wob, in het bijzonder over de vraag of de stukken over de Betuwelijn openbaar gemaakt moesten worden. Ik heb die zaak gewonnen, maar ik betwijfel of dit uiteindelijk de transparantie ten goede is gekomen.

Ik ga nu mijn vraag stellen, een vraag die gewoon met iets praktisch te maken heeft. Alle theorie in de preadviezen is prachtig, maar als bestuursrechter die nu een jaar

---

<sup>10</sup> Heeft het preadvies van Drahmman besproken in NTB 2022/143.

of zes werkzaam is, wil ik graag antwoord hebben op een heel belangrijke praktijkvraag waarover bestuursrechters straks zullen moeten oordelen. De intensieve discussies van gisteren en eergisteren over wat moet worden bewaard<sup>11</sup> zijn politiek ongetwijfeld heel interessant, maar waar gaat het nu bij een Wob/Woo-zaak in de praktijk om? Er ligt, afgezien van de gevallen van actieve openbaarmaking, een verzoek om informatie, de documenten die op dat verzoek betrekking hebben worden verzameld en dan komt het aan op de vraag of die zullen worden verstrekt. Er kunnen belangen zijn die zich tegen openbaarmaking verzetten en dan komt het bij de sterk in aantal toegenomen relatieve uitzonderingsgronden neer op een belangenafweging. Hoe moet nu de rechter die belangen afwegen? De Woo gaat, gezien ook haar considerans, uit van meer openheid en een recht op informatie, zodat we zouden kunnen denken dat de belangenafweging al gauw in het voordeel van de openbaarheid moet uitvallen. Vervolgens kunnen we de blik richten op de wetsgeschiedenis, die overigens niet eenvoudig te doorgronden is doordat er gedurende het wetgevingsproces veel is veranderd. Aandacht vraagt een amendement dat op 12 april 2016 is ingediend en rond die tijd ook is aangenomen.<sup>12</sup> In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd bepaald dat informatieverstrekking achterwege zou blijven als daardoor een of meer van de opgesomde belangen ernstig zou worden geschaad en het algemeen belang van informatieverstrekking daar niet tegenop zou wegen. Het wetsvoorstel schreef dus geen belangenafweging sec voor: alleen bij ernstige schade aan het betrokken belang zou openbaarmaking achterwege mogen blijven. Ik was daar wel trots op, want dit komt precies overeen met wat ik een jaar of tien eerder in mijn proefschrift heb voorgesteld.

In het zojuist genoemde amendement werd voorgesteld de zinsnede ‘daardoor een of meer van de volgende belangen ernstig geschaad wordt en het algemeen belang van openbaarheid van informatie niet opweegt tegen deze schade’ te vervangen door: ‘het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen’. Doel van het wijzigingsvoorstel was volgens de toelichting dichter bij de formulering in artikel 10 lid 2 van de oude Wet openbaarheid van bestuur (de afwegingsbepaling) te blijven, waardoor gemakkelijker bij bestaande jurisprudentie over belangenafweging zou kunnen worden aangesloten. Met andere woorden: er zou niets moeten veranderen. Nu zou je zeggen dat over iets zo belangrijks veel zal worden gediscussieerd, maar dat gebeurde natuurlijk niet, want als het over openbaarheid gaat, hebben we het altijd over de randverschijnselen.

Over de vraag die ik in dit verband aan Annemarie Drahmman wil stellen, heb ik ook al iets geschreven in mijn bespreking van haar preadvies. De vraag luidt: hoe moet de bestuursrechter hiermee nu omgaan? Onder de Wob geldt dat geen andere afweging moet worden gemaakt dan de afweging in artikel 3:4 Awb en dat openbaarheid de regel is. Bert Marseille, die in zijn rede een opmerking over dat artikel maakte, wijs ik erop dat wij rechters als het om de Wob gaat wel degelijk naar artikel 3:4 kijken. Al met al hebben we dus te maken met de gewone 3:4-toetsing,

---

11 Zie noten 24 en 25.

12 Kamerstukken II 2015/16, 33328, nr. 22.

maar is dat dan de toetsing zoals zij was, of moet de bestuursrechter anders gaan afwegen? Moet het belang van de openbaarheid zwaarder – sommigen zullen misschien zeggen: nóg zwaarder – gaan wegen? Welke betekenis moet worden toegekend aan, heel plat samengevat, het inzicht dat transparantie niet altijd zo goed is? Zowel in het preadvies van Annemarie Drahmman als in dat van Anoeska Buijze lezen we daarover iets. Moet het openbaarheidsbelang dan wel zo zwaar wegen? Wat is de betekenis van de bekende uitspraken van 2 februari? Zij geven niet direct antwoord op de vraag die hier aan de orde is. Zelfs de mooie conclusie van de advocaat-generaal doet dat niet. Verder kan nog de vraag rijzen of er onderscheid tussen bepaalde belangen moet worden gemaakt en of bij de belangen waarbij burgers een rol spelen een andere afweging tot stand moet komen dan bij de belangen van de overheid. Ten slotte – ik wil daarop toch nog eens de nadruk leggen: openbaarheid is prachtig, maar ik ben een groot deel van mijn dagen bezig met privacy en dan mag er nooit iets openbaar zijn, behalve als het om toegang gaat.

Met de komst van de Woo komt de bestuursrechter voor een ingewikkelde klus te staan. Ik hoop van harte dat Annemarie Drahmman of iemand anders voor ons de weg zal schetsen en een antwoord zal geven op de vraag hoe de bestuursrechter onder de Woo de afweging van belangen moet laten plaatsvinden.

**Voorzitter:** Prachtig hoe ‘de vraag’ door Eric heel lang is uitgesteld en hoe er vervolgens heel véél vragen kwamen! Dat geeft Annemarie Drahmman, die ik nu toch even het woord geef, de gelegenheid om een keuze te maken. Ik hoop dat ze het nogal kort houdt en dat Eric Daalder dan vanmiddag naar de desbetreffende deelsessie komt om de rest van het antwoord te horen.

### **Annemarie Drahmman**

Het doel van de Wet open overheid is dat meer openbaarheid wordt bereikt. Dat is in een aantal symboolbepalingen tot uitdrukking gebracht. In mijn visie zal de bestuursrechter niet alleen naar de letterlijke tekst van artikel 5.1, tweede lid, moeten kijken, die overeenkomst met een reguliere belangenafweging vertoont, maar zal hij ook oog moeten hebben voor de context van de veranderde wetgeving. We bevinden ons op een nieuw ijkpunt, waarbij men zich op een nieuwe bestuurscultuur richt. Dat betekent dat in eerste instantie een verantwoordelijkheid bij bestuursorganen ligt: bij hun besluitvorming moeten ze erover nadenken wat deze nieuwe wet voor hen betekent. Per Woo-besluit zullen ze uitdrukkelijker moeten motiveren hoe ze de belangenafweging hebben gemaakt. Pas de eventuele tweede stap is de beoordeling daarvan door de bestuursrechter. Ik geef overigens toe dat we hier met een ingewikkelde puzzel te maken hebben, waarover we het ongetwijfeld tijdens de deelsessie over mijn preadvies nog uitgebreider kunnen hebben. Het voornaamste verschil tussen de beoordeling door de rechter van de toepassing van de uitzonderingsgronden onder de Wob en de Woo kan in mijn ogen zijn dat goed wordt nagegaan hoe de belangenafweging heeft plaatsgevonden en of er niet een soort *copy/paste*-procedure met standaardtekstblokken uit eerdere besluiten is doorlopen, zoals tot nu toe in Wob-besluiten soms wel enigszins leek te gebeuren. Als de bestuursrechter een toetsing in deze richting zou gaan uitvoeren, zou een

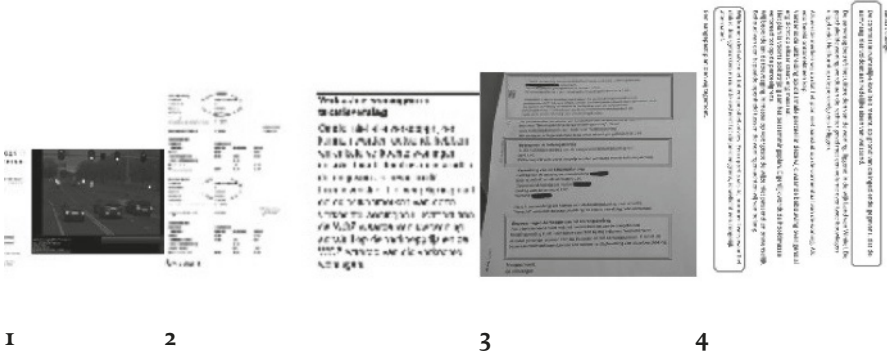
kleine bijdrage worden geleverd aan de totstandkoming van de transitie die de WOO beoogt te bewerkstelligen.

## Johan Wolswinkel

Het is goed, zoveel mensen hier weer samen te zien. Op de Tilburgse campus komen na COVID de studenten nog maar mondjesmaat terug!

Vandaag gaan we het hebben over het openen van de *black box*, en het toverwoord daarbij is natuurlijk *transparantie*, maar over welke box hebben we het eigenlijk? Onder het gehoor beginnen mensen nu misschien te vrezen dat mijn inleiding over artificiële intelligentie (AI) zal gaan omdat zij daar helemaal niks mee hebben. Welnu, mijn opmerkingen gaan ook over AI, maar er is gelukkig meer dan *explainable AI*, hoewel dit natuurlijk wel een sleutelbegrip is bij het openen van de *black box* in de context van AI. Waarom is er méér? Misschien omdat bestuurlijke besluitvorming als geheel als een *black box* wordt ervaren die moeilijk te openen valt. Daarbij gaat het dan om veel meer dan om AI: onder andere ook om papieren input en schriftelijke output.

Bij het schrijven van het preadvies was een moeilijkheid dat we tot besluiten veel minder toegang hebben dan tot uitspraken. Ik ben daarom zo dicht mogelijk bij huis gebleven en kom met vier persoonlijke ervaringen van mijzelf op het gebied van transparantie bij bestuurlijke besluitvorming. De vier stukken die ik u zal tonen heb ik niet afgedrukt in mijn preadvies. Vanwege alle *open access*-verplichtingen die de VAR aangaat, leek me dat net iets te intiem, maar met het oog op de beslotenheid van deze zitting – voor mijn part wordt het niet in het verslag opgenomen<sup>13</sup> – kan ik hier wel iets delen.



<sup>13</sup> De leesbaarheid van teksten in de ter vergadering getoonde vier afbeeldingen is ter bescherming van de privacy in dit verslag afwezig [Red.].

Voorbeeld 1. Het eerste voorbeeld is een verkeersboete. Als je zo'n boete krijgt, kun je tegenwoordig inloggen bij het CJIB en daar kun je een aantal documenten downloaden waarvan er twee foto's zijn. De eerste foto is de startfoto – die gaat nog wel – en de tweede foto is een paar tellen later genomen, waarbij je moet raden welke auto het meest vooruitgeschoven is: die zal dan waarschijnlijk te hard zijn gegaan. Ik laat mij er verder niet over uit; het gaat mij erom dat dit is wat je als motivering van de boete krijgt: twee foto's en nog vier andere documenten waaronder een verklaring over de snelheidsmeter. Je wordt verwezen naar die verklaring, waarin een 'typegoedkeuringsnummer' te vinden is. Met deze motivering moet je het doen. Ik vond het heel indrukwekkend en hebt uiteindelijk toch maar betaald. Later zag ik dat wordt aangegeven dat aan een conceptregeling is voldaan: ik had natuurlijk iets moeten doen, ik heb het laten lopen. Nou ja, dan was ik maar te laat.

Voorbeeld 2. Mijn tweede voorbeeld kennen sommigen van mijn oratie, maar ik vind het te mooi om het niet ook hier op te voeren. Het bestuursorgaan zegt bij de bepaling van de taxatiewaarde van een woning de volgende werkwijze te volgen. De waarde van een woning wordt modelmatig bepaald in een geautomatiseerd proces, maar om een beetje te helpen worden de gegevens van drie verkochte woningen als referentie gegeven. Wat blijkt nu in mijn geval? In de referentiegegevens is mij twee keer dezelfde woning gepresenteerd! Zo kan ik ook motiveren! Dat is een heel bijzondere manier om transparant te zijn over de manier waarop men tot een taxatiewaarde komt.

Voorbeeld 3. Het derde voorbeeld betreft mijn inkomstenbelasting. Ik had iets gewijzigd in het te verwachten inkomen, waarna mij werd meegedeeld dat mijn aanslag was verminderd en dat daarom het bedrag van de aangeboden betalingskorting was verlaagd. Ik schrok mij natuurlijk een hoedje, want de betalingskorting bedroeg € 1 en er zou dus heel wat kunnen gebeuren! Even verderop in de tekst stond: 'Ik stel het nieuwe bedrag van de aangeboden betalingskorting vast op € 1'. Na deze verrassende mededeling werd nog gemeld dat ik in bezwaar mocht gaan. Een en ander zal ongetwijfeld het resultaat van geautomatiseerde processen zijn. Ik had eigenlijk een bezwaarschrift willen indienen, maar ik heb dit toch maar nagelaten.

Voorbeeld 4. Mijn vierde voorbeeld is een advies over een door mij aangevraagde omgevingsvergunning voor bouwen. Op een gegeven moment werd aan het college van B en W meegedeeld dat de aanvraag niet aan redelijke eisen van welstand voldeed. Ik kreeg het advies te zien. Wat doe je met zo'n mededeling over welstand? Met de constatering van strijd met het bestemmingsplan die eraan werd toegevoegd kan ik als jurist dan wel weer iets méér beginnen. Jammer was dat men al met al tot een negatief advies kwam, maar verheugend was dat men de oplossing die bij de burens van nummer 2 is gekozen als een mogelijk alternatief presenteerde. Ik ben dat helemaal gaan uitzoeken. Het goede nieuws is dat er nu bij ons wordt gebouwd en dat we toch de vergunning hebben gekregen. Tijdens het proces van de besluitvorming kregen wij dit advies en we mochten onze plannen aanpassen. We kregen dus niet direct een afwijzing, maar werden door tussentijdse transparantie

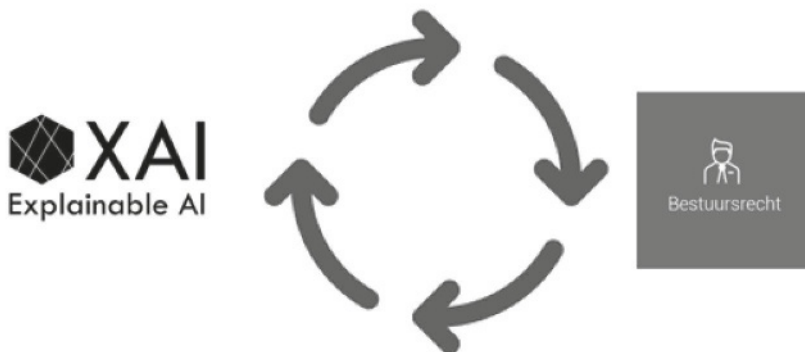
in staat gesteld onze aanvraag bij te stellen. Nadat we bij wijze van spreken twee steentjes anders hadden neergelegd, is de vergunning verleend.

Wat hebben deze voorbeelden nu gemeenschappelijk? We hebben te maken met een bestuur dat over de genomen besluiten probeert transparant te zijn, dat daarin soms slaagt, dat soms de *black box* in stand houdt en dat soms – zoals in het geval van de belastingaanslag en de betalingskorting van € 1 – ter plekke een *black box* creëert.

Zojuist heb ik laten zien dat AI een *black box* kan zijn en dat misschien ook de bestuurlijke besluitvorming als geheel een *black box*-karakter heeft. Er is nog derde *black box*, en die toon ik u in de volgende afbeelding.



Hier gaat het mij om de vraag: waar staat het bestuursrecht zelf als het om transparantie bij bestuurlijke besluitvorming gaat? De zaal waarin we nu zitten, is als het ware een *black box* waar we na deze vergadering met een output uit kunnen komen. Hebben wij zelf voldoende zicht op wat we nu eigenlijk vereisen en op de standaarden die we hanteren? Dat is een vraag die we ons vandaag stellen, maar ook een vraag die de buitenwacht aan ons stelt. Onder meer de wereld van *explainable AI* (XAI) wil weten wat de juristen verwachten. In die wereld is men allerlei dingen aan het ontwikkelen en vraagt men zich af wat er wel en niet in de te vervaardigen producten moet zitten. Als wij hier straks naar buiten lopen, kunnen wij de buitenwereld hopelijk meer duidelijkheid geven over de vraag hoe het nu eigenlijk zit met de bestuursrechtelijke transparantiestandaarden.





Een probleem daarbij is dat we niet gemakkelijk tot antwoorden kunnen komen omdat alles in beweging is. In mijn preadvies spreek ik daarom van bestuursrecht als een *moving target*. Een exacte duiding kan moeilijk worden gegeven, en tegelijkertijd is het mooie van het woord *transparantie* – dat ik trouwens weinig gebruik – dat je in zekere zin buiten de gangbare lijntjes kunt kleuren; ik denk daarbij aan begrippen als openbaarmaking, kennisgeving en mededeling. Dit buiten de lijntjes kleuren heb ik geprobeerd te doen aan de hand van een aantal basale vragen zoals ‘wie moet openbaar maken?’, ‘aan wie?’, ‘waarom?’ en ‘wat moet men openbaar maken?’. Die laatste vraag is de uitdagendste en misschien ook wel de vraag waar we het meest omheen blijven cirkelen. In mijn preadvies maak ik in dit verband onderscheid tussen drie vormen van transparantie: (1) *data transparency*, (2) *process transparency* en (3) *reasoned transparency*. Ik had deze Engelse termen kunnen vertalen, maar ik weet dat *transparency* in de Nederlandse literatuur ooit is begonnen als *doorzichtigheid*, een term die zijn eigen evolutie heeft doorgemaakt, zodat ik nog even wil afwachten wat hier de gangbare termen zullen worden. Elk van de drie transparantievormen licht ik kort toe.<sup>14</sup>

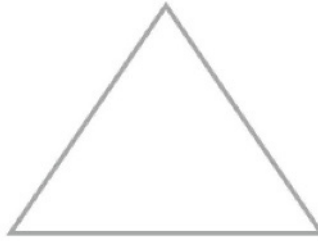
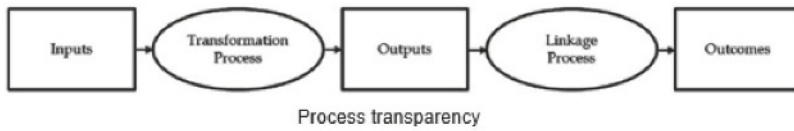
Ad 1: *data transparency*. Hier is transparantie in de zin van ‘wat gaat erin en wat komt eruit?’ aan de orde. De aanvraag gaat erin en het besluit komt eruit. Ik herinner aan de tussentijdse transparantie over de welstandsoplossing van mijn buurman van nummer 2 (voorbeeld 4). Ik was heel benieuwd wat die had gedaan, ik ben gaan kijken en ik heb uiteindelijk een *trick* gevonden om de vergunning toch verleend te krijgen. Bestuursrechtjuristen zullen hier denken aan de bekendmaking en de openbaarmaking.

Ad 2: *process transparency*. Deze vorm van transparantie betreft de manier waarop in een proces de aanvraag of de melding in een beschikking wordt getransformeerd. Bestuursrechtjuristen zullen hier denken aan de toegang tot het besluitvormingsdossier en de op de zaak betrekking hebbende stukken.

Ad 3: *reasoned transparency*. Bij deze vorm van transparantie is niet alleen duidelijk hoe de diverse stapjes tot stand komen, maar ook waarom dat zo gebeurt. Bestuursrechtjuristen zullen hier denken aan aspecten als de motivering van de beschikking.

---

14 Zie de samenvatting in de opgenomen sheet met driehoek.



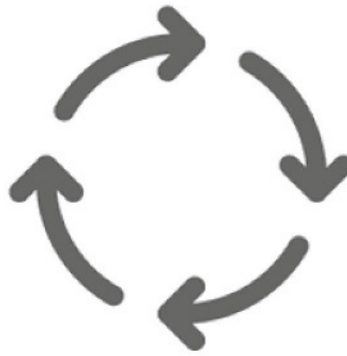
Reasoned transparency

Langs deze drie lijnen heb ik geprobeerd na te denken over wat ik dan maar een *transparency upgrade* heb genoemd. Ik kreeg in mijn voorbeeld 4 één beschikking op de mat, maar ik zou eigenlijk wel alle beschikkingen willen zien van de burens die een vergunning hebben gekregen: meer *data transparency* ten aanzien van de output. De Woo gaat daarin in zoverre mee, dat veel meer beschikkingen door het bestuursorgaan uit eigen beweging openbaar moeten worden gemaakt.

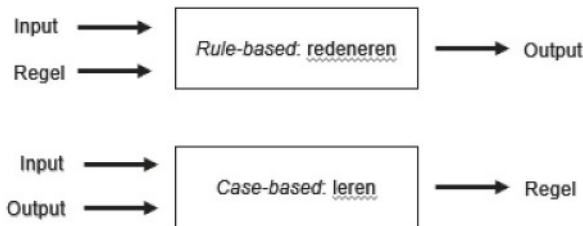
Een volgend punt is een wenselijke upgrade bij het moment waarop de burger de stukken kan krijgen. Ik zit in een bezwaarcommissie voor NWO-beschikkingen en ik merk daar dat mensen tien of zeven dagen tevoren de stukken krijgen. Dan gaat er ineens een heel dossier voor hen open, met informatie die bij eerdere beschikbaarheid misschien had voorkomen dat men überhaupt in bezwaar was gegaan, of die tot een andere motivering van het bezwaar had geleid. Is het niet beter dat men in een veel eerder stadium toegang tot het dossier krijgt? Deze wenselijke upgrade betreft de *process transparency*.

In de derde plaats zou ik willen pleiten voor vergelijkende motiveringen. Natuurlijk is het niet goed appels met peren te vergelijken, waarbij we dan met definities van 'fruit', van 'appels' en van 'peren' moeten werken om dat te voorkómen, maar in het algemeen lijkt het mij goed dat het bestuur veel nadrukkelijker beschikkingen in verhouding brengt tot andere, vergelijkbare beschikkingen. Hier komt mijn vierde voorbeeld weer om de hoek kijken: eerst werd ik geconfronteerd met allerlei abacadabra over het niet voldoen aan redelijke eisen van welstand, maar het bleek uiteindelijk te gaan om de vergelijking tussen ons huis en het huisnummer 2.

Zo heb ik langs drie lijnen een wenselijke upgrade geschetst. Die upgrade staat in feite los van AI. De mensen die schrik voor de inhoud van mijn preadvies hebben, kan ik dus geruststellen: je kunt ook over mijn preadvies discussiëren zonder bijzondere affiniteit met AI te hebben. Tegelijkertijd geldt dat het denken over transparantie ook gevolgen voor AI-besluitvorming heeft, terwijl omgekeerd AI-besluitvorming een inspiratiebron kan zijn bij de beantwoording van vragen die in het bestuursrecht aan de orde zijn.



Onder mijn preadvies ligt een heel belangrijke vraag: wat is eigenlijk het karakter van bestuurlijke besluitvorming? Gaat het om het toepassen van een regel op een gegeven aanvraag waar dan een beschikking uitkomt, of gaat het veel meer om een vergelijking tussen allerlei situaties, waarbij de daarboven zwevende algemene regel weinig richting geeft? In het laatste geval ligt het in de lijn meer een *case by case*-benadering te volgen en gebruik te maken van lerend vermogen aan de hand van de historische gevallen. Het antwoord op de vraag naar het karakter van bestuurlijke besluitvorming zal de gedachtenvorming over transparantie gaan kleuren.



In ieder geval zullen naar verwachting zelflerende technieken op het gebied van AI een impuls geven in de richting van veel meer *case-based* besluitvorming. Als echter de ambtenaren daarmee kunnen worden geholpen, kan ook de burger misschien wel met zulke technieken aan de slag. Men spreekt hier wel van de democratisering van AI. Wanneer de burger toegang tot vergelijkbare beschikkingen kan krijgen en wanneer AI-systemen vrij gemakkelijk te hanteren zijn, kan de burger misschien zelf ook een gedragslijn construeren waaraan het bestuur kan worden gehouden.



Op die manier kan de burger – op het plaatje rechts – in zekere zin in evenwicht komen met de overheid. De burger gaat dan met data aan de slag en presenteert bij de overheid als het ware de geconstrueerde gedragslijn.

Ik wijs in dit verband even op het Tilburgse symposium ‘Wet open overheid: *game changer* voor openbaar bestuur en burger?’ dat op 17 juni aanstaande zal worden gehouden. Het zojuist getoonde plaatje dient onder meer als embleem van dat symposium, waarop juristen en niet-juristen met elkaar in gesprek zullen gaan. De aanwezigen zijn van harte welkom!

Terug naar deze VAR-vergadering. Na een hopelijk goede gedachtewisseling straks in de deelsessies en vervolgens plenair weer in deze zaal gaan we onze VAR-*black box* uit en zullen we de buitenwereld beter kunnen vertellen hoe het in het bestuursrecht gesteld is met transparantie.

**Voorzitter:** We beginnen hier nu al met een vraag van Ymre Schuurmans.

#### **Ymre Schuurmans<sup>15</sup>**

Graag pak ik de handschoen op om het preadvies te duiden en het debat aan te zwengelen. Ik zou dat moeten kunnen doen in vier minuten, dus wellicht hebben we ook nog één minuut tijd voor een antwoord. Zoals uit mijn bespreking in het NTB zal zijn gebleken, heb ik veel waardering voor de analyse en de oogst van het preadvies. De grondige analyse van Awb, AVG en Woo laat een tendens in transparantieverplichtingen zien. Die gaat naar een eerdere, bredere en soms uitgebreidere informatieverstrekking. Waar het klassieke bestuursrecht de nadruk legt op outputtransparantie – welk besluit is genomen? – vraagt geautomatiseerde besluitvorming om meer aandacht voor *process transparency* en *reasoned transparency*. Wat uit de computer rolt, willen we uitgelegd krijgen.

---

<sup>15</sup> Heeft het preadvies van Wolswinkel besproken in het NTB 2022/145.

Het preadvies maakt inzichtelijk hoe bij geautomatiseerde besluitvorming aan transparantie invulling kan worden gegeven. Zo kunnen technieken uit de *explainable AI* worden ingezet om de logica van een individueel geval uit te leggen. Dat leidt tot een motivering op maat die contextueel, selectief en sociaal is. Op die manier kan *explainable AI* leiden tot een upgrade van het transparantiebeginsel in het algemeen bestuursrecht en tot een beter bestuursrecht.

Maar we moeten ook debatteren, en dat doe ik graag over stelling 3 van het preadvies: ‘Bij geautomatiseerde besluitvorming geldt geen hogere transparantie-standaard dan bij niet-geautomatiseerde besluitvorming.’ Ik denk dat we daarmee de mensheid tekortdoen, en confronteer deze stelling graag met een centrale stelling van Nobelprijswinnaar Daniel Kahneman, die onderzoekt hoe mensen denken en beslissingen nemen. Gestrand op een vliegveld in de meivakantie herlas ik weer eens zijn deel over overmatig vertrouwen.<sup>16</sup> Een van zijn centrale stellingen luidt als volgt: in alle gevallen waarin wij menselijk oordeel door een formule kunnen vervangen moeten we deze mogelijkheid ten minste onder ogen zien. Er zijn vele psychologische en medische studies waarin klinische voorspellingen op grond van subjectieve indrukken van geschoolde professionals zijn vergeleken met statistische voorspellingen op grond van een klein aantal scores aan de hand van een regel. Een bekend voorbeeld is dat van de inschatting van het studiesucces van studenten. In een experiment moesten ervaren studieadviseurs voorspellen welke eerstejaarsstudenten succesvol hun studie zouden afronden. Ze namen bij elke student 45 minuten een interview af en ze beschikten over de middelbareschoolcijfers, verschillende aanlegtests en een persoonlijk opstel van vier pagina’s. Daarnaast werd een statistisch algoritme gebruikt, dat alleen de middelbareschoolcijfers en één aanlegtest verwerkte. De statistische formule bleek een stuk nauwkeuriger dan het oordeel van de studieadviseurs. Er volgden vele vervolgstudies en klinische experimenten. Kahneman concludeert: rond 60% van de onderzoeken heeft een significant hogere nauwkeurigheid voor het algoritme aangegeven en in de overige vergelijkingen is er sprake van een gelijkspel.

Natuurlijk zijn deze klinische studies niet op alle expertises van toepassing en zijn mensen vergevingsgezinder voor menselijke fouten dan voor een door de computer gemaakte fout. Maar toch! De vraag die ik wil voorleggen, is de volgende. Als we de juridische norm als uitgangspunt nemen – laten we zeggen: het transparantiebeginsel – en vanuit die norm bekijken welk beslissysteem voor ons juristen aanvaardbaar is, doen we daarmee dan de sociale wetenschap of het maatschappelijk belang geen geweld aan? Wij willen transparantie en verdedigingsrechten, en verlangen dan primair een systeem dat ons brein begrijpt en dat logisch lijkt. Tegelijkertijd laat het preadvies zien dat aan AI-systemen ook meer en andersoortige informatie kan worden onttrokken, waardoor ons begrip van goede besluitvorming en een begrijpelijke motivering wordt vergroot. Mijn vraag aan Johan Wolsinkel luidt al met al: wil hij meestemmen in mijn stelling dat bij geautomatiseerde

---

16 Ons feilbare denken, deel 3.

besluitvorming wél een hogere transparantiestandaard geldt dan bij menselijke besluitvorming? Die hogere standaard geldt omdat hij mogelijk is, omdat hij nodig is om mensen een algoritme te laten vertrouwen en omdat hij langs die weg tot betere AI-systemen leidt, wat binnen de overheid ook broodnodig is.

## **Johan Wolswinkel**

Met deze vraag en ook met de bespreking in het NTB ben ik heel blij, omdat er duidelijk door wordt dat we AI ook in de bredere context van een beter bestuursrecht kunnen zien. Wat de transparantiestandaard betreft: ik heb gekozen voor een prikkelende stelling, die dus niet als hogere standaard kan worden beschouwd. Van belang is dat we eerst scherp formuleren wat de menselijke standaard in het bestuursrecht inhoudt. Ik heb het idee dat we daarover vaak niet zo veel zeggen of dat we dat een beetje impliciet laten. Als ik in mijn stelling 2 het standpunt betrek dat een gelijke standaard geldt, bedoel ik daarmee niet zozeer dat we de standaard voor geautomatiseerde besluitvorming naar beneden moeten trekken. Ik verwijs hier ook naar mijn stelling 4, die later vandaag misschien nog nader ter sprake kan komen.

Door onder meer de broncode van AI-systemen beschikbaar te stellen kan transparantie worden geboden. In die zin kan inderdaad een hogere standaard worden aangelegd. Tegelijkertijd is de vraag of de lat ook bij menselijke besluitvorming niet hoger kan liggen. Ik heb het idee dat dit misschien wel mogelijk is.

Is het bij geautomatiseerde besluitvorming nodig meer vertrouwen te creëren dan bij menselijke besluitvorming? Ik weet niet zo goed of men bij menselijke besluitvorming nu juist op basis van vertrouwen met minder uitleg genoegen neemt. Een factor van betekenis zou ook kunnen zijn dat je mensen na afloop kunt bevragen. Er is bij menselijke besluitvorming een sociaal proces mogelijk dat we bij AI-besluitvorming misschien missen. Waar het mogelijk is, kun je bij AI-besluitvorming een hogere standaard hanteren, maar volgens mij kun je bij de menselijke besluitvorming ook nog wel iets hoger komen.

**Schuurmans:** Laten we de discussie in de deelsessie voortzetten.

## **Elisabeth Pietermaat**

De VAR heeft het thema transparantie en openbaarheid dit jaar op de agenda gezet. De drie inleidingen die we vanochtend hebben gehoord, hebben al laten zien hoe actueel en relevant dat thema is en dat terecht ook de transparantie van de bestuursrechtspraak erbij betrokken is. Tot nu toe lag de focus op de transparantie van het bestuur, maar Nina Bontje en ik hebben van het VAR-bestuur de gelegenheid gekregen iets van de transparantie van de bestuursrechtspraak te vinden.

Over die transparantie kunnen we misschien wel wat optimistischer zijn dan over de transparantie in het bestuursrecht in het algemeen. In de kern hebben we de transparantie in het bestuursrecht goed geregeld: de zittingen zijn openbaar,

uitspraken worden in het openbaar gedaan en ze worden in het algemeen goed gemotiveerd. De rechtspraak als instituut heeft de afgelopen periode wat die motivering betreft heel veel verbeterd; met name in de laatste jaren zijn onder invloed van de klaretaalbeweging uitspraken voor het grote publiek transparanter gemaakt.

Kunnen we nu tevreden achteroverleunen omdat het allemaal wel in orde is? Nee, want ook wat goed is, heeft onderhoud nodig. Vanuit dat perspectief hebben wij ons in ons preadvies afgevraagd wat je zou kunnen doen om de bestuursrechtspraak beter en transparanter te maken, iets wat uiteindelijk zal bijdragen aan het vertrouwen dat de burger in die rechtspraak moet hebben. We zijn te werk gegaan langs de bekende lijnen van de interne en de externe openbaarheid. Ik van mijn kant zal vandaag kort onze voorstellen toelichten die betrekking hebben op de interne openbaarheid en Nina zal vertellen wat we hebben bedacht op het gebied van de externe openbaarheid.

Als we het hebben over de interne openbaarheid van het bestuursproces komen we in de eerste plaats uit bij de op de zaak betrekking hebbende stukken. Artikel 8:42 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) verplicht bestuursorganen om nadat de beroepsgronden zijn ingediend de op de zaak betrekking hebbende stukken in te dienen. Dat is uit een oogpunt van *equality of arms* een heel belangrijke verplichting, die moet borgen dat de burger c.q. de onderneming, het bestuursorgaan en de rechter over dezelfde stukken kunnen beschikken om het voorliggende besluit te kunnen beoordelen op rechtmatigheid.

Met name in de rechtspraak van de Hoge Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) is veel aandacht besteed aan de vraag wat 'op de zaak betrekking hebbende stukken' nu precies zijn. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de discussie daarover vaak door advocaten van grote ondernemingen wordt aangezwengeld. Dat heeft de Hoge Raad gebracht tot een aantal vuistregels, voor het eerst geformuleerd in 2015 en aangescherpt in 2018, die erop neerkomen dat het gaat om de stukken die ter beschikking hebben gestaan van het bestuursorgaan toen het besluit werd genomen én die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil. Wij denken dat dit heel behulpzame vuistregels zijn die ook andere hoge bestuursrechters tot uitgangspunt zouden moeten kunnen nemen en die – wat misschien uit het oogpunt van transparantie even belangrijk is – ook ergens zouden moeten worden opgeschreven. Als een burger of een onderneming die eens een keer naar de bestuursrechter moet artikel 8:42 leest, kan nu gemakkelijk de vraag rijzen wat dan eigenlijk 'op de zaak betrekking hebbende stukken' zijn. Van zulke procespartijen kun je natuurlijk niet verlangen dat ze eerst de hele rechtspraak doorakkeren om een soort beeld van de inhoud van dit rechtsbegrip te krijgen.

In ons preadvies hebben wij voorgesteld nader uit te werken wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn en die uitwerking in de procesreglementen neer te leggen. Nu zal een goede jurist zich onmiddellijk afvragen of de procesreglementen wel de juiste plek zijn. Dat is op zichzelf een terechte vraag: als men een betere plek

weet, houden wij ons van harte aanbevolen. Misschien moet deze nadere uitwerking wel voor een deel in de Awb zelf haar plaats krijgen.

In aanvulling hierop bevat ons preadvies ook nog wel wat meer inhoudelijke voorstellen om tot een nadere afbakening te komen. Concepten en interne documenten hoeft een bestuursorgaan wat ons betreft in beginsel niet meteen bij de op de zaak betrekking hebbende stukken te voegen, maar als aannemelijk wordt gemaakt dat ze voor de beoordeling van het besluit wel degelijk relevant kunnen zijn, zal het bestuursorgaan er toch mee moeten komen. Van juridische adviezen hebben wij gezegd dat het in beginsel geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Zo zijn er enige keuzen die je zou kunnen maken en die je in de procesreglementen tot uitdrukking zou kunnen brengen.

In aansluiting op onderwerpen die vanochtend al langs zijn gekomen, wil ik nog even nader ingaan op de door de Hoge Raad geformuleerde vuistregel dat het moet gaan om documenten die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van het geschil. In ons preadvies betogen wij dat het aan de bestuursrechter is te toetsen of hij alle in aanmerking komende op de zaak betrekking hebbende stukken heeft. Waar de intensievere toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in beeld komt – artikel 4:84 Awb enzovoort – is het van belang dat de bestuursrechter, zeker in zaken tegen burgers, een integraal beeld heeft van de positie waarin appellant verkeert. Veel vaker dan nu het geval is, zou dit ertoe kunnen leiden dat de bestuursrechter om relevante stukken in het geding te brengen het bestuursorgaan actief bevraagt. Hier komt de tweedeling in de bestuursrechtspraak om de hoek kijken: de Hoge Raad en het CBB breken zich het hoofd over de vraag wat in casu op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, vaak gevoed door advocaten van grote ondernemingen die de tijd hebben zich daarin te verdiepen, terwijl het bij de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep veel meer aan de bestuursrechters aldaar is voor de gelijkwaardigheid in de procesposities te zorgen.

Artikel 8:29 van de Awb regelt de mogelijkheid dat alleen de bestuursrechter van documenten kennisneemt, de zogenoemde beperkte kennisneming. Het bestuursorgaan kan dan betogen: u, rechter, mag deze stukken wel zien, maar ik wil niet dat deze burger of deze onderneming er ook kennis van neemt. De wetgever heeft voorzien dat in zo'n geval een inbreuk wordt gemaakt op de *equality of arms*, met ongelijke toegang tot de stukken. Welnu, als er nu één bepaling in de Awb is waarmee de rechtspraak en de praktijk in onvoldoende mate uit de voeten kunnen en die van de rechtspraak heel veel creativiteit vergt, dan is het wel deze bepaling. Wij slaken dan ook in ons preadvies een hartenkreet aan het adres van de wetgever: artikel 8:29 moet worden gemoderniseerd. Het is echt een heel belangrijke bepaling. De toehoorders zullen weten dat wij tweeën ons in het dagelijks leven bezighouden met het verdedigen van overheidsbesluiten. Daarbij doen we vaak een beroep op artikel 8:29, maar we ontmoeten in de rechtszaal niet zelden personen voor wie zo'n beroep helemaal nieuw is. Zo'n persoon wordt dan gevraagd de bestuursrechter toestemming te verlenen om van bepaalde stukken kennis te nemen. In ons preadvies geven wij aan dan vaak ongemak waar te nemen dat neerkomt op een gedachtegang als: de rechter zit mij ervan te overtuigen dat ik die



toestemming moet geven, want anders kan hij geen goed beeld krijgen, maar waar zeg ik dan eigenlijk ja tegen? Bestuursorganen hebben de dure plicht dit ongemak zo veel mogelijk weg te nemen. Daarop zijn onze voorstellen gericht. De wetgever zou beter moeten opschrijven in welke situaties artikel 8:29 kan worden ingezet, maar zou ook dit ongemak zo veel mogelijk moeten voorkómen, om het zo noodzakelijke vertrouwen in het openbaar bestuur te helpen bevorderen. In dit verband kan worden gedacht aan de plicht voor het bestuursorgaan heel goed te motiveren waarom het noodzakelijk is dat bepaalde informatie geheim blijft.

Tot slot iets over de situaties waarin heel ingrijpende besluiten worden genomen op basis van zeer geheime informatie. In zo'n situatie is de burger volkomen overgeleverd aan de bestuursrechter als het gaat om de heel nauwkeurige beoordeling van de vraag of wat de overheid over die burger zegt, klopt en of op grond daarvan een terecht besluit is genomen. Wij komen in ons preadvies met de aanbeveling een mogelijkheid te creëren om een bijzondere gemachtigde aan te wijzen die namens de betrokken burger van de vertrouwelijke informatie kennisneemt en controleert of de bewering van het bestuursorgaan klopt. De burger is dan in dit opzicht niet afhankelijk van de bestuursrechter. De gemachtigde zou in onze ogen vanwege de op advocaten rustende beroepsregels advocaat moeten zijn.

### **Nina Bontje**

Ook op het gebied van *externe openbaarheid* hebben wij in ons preadvies aanbevelingen gedaan. De eerste aanbeveling heeft betrekking op de toegang tot processtukken voor anderen dan procespartijen. We hebben onderzocht of een ruimere toegang tot processtukken kan bijdragen aan de transparantie van de bestuursrechtspraak. Op dit moment hebben anderen dan partijen tot de processtukken geen toegang. Dit blijkt uit artikel 8:79 Awb, en ook in de bijlage bij de Woo is nog eens duidelijk gemaakt dat je niet met een beroep op die wet processtukken kunt krijgen. Die stukken kunnen ook niet met een beroep op de Woo actief openbaar worden gemaakt. Wij hebben ons de vraag gesteld of het nog van deze tijd is processtukken in het geheel aan de openbaarheid te onttrekken. Er zijn in onze ogen goede argumenten om processtukken vaker openbaar te maken; daarvan zien we althans positieve kanten. Je kunt bijvoorbeeld aanvoeren dat er op die manier meer inzicht komt in de wijze waarop de overheid in bestuursrechtelijke procedures handelt en in de wijze waarop een uitspraak tot stand is gekomen, zodat die beter in de context kan worden geplaatst. Ook kan als pluspunt gelden dat mensen kunnen zien welk partijdebat heeft plaatsgevonden, welke stellingen zijn ingenomen en hoe de argumentatie is gewogen. Dergelijke overwegingen zouden kunnen pleiten voor een ruimere toegang tot processtukken.

Tegelijkertijd zijn er echter ook goede redenen om de processtukken aan brede externe openbaarheid te onthouden. De meest voor de hand liggende overweging houdt natuurlijk verband met de privacybelangen van de betrokken partijen. Er is een groot verschil tussen aan de ene kant debatteren met elkaar in een rechtszaal, waarbij de zitting weliswaar openbaar is maar de stukken zelf niet, en aan de andere kant de situatie waarin stukken op het internet voor eenieder raadpleegbaar

en deelbaar zijn, wat nogal wat verder gaat. Ook commerciële belangen van partijen kunnen zich tegen externe openbaarheid verzetten, evenals het belang van partijen dat hun processtrategie niet breed bekend wordt. Nog belangrijker vinden wij op dit punt de integriteit van het bestuursproces en de toegang tot de rechter. Moet men er rekening mee gaan houden dat processtukken na afronding van de zaak openbaar worden gemaakt, dan zal men terughoudender worden in wat men opschrijft en zal men het standpunt in ieder geval anders opschrijven. Dat verhoudt zich heel slecht met het fundamentele recht op toegang tot de rechter en de mogelijkheid om het eigen standpunt op een eigen manier volledig aan de rechter voor te leggen. Dat laatste weegt, zoals de aanwezigen wellicht in ons preadvies hebben kunnen lezen, voor ons nogal zwaar. In verband hiermee is onze misschien wat saaie conclusie dat het niet breed toegankelijk worden van processtukken uitgangspunt moet blijven. Er moet naar onze mening blijven gelden dat de stukken in principe niet openbaar voor eenieder kunnen worden, maar we hebben wel nagedacht over een uitzondering daarop, die we in onze aanbeveling hebben neergelegd.

De uitzondering die ons voor ogen staat, komt erop neer dat in zaken waarbij er belang bij openbaarheid van (delen van) processtukken is, het bestuursorgaan in ieder geval de mogelijkheid moet hebben deze op grond van de Woo actief openbaar te maken. Aan wat voor zaken denken wij dan? Bijvoorbeeld aan zaken die bijzonder relevant zijn voor de rechtsontwikkeling, waarbij onder meer kan worden gedacht aan zaken waarin een conclusie is gevraagd: de juridische argumentatie die in de procedure is aangevoerd, zou nadien openbaar kunnen zijn. Een ander voorbeeld wordt gevormd door zaken met een groot maatschappelijk belang, de zogenoemde *public interest*-zaken. Je zou kunnen overwegen stukken over zulke zaken openbaar te maken, zeker als ook andere partijen dat doen. In ieder geval zal het moeten gaan om een zaak waarbij de relevantie zich verder uitstrekt dan tot de individuele partijen. Er moet een zaakoverstijgende relevantie zijn.

Hoe moet onze aanbeveling verdere uitwerking krijgen? Wij denken dat het heel belangrijk is de stukken openbaar te maken nadat de zaak is afgesloten, zodat er over de inhoud van de zaak niet al een publiek debat ontstaat terwijl bijvoorbeeld de hogerberoepsrechter er nog over moet oordelen. De openbaarmaking kan verlopen via artikel 3.1 van de Woo, voorheen artikel 8 van de Wob: het stuk dat in beginsel openbaar wordt, wordt getoetst aan de uitzonderingsgronden. Nagegaan wordt welke belangen een rol spelen, eventuele derden-belanghebbenden moet om een zienswijze worden gevraagd, die zienswijze moet worden gewogen en er moet een rechtsbeschermingsmogelijkheid zijn. Een en ander kan er uiteindelijk toe leiden dat bepaalde stukken in bijzondere gevallen toch in ieder geval (deels) in de openbaarheid komen.

Wij beseffen dat deze opzet afwijkt van de systematiek van de Woo, waarbij eenieder altijd om openbaarmaking van informatie kan verzoeken. Gelet op de bijzondere aard van processtukken en de nadelen van brede openbaarmaking, lijkt ons dit een mooie tussenoplossing.

Onze tweede aanbeveling op het gebied van het externe bestuursprocesrecht is eruit voortgekomen dat wij ons hebben gebogen over een classificatie van te publiceren uitspraken. Er wordt op dit moment natuurlijk al veel rechtspraak gepubliceerd op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl), terwijl binnen de Rechtspraak als organisatie het voornemen bestaat om op termijn alle uitspraken te publiceren. In het licht van transparantie zou je dat kunnen toejuichen, en ik verwacht zeker dat onderzoekers er heel blij mee zullen zijn, maar het is de vraag of er voor een individuele zaak nog wel goed naar relevante uitspraken zal kunnen worden gezocht. Welke uitspraak is richtinggevend, welke uitspraak is echt belangrijk geweest, in welke uitspraak is de rechtspraak misschien slechts een duwtje gegeven terwijl je die bij de voorbereiding van je zaak toch ook echt niet kunt missen en in welke uitspraak is gewoon een geschil beslecht zonder dat er vanuit juridisch oogpunt iets belangrijks is gezegd? Een goed ingevoerde gespecialiseerde jurist zal de relevante zaken er wel uit kunnen pikken, maar voor een individuele rechtzoekende of een jurist met een brede praktijk zal dat lang niet altijd mogelijk zijn.

Ons voorstel is er dan ook op gericht uitspraken die op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) komen te classificeren naar de mate waarin ze van belang zijn voor de rechtsontwikkeling. Wij denken dat dit kan bijdragen aan de toegankelijkheid en de hanteerbaarheid van uitspraken, wat ook past in een streven naar verbetering van de toegang tot de rechter. Inspiratie hebben we gezocht bij de HUDOC-database van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dat Hof doet al aan classificatie van uitspraken, op vier niveaus; ons voorstel strekt tot classificatie op drie niveaus:

- aan de uitspraak kan het cijfer 1 worden toegekend als sprake is van een *richtinggevend* karakter – men denke hierbij aan uitspraken waarin een lijn die voorheen altijd werd toegepast, wordt gewijzigd of verhelderd, of waarin een nieuwe lijn voor het eerst wordt toegepast en toegelicht;
- aan de uitspraak kan het cijfer 2 worden meegegeven als er niet van zo'n typische 'kantelzaak' sprake is, maar wel van een uitkomst die verder gaat dan toepassing van de vaste lijn;
- de uitspraak krijgt het cijfer 3 als gewoon de vaste lijn wordt toegepast of als er geen lijn wordt gevolgd maar alleen een geschil wordt beslecht.

Waarschijnlijk zullen heel veel uitspraken in de derde categorie vallen. Op deze manier wordt het gemakkelijker de juiste uitspraken te selecteren.

Wij denken dat degene die de uitspraak schrijft de classificatie mee kan geven op het moment dat de uitspraak richting publicatie gaat, en we stellen daarbij een dynamisch systeem voor. 'Eenmaal een 1, altijd een 1' zou niet moeten gelden, want rechters kunnen denken dat een uitspraak zeer baanbrekend is terwijl dit in de praktijk wel meevalt. De classificatie kan in zo'n geval achteraf worden bijgesteld.

## Ron Stam<sup>17</sup> (via videoverbinding)

Mijn vraag gaat over het publiceren van rechterlijke uitspraken, maar voordat ik daaraan toe kom wil ik ook van mijn kant met ‘sluikreclame’ komen: de rechtspraak is voortdurend op zoek naar goede rechters. Het is best lastig goede mensen te vinden – iets wat natuurlijk niet uniek voor de rechtspraak is –, maar het is een fantastische baan die ik echt van harte kan aanbevelen. Rechter zijn is ontzettend hard werken en je hebt eigenlijk altijd te weinig tijd terwijl er zoals gezegd ook voortdurend te weinig collega’s zijn. Desondanks is het rechterschap een geweldige baan, iets wat alles te maken heeft met de vraag die ik nu over het publiceren van rechterlijke uitspraken ga stellen.

De tendens is duidelijk: als zelfs de voorzitter van de VAR op zijn innemende manier in dit verband iets propageert, weet je dat de ontwikkeling in de richting van het publiceren van alle rechterlijke uitspraken gaat, ook die van de rechtbank. Het zal ervan gaan komen en het zal neerkomen op een zeer aanzienlijke uitbreiding van de site [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl). De schatting is dat op het ogenblik ongeveer 7% van de geselecteerde in aanmerking komende uitspraken op die site wordt gepubliceerd, zodat we kunnen concluderen dat het er echt heel veel meer zullen worden. Dat [rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl) een centraal portaal voor gepubliceerde uitspraken is, zullen alle hier aanwezigen wel weten – het is een heel goed systeem –, maar wat misschien niet iedereen hier zich realiseert, is dat het berust op vrijwillige samenwerking tussen de verschillende gerechten, een samenwerking waarbij ook de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn aangesloten. Door die vrijwillige samenwerking is aan dit echt wel mooie product uiteindelijk vormgegeven. We mogen er best trots op zijn, er wordt veel gebruik van gemaakt en in de praktijk werkt het buitengewoon bevredigend.

Marc van Opijnen heeft verleden jaar in *Rechtstreeks* een artikel geschreven waarin ik heb gelezen dat volgens Oost-Europese ervaringen ruime publicatie lang niet altijd leidt tot betere toegankelijkheid van de rechtspraak of tot betere kennisgeving. In Oost-Europa deed zich een soort reactie op het communisme voor: in de voormalige communistische landen werd op heel grote schaal in feite alle rechtspraak gepubliceerd, zodat men door de bomen het bos niet meer zag. Dit gevaar zien de preadviseurs ook en ze betogen geheel terecht dat er iets moet gebeuren om al die data goed te ontsluiten. Hiermee kom ik tot mijn vraag aan hen. Ik wees er al op dat de samenwerking in uitsprakenpublicatie tussen de gerechten vrijwillig is: er is geen wettelijke grondslag, noch voor de publicatie op zich, noch voor de selectiecriteria, noch voor de anonimisering. Dit plaatst ons in Europa in een soort juridisch vacuüm, dat we wellicht beter zouden kunnen opvullen voordat we tot uitbreiding van publicatie komen. Moeten we niet eerst onder ogen zien welke uitspraken voor publicatie in aanmerking komen, wie de verantwoordelijkheid draagt, welke organisatorische inbedding wordt gekozen en vooral ook wat het mag kosten en wie

---

<sup>17</sup> Heeft het preadvies van Pietermaat & Bontje besproken in NTB 2022/147.

uiteindelijk de rekening gaat betalen? Naar mijn mening moeten we niet in een situatie terecht komen waarin het de vraag wordt: wat wilt u liever, goede toegankelijkheid van de gepubliceerde rechtspraak, of tijdige uitspraken? Je kunt menskracht maar één keer inzetten, je kunt middelen maar één keer gebruiken en dat geldt ook binnen de rechtspraak. Als de ruime publicatie een klus voor de rechtspraak wordt – tot nu toe heeft men het daar heel verdienstelijk gedaan –, is het misschien verstandig eerst na te denken hoe die klus moet worden aangepakt, hoeveel het mag kosten, wie de verantwoordelijkheid draagt enzovoort. Mijn vraag luidt: moeten we niet eerst dat juridisch vacuüm opvullen, en hoe kijken de preadviseurs Nina Bontje en Elisabeth Pietermaat hiertegenaan?

### **Nina Bontje**

Ik dank Ron Stam voor zijn mooie vraag. Om zijn toespitsing op de kosten moest ik even gniffelen, want dat aspect wordt ook in bredere zin wel eens met een streven naar openbaarheid in verband gebracht!

De hoofdvraag is of er eerst een oplossing voor een grondslag en een waarborg bij het publiceren van uitspraken moet komen. De discussie daarover wordt volgens mij op dit ogenblik ook al breder gevoerd; ik denk aan een artikel in het NJB over een Wet publicatie rechterlijke uitspraken. Hoewel ik eerlijk gezegd op dit punt geen uitgesproken mening heb, kan ik me voorstellen dat een goede fundering van belang wordt geacht. Rechtspraak.nl werkt in de praktijk gelukkig goed en de door ons bepleite classificatie van uitspraken lijkt ons het proberen waard. De uitspraken moeten toch al worden geschreven en het is de vraag hoe rechters in de raadkamer tegen publicatie aan kijken. Laten we hun de kans geven tot classificatie te komen en laat het een geruststelling zijn dat de classificatie altijd nog kan worden aangepast.

# Uitreiking VAR-scriptieprijs 2022

## Reinier van Zutphen

Aan de orde zijn nu drie heel belangrijke, mooie geschriften, die mij twee weekenden hebben gekost, maar die mij ook ongelooflijk veel plezier hebben bezorgd. Om te beginnen wil ik, al was het alleen maar in het kader van de transparantie, iets zeggen over de manier waarop die drie werkstukken op mijn bureau zijn gekomen. Vier belangrijke juryleden, Anna Collignon, Hanna Sevenster, Juliette van der Jagt en Leo Damen, hebben gezamenlijk achttien scripties beoordeeld, hetgeen resulteerde in drie werkstukken die naar mij als juryvoorzitter toe kwamen. Er stond bij: het kan niet schelen, ze zijn alle drie even goed, kies maar! Alle drie de auteurs weten nu dus dat ze, als ze straks geen winnaar blijken te zijn, toch net zo goed zelf voor de prijs in aanmerking hadden kunnen komen, althans volgens de vier overige juryleden. Met de inontvangstneming van de drie scripties kreeg ik de wat lastige taak om te kijken wie van de drie het zou moeten worden. Dat heeft me naast het grote plezier ook heel veel moeite gekost, want ze hadden het volgens mij echt alle drie kunnen worden.

De drie werkstukken met hun auteurs zijn:

1. Eline van Slijpe, *De hoorplicht in de Awb: EU-recht proof?*
2. Youri Pluis, *Gebonden bevoegdheden in het 'nieuwe' bestuursrecht*
3. Lise Mitsinga, *Naar een responsieve rechtsstaat*

Ik weet dat Eline in de zaal is, Youri er niet bij kan zijn en Lise nu meeluistert vanuit de Verenigde Staten, Columbia University. Vanmorgen bekeek ik mijn LinkedIn, een activiteit waarbij ik altijd zie wat André Verburg die nacht heeft gedaan, en zag ik dat Lise aan Columbia Law School net graduateerd is. Ook dat is al een felicitatie waard. Ze kan dit horen, en ik denk dat we Lise hier straks ook nog wel even kunnen zien. Tot alle drie de genomineerden wil ik zeggen dat iedereen die in de noten wordt genoemd hier vandaag aanwezig is! Honderden noten: in de drie scripties is een ongelooflijke hoeveelheid tijd en werk gestoken.

Ik kom tot enkele korte opmerkingen per scriptie.

Ad 1. Deze scriptie heeft als ondertitel *Een onderzoek naar de verenigbaarheid van het Nederlandse hoorrecht in de Algemene wet bestuursrecht met het Unierechtelijk verdedigingsbeginsel*. Kort gezegd gaat het om 'eerst horen en dan besluiten' – wat de EU wil – versus 'eerst besluiten en dan horen', zoals het een beetje in Nederland lijkt te gaan. Hoe kunnen we het een aan het ander koppelen en wat kan er over en weer, maar

vooral in Nederland, van de EU-benadering worden geleerd? Daarover zijn heel veel goede dingen gezegd, die ik overigens ook in mijn dagelijks werk goed kan gebruiken en waarmee ook alle aanwezigen hier hun voordeel kunnen doen. De jury kenschetst deze scriptie als een echt eigen verhaal. De auteur staat boven de stof en beheerst de materie heel goed.

Ad 2. In dit zeer goed geschreven werkstuk lezen we: ‘In die gevallen ontstaat een situatie waarin het recht dat op de wet gebaseerd is niet langer samenvalt met het rechtvaardige, terwijl “het billijke” dat wel doet.’ Dit moest ik, met uiteindelijk heel veel waardering, nog een paar keer lezen! Ik hoop dat de toehoorders dat ook gaan doen, want wat hier staat, is ongelooflijk belangrijk, ook voor alle onderwerpen waarover we het hier vandaag gaan hebben. De zin op zich is misschien wat cryptisch; pak die scriptie erbij, zoek dit op, lees het na en denk, mét mij: ja, zo is het! De jury zegt over deze scriptie: zeer leesbaar, indrukwekkende hoeveelheid literatuur, veel jurisprudentie en – heel belangrijk – een eigen mening.

Ad 3. En nu meteen maar naar de winnares: Lise Mitsinga, vanmorgen al bij mij op LinkedIn. Ik toon u de omslag van haar scriptie:

## Naar een responsieve rechtsstaat

Een onderzoek naar de *principle against fettering of discretion* ten behoeve van responsiviteit en maatwerk bij de opstelling, toepassing en toetsing van beleidsregels



Toen ik aan het lezen was, dacht ik: ik kén dat! Natuurlijk ken ik – in de zaal zie ik Michiel Scheltema zitten – het begrip ‘responsieve rechtsstaat’, maar er was meer aan de hand. Uiteindelijk ben ik pas vandaag gaan googelen, om tot de ontdekking te komen dat het NJB bij de scriptievermeldingen het werkstuk van Lise heeft opgevoerd, ook daar trouwens met een centimeter. De centimeter verwijst naar maatwerk, een begrip dat op het ogenblik *top of the bill* is. Ik moet erop wijzen dat Lise dit verhaal al ruim anderhalf jaar geleden schreef. Toen schreef zij al over de dingen waarover wij het hier nu met ons allen de hele dag hebben en waarmee ministeriële uitvoeringscommissies aan de slag moeten: maatwerk, menselijke maat, systemen

en stelsels. Ik zeg tegen alle betrokkenen: pak dit werkstuk erbij, want daar heb je wat aan!

Wat doet Lise? Zij maakt onder meer vergelijkingen tussen wat we in Nederland op dit gebied doen en hoe men met dit soort begrippen en problemen omgaat in met name het Verenigd Koninkrijk. Er blijkt daar al in 1917 – deze grappige vermelding is dan ook weer transparant van Lise – iets te zijn geweest waarmee we een heleboel problemen in Nederland aan de hand van maatwerk hadden kunnen voorkomen. Overigens: bij lezing van de drie werkstukken wist ik niets anders dan dat het ging om de auteurs *Charlie*, *Delta* en *Echo*. Laat men dus niet denken dat ik op naam heb gelezen en toen de scriptie herkende. Dat kon niet, want ik ben pas later op de hoogte gesteld, maar dat rare gevoel van ‘dit heb ik een keer eerder gezien’ had ik wel al vrij snel. Van de achttien scriptieschrijvers heeft Lise echt gewonnen, wat mij betreft en ook wat de jury betreft: zoals gezegd waren de drie werkstukken die mij zijn voorgelegd alle winnaarwaardig.

Er staat een zin in Lises scriptie die ik hier wil voorlezen, omdat alle juryleden daarvoor grote bewondering bleken te hebben. Zij vraagt zich af wie nu eigenlijk eens goed heeft opgeschreven wat die responsieve rechtsstaat is. Welnu, wij denken dat zij dat is! Ik citeer de zin waarin wat mij betreft voor de eerste keer een goede definitie van de responsieve rechtsstaat is gegeven: ‘Een responsieve rechtsstaat is een staat waarin de overheid het burgerperspectief als leidend uitgangspunt neemt bij al het overheidshandelen dat direct of indirect van invloed is op de burger door zich rekenschap te geven van diens behoeften en belangen door zich in te laten met de omstandigheden waarin de burger verkeert.’ Nog een keer nalezen straks thuis, hè, dat begrijpt u wel! In ieder geval is het heel belangrijk met deze begripsbepaling aan de slag te gaan.

Ik richt mij dan ook nog even tot Lise persoonlijk. Het allerbelangrijkste dat ik uit jouw beschouwingen, Lise, over de gang van zaken in het Verenigd Koninkrijk heb gedestilleerd, is dat het woord *maatwerk* niet het goede woord is. Je schrijft ook over de inperking van discretionaire bevoegdheden en het *no fettering principle*, maar ik maak uit je beschouwingen op dat het moet gaan om regels die een uitzondering zijn op de regel in plaats van om regels die ook nog maatwerk mogelijk maken. Wij met ons allen als bestuursrechtsjuristen/bestuursrechters/bestuursrechtsgelerden moeten snappen dat het niet om maatwerk gaat, maar om regels en systemen, ook als beleid in het geding is, die het mogelijk maken tot een uitzondering te komen.

[Lise Mitsinga komt in beeld]

Ha, daar ben je!

Ik sluit af met wat ik leerde van Tom Bingham in zijn boek over *The rule of law: ‘It’s law, not discretion’*. Lise, van harte gefeliciteerd; je hebt het heel erg verdiend!

[Applaus]



## Lise Mitsinga (via videoverbinding)

Hartstikke bedankt, Reinier, en ook de andere juryleden, voor jullie mooie woorden en de mooie prijs. Oud-collega prof. Ymre Schuurmans dank ik voor haar begeleiding. Het onderwerp is op mijn pad gekomen toen ik Ymre vertelde dat ik een scriptie wilde schrijven die zowel juridisch *challenging* als van mogelijke maatschappelijke waarde zou zijn. Die rode draad wil ik in mijn hele loopbaan in het achterhoofd houden. De scriptie is een van de werken die daarvan uitdrukking kunnen zijn.

**Van Zutphen:** Lise, als je het goed vindt, geef ik de bloemen die hier voor je staan aan Ymre mee. Dat doe ik ook met de oorkonde die bij de prijs hoort; zij zal ervoor zorgen dat die bij jou komt. Kom nog eens langs aan de Bezuidenhoutseweg – dan praten we door over maatwerk.

**Mitsinga:** Dat is goed.

**Voorzitter:** Reinier van Zutphen heeft mij er in ieder geval van overtuigd dat we de scriptie van de winnaar en de andere twee genomineerde geschriften moeten gaan lezen.

Tijdens de lunch, die nu op het programma staat, zijn er vier posterpresentaties, van Marielle Rog, Manon Hermans, Joyce Esser en Claire Seijsener. Ik beveel de aanwezigen aan niet alleen te lunchen, maar ook met deze promovendi te praten.

# Huldiging van de winnaars van de pleitwedstrijd<sup>1</sup>

**Voorzitter:** Graag verzoek ik het pleitteam van Leiden naar voren te komen: Sophie Vonk, Anne van der Meeren, Heleen Kleinjans, Dries van de Voort en Remco de Lijster, met als hun begeleiders Femke Binnendijk en Rogier Kegge.

[De genoemden komen naar voren]

[Applaus]

We kennen elkaar nauwelijks, maar ik heb jullie twee keer aan het werk gezien, een keer in de voorronde en een keer in de finale; beide keren was ik zeer onder de indruk. Daaraan voeg ik toe dat ik mét de jury sowieso ook in het algemeen onder de indruk was. Het algemene niveau van de processtukken vonden mensen die ik heb gesproken, ook rechters, heel hoog. De juryvoorzitter heeft aan het eind van de pleitsessies gezegd dat de keuze heel moeilijk was, een gevoel dat ik in de zaal bevestigd zag.

[Volgt overhandiging wisselbeker]

Jullie zijn wat mij betreft een terechte winnaar. De beker is volgens mij een beetje gebutst en de deksel is eraf, maar het is heel mooi dat dit in Leiden allemaal wordt hersteld. Voor de leden van het winnende team had ik drie vragen bedacht, maar met het oog op de tijd ga ik er maar twee stellen.

Op de eerste vraag kan heel kort worden geantwoord. Een casus waarover in de voorrondes werd geprocedeerd, leende zich heel goed voor een schikking, maar in de voorronde waarin ik jullie heb gezien, kwam het niet tot een schikking. Ik ben benieuwd of de andere voorronde, waarin jullie de andere kant vertegenwoordigden, wel in een schikking eindigde.

Uit de reacties maak ik op dat dit niet het geval was. Jammer!

---

<sup>1</sup> De wedstrijd is gehouden in Maastricht, op woensdag 18 mei 2022.

De tweede vraag is de volgende. Alle studenten die nu voor mij staan, hebben natuurlijk plannen voor wat zij na het afstuderen willen gaan doen. Zijn jullie plannen nu sinds woensdag nog gewijzigd? Er kan geantwoord worden met ja of nee. Bij nee hoef je verder niets te zeggen, bij ja heb ik misschien nóg een vraag.

**Antwoord 1:** De plannen wijzigen elke dag, maar niet speciaal in dit geval.

**Voorzitter:** Oké, ze zijn wel gewijzigd, maar dat deden ze toch al.

**Antwoord 2:** Mijn plannen zijn ook niet veranderd.

**Antwoord 3:** Ja, wellicht zijn mijn plannen veranderd. De advocatuur ligt me misschien toch wel iets meer dan ik oorspronkelijk had gedacht.

**Antwoord 4:** Ik heb nooit echt plannen gehad, dus ze zijn ook niet gewijzigd.

**Antwoord 5:** Ik mag de beker vasthouden. Gelukkig, want ik was er woensdag wegens ziekte helaas niet bij. In ieder geval zijn mijn plannen sinds die dag ook niet gewijzigd.

**Voorzitter:** Jullie blijven nog aanwezig bij de lunch, hoop ik. Dan kunnen jullie vertellen wat de plannen zijn, en de overige aanwezigen kunnen de pleiters zonder plannen misschien nog aan plannen helpen. De penningmeester wijst mij er nog op dat jullie gratis lid van de VAR worden.

# Verslag deelsessie preadvies Nina Bontje en Elisabeth Pietermaat

Moderator: Anna Collignon<sup>1</sup>

Verslag: Joëla Schaeffer<sup>2</sup>

## Inleiding

**Anna Collignon** leidt de deelsessie in. Ze zegt te vermoeden dat er veel mensen vragen zullen hebben over het mooie preadvies. Ze legt haar taak uit en vertelt dat de vier deelonderwerpen achtereenvolgens aan bod zullen komen.

## Deelonderwerp 1: de op de zaak betrekking hebbende stukken

Het eerste deelonderwerp is de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’.

*Probleem in de praktijk en de nieuwsgierige rechter*

**Klaske de Jong** vraagt zich af op welke manier en hoe vaak het indienen van de op de zaak betrekking hebbende stukken in de praktijk een probleem vormt. **Elisabeth Pietermaat** vertelt dat bestuursorganen het als een probleem ervaren in zaken waarin aan de rechter wordt gevraagd het bestuursorgaan te verplichten nog meer stukken in te dienen dan het al heeft gedaan. Er ontstaat dan al snel een uitvoerig debat over wat de op de zaak betrekking hebbende stukken zijn en dat is natuurlijk niet de hoofdzaak. Daarnaast is een belangrijk aandachtspunt of steeds wel alle stukken die relevant zijn voor de beslechting van het geschil als op de zaak betrekking hebbend worden ingediend. Rechters zouden daar alerter op kunnen zijn. Als in besluiten bijvoorbeeld wordt verwezen naar beleid en totstandkoming van regelgeving, dan zouden rechters naar daarop betrekking hebbende documenten kunnen vragen.

*Juridische adviezen als op de zaak betrekking hebbende stukken*

Vervolgens stelt **Leo Damen** de stelling in het preadvies dat juridische adviezen geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn ter discussie. Het zou volgens hem juist nuttig zijn dat de adviezen – waarin verschillende kanten worden belicht – ter beschikking van de rechter komen en hij wijst in dat verband op de nieuwe bestuurscultuur. Bovendien worden de juridische adviezen betaald door de

---

<sup>1</sup> Anna Collignon is advocaat bij Stibbe en bestuurslid van de VAR.

<sup>2</sup> Joëla Schaeffer was ten tijde van de VAR-jaarvergadering werkzaam als jurist bij Pels Rijcken.

belastingbetaler en door deze stukken hoeft de rechter minder uitgebreid onderzoek te doen. Ook kan het inbrengen van deze stukken de kwaliteit van de rechtsbedeling ten goede komen. **Pietermaat** verzet zich hiertegen en wijst ook op de verschillende uitspraken en noten die in het preadvies onder de loep zijn genomen. Juridische adviezen zijn vaak niet zwart-wit. Aan het bestuursorgaan worden vaak op basis van een juridische analyse keuzes voorgelegd. Het voert te ver ook dat met een wederpartij te delen. Het bestuursorgaan moet in een procedure uiteraard wel kunnen toelichten waarom een besluit rechtmatig is en het is aan de rechter om aan de hand van de aangevoerde argumenten te toetsen of dit juist is. Het gaat volgens haar een stap te ver om van bestuursorganen te verwachten in aanvulling daarop de eigen tegenargumenten in te dienen in de procedure. **Tissa van den Akker** denkt dat het in sommige situaties nuttig kan zijn om juridische adviezen in te brengen, maar dat het soms niet wenselijk is en kan leiden tot ophef. Dit heeft bijvoorbeeld te maken met het feit dat er soms juridisch advies wordt gevraagd vanwege politieke gevoeligheden.

**John Olivier** vraagt hoe dit zich verhoudt ten opzichte van artikel 68 van de Grondwet en de nieuwe Beleidslijn actieve openbaarmaking nota's 2021. Volgens **Pietermaat** zijn daar nadrukkelijk procesadviezen uitgesloten en ze benadrukt dat er al veel openbaar is. Denk aan algemeen juridische beleidsadviezen en de toelichting op ministeriële regelingen en beleidsregels. De preadviseurs houden vast aan de stelling dat procesadviezen in een individuele zaak niet moeten worden aangemerkt als op de zaak betrekking hebbende stukken.

*Beoordeling over de band van artikel 8:29 Awb*

**Hans Aerts** werpt in het verlengde van het voorgaande op dat juridische adviezen wellicht niet aan andere partijen ter beschikking hoeven te worden gesteld, maar wel over de band van artikel 8:29 Awb aan de rechter moeten gegeven. Volgens **Reinier van Zutphen** is de vraag niet 'mag de andere partij dit weten?' maar 'heeft de rechter dit nodig?'. **Pietermaat** werpt tegen wat het nut is om de rechter wel met toepassing van artikel 8:29 Awb interne juridische adviezen ter beschikking te stellen, als hij er vervolgens ter zitting geen vragen over kan stellen en er in de uitspraak evenmin aan kan refereren.

*Afronding*

**Collignon** vraagt diegenen die vinden dat juridische adviezen geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn de hand op te steken. Er gaan tien handen de lucht in. Bij de vraag wie vinden dat juridische adviezen wel op de zaak betrekking hebbende stukken zijn, gaan er ongeveer 25 handen de lucht in.

Na een samenvatting van Collignon sluit **Pietermaat** dit onderdeel af door te benadrukken dat voor professionele partijen wel duidelijk is wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Voor minder ervaren personen is dat niet het geval en daarvoor is het voorstel van Bontje en Pietermaat om dit in het procesreglement te verduidelijken met name bedoeld.

## Deelonderwerp 2: artikel 8:29 Awb

Het tweede deelonderwerp dat tijdens de deelsessie aan bod komt is ‘artikel 8:29 Awb’.

### *De figuur van special advocate*

In het preadvies wordt voorgesteld om artikel 8:29 Awb aan te passen met een figuur van *special advocate*. **Jaap de Wildt** vraagt of dit wel nodig is gelet op artikel 8:32 Awb (voorbehouden kennisneming) en of het geen optie is om een variant op artikel 22a lid 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) toe te passen. Daarnaast vraagt hij waarom het voorstel is beperkt tot zwaarwegende omstandigheden. Dit is in artikel 22a lid 3 Rv niet het geval. **Pietermaat** benadrukt dat het voorstel ziet op een bijzondere gemachtigde en daarmee op een *andere* advocaat. Dat is een belangrijk onderscheid en de reden dat niet is aangesloten bij artikel 22a lid 3 Rv. In bijvoorbeeld het vreemdelingenrecht worden ingrijpende besluiten genomen op grond van zeer vertrouwelijke ambtsberichten. In die gevallen is het van meerwaarde dat een bijzondere advocaat kennis kan nemen van die ambtsberichten. Maar het moet wel gaan om een *bijzondere* advocaat, want het gaat vaak om zeer vertrouwelijke en soms ook staatsgeheime informatie. Er moet dus op kunnen worden vertrouwd dat de informatie niet wordt gedeeld. **Sebastiaan Hamans** vraagt zich af of dit niet leidt tot integriteitsconflicten. Pietermaat zegt dat daar wel enige bescherming op zit, omdat je als advocaat mag worden aangesproken op je geheimhoudingsplicht.

### *Gesprek rechter met een van de partijen*

**Dorien Brugman** stelt dat op zitting vaak aan de orde komt dat de rechter een goed gesprek zou willen voeren of kritische vragen zou willen stellen over stukken die onder artikel 8:29 Awb vallen. Dat lukt alleen niet in aanwezigheid van beide partijen. In het preadvies wordt ervan uitgegaan dat de jurisprudentie nu eenmaal zo is dat beide partijen aanwezig moeten zijn. Kun je daar niet anders over denken, zodat de rechter door kan vragen en een goed kritisch gesprek kan hebben met verweerder? **Pietermaat** zegt daar zeker een voorstander van te zijn en verheldert dat er in het preadvies juist is toegelicht dat zo'n gesprek gevoerd zou moeten kunnen worden, ook in het licht van artikel 6 EVRM. In haar praktijk komt het ook wel eens voor dat een partij op zitting aan de rechter laat weten bereid te zijn naar de gang te gaan zodat de rechter het bestuursorgaan over de geheime stukken kan bevragen. Soms neemt de bestuursrechter in Woo-zaken voorafgaand aan de zitting geen kennis van de niet openbaar gemaakte documenten omdat hij of zij bang is zich te verspreken, maar dat komt de diepgang van de discussie tijdens de zitting niet altijd ten goede.

**Aerts** stelt dat de *waiver of rights* speciale eisen met zich brengt ten aanzien van toestemming en dat de druk niet groot mag zijn. **Pietermaat** beaamt dat.

Ook wordt vanuit de zaal gezegd dat het ook in meer commerciële geschillen nuttig kan zijn dat advocaten kennis kunnen nemen van stukken en de cliënten wellicht niet. Bijvoorbeeld in het geval van concurrentiegevoelige informatie. In zo'n geval

zou een advocaat wel bij een gesprek kunnen zijn, waardoor je ervan bent verzekerd dat het geen ‘onderonsje’ is tussen verweerder en de rechter. Volgens **Pietermaat** is dat inderdaad bespreekbaar. Dit soort ontwikkelingen komt al tot stand in het economische bestuursrecht. Dit is te verklaren door het feit dat het dan vaak om grote ondernemingen gaat die worden bijgestaan door gespecialiseerde advocaten. In andere onderdelen van het bestuursrecht is dat in mindere mate het geval. **Collignon** sluit hierbij aan door op te merken dat in het bestuursrecht geen verplichte procesvertegenwoordiging is.

### **Deelonderwerp 3: toegang processtukken door derden**

Het derde deelonderwerp dat aan bod komt, is de ‘toegang tot processtukken door derden’.

#### *Toegang processtukken*

**Bontje** legt uit dat toegang tot processtukken behulpzaam kan zijn, omdat ook anderen dan de procespartijen dan kunnen nagaan hoe de rechter tot zijn uitspraak is gekomen, wat de standpunten van partijen waren en op welke wijze die zijn onderbouwd en gewogen. Er zijn ook nadelen aan toegang tot processtukken door derden en Bontje zegt dat de preadviseurs daarom behoudend zijn in hun voorstel. **Collignon** vindt het een lastig voorstel, maar begrijpt het argument van de begrijpelijkheid van uitspraken. **Koosje van Lessen Kloeke** noemt een vervelend neveneffect, namelijk dat er ook mensen kunnen zijn die een andere bedoeling hebben met de stukken en er misbruik van gaan maken. Dit was het geval bij Wob-verzoeken over dierproeven waar de stukken die waren verzameld op een website werden gezet en werden gekoppeld aan personen en bedrijven. Volgens **Bart Jan van Ettekoven** is de cultuur in Nederland dat processtukken voorbehouden zijn aan procespartijen. Je ziet bijvoorbeeld wel in Straatsburg dat stukken die worden ingediend op de website worden gezet. Dit heeft een impact op het schrijven van stukken, want je gaat je als partij afvragen welke stukken je überhaupt wilt indienen. Het voordeel is dat het leidt tot transparantie en openheid. Het nadeel is dat niet alles meer in die stukken zal worden gezegd. **Bontje** beaamt dat dit precies het dilemma is en dat er daarom voor is gekozen de bevoegdheid van bestuursorganen om processtukken openbaar te maken te beperken tot bijzondere zaken.

#### *Openbaar maken onderdelen StAB-rapport*

Naar aanleiding van een vraag van **Christa Lagerweij** vertelt **Van Ettekoven** dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in gesprek is met de Stichting Advisering Bestuursrechtspraak voor Milieu en Ruimtelijke Ordening (StAB) om bepaalde delen van hun adviezen openbaar te maken. Veel StAB-rapporten hebben namelijk betrekking op dezelfde materie. Voor delen van die stukken – bijvoorbeeld het eerste deel van het StAB-rapport – is er niets op tegen om deze openbaar te maken. We zijn er in Nederland echter niet aan toe om ook het toegepaste deel te publiceren omdat dat verweven is met bedrijfsgegevens. **Bontje** licht toe dat het preadvies gaat over processtukken die als zodanig zijn opgesteld. Daarop is artikel 8:79 Awb van toepassing en daarop is de Woo niet van toepassing. Bijlagen bij processtukken die niet als processtuk zijn opgesteld, kunnen wel met een beroep

op de Woo worden opgevraagd. Er zijn goede argumenten om onder omstandigheden ook processtukken openbaar te maken. Het bezwaar dat men terughoudender kan worden bij het opstellen van processtukken weegt zwaar, maar er zijn wel bepaalde stukken die nuttig zijn voor het grote publiek (uitzonderingsgevallen).

**Collignon** vraagt aan de zaal of ze hun cliënt vooraf zouden informeren over de mogelijkheid dat processtukken achteraf openbaar worden. **Jolize Lautenbach** zegt dat ze haar cliënt zou adviseren daar rekening mee te houden. Ook trekt ze de vergelijking met mediagenieke zaken, waarin het niet heel anders is. Volgens **Collignon** zie je in mediagenieke zaken soms dat het eigen stuk zelf al openbaar wordt gemaakt door een van de partijen.

#### **Deelonderwerp 4: classificatie van uitspraken**

Het vierde deelonderwerp dat tijdens de deelsessie aan bod komt is 'de classificatie van uitspraken'. **Ron Stam** had het in zijn bespreking van het preadvies in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht over het praktische punt of er wel menskracht voor is om een classificatie aan te brengen. **Collignon** vraagt aan de zaal wie er principieel voor is. **Michiel van Emmerik** laat weten voor te zijn, maar zegt ook dat het niet zaligmakend zal zijn. Ook vraagt hij zich af wie die selectie zou moeten doen. **Bontje** wijst op handige tools die hiervoor bestaan en selecties die al worden gemaakt van voor de rechtsontwikkeling relevante uitspraken, zoals de jurisprudentie nieuwsbrieven van de rechtspraak. **Bontje** licht toe dat in ieder geval het zoeken naar uitspraken makkelijker zal worden. **Pietermaat** vult aan dat het ook een soort verwachtingsmanagement is. Op deze manier kan makkelijker aan partijen worden uitgelegd waarom niet teveel betekenis aan een bepaalde uitspraak moet worden toegekend. Niet zelden worden te algemene conclusies uit een uitspraak getrokken.

**Aerts** vraagt zich af hoe het zit met andersoortige beslissingen die door de rechter worden genomen, bijvoorbeeld 8:29 Awb-beslissingen. **Bontje** antwoordt dat ze zich niet hebben gebogen over de vraag welke uitspraken en procesbeslissingen moeten worden gepubliceerd, maar dat het haar als advocaat wel nuttig lijkt als 8:29 Awb-beslissingen worden gepubliceerd, zoals de Afdeling dat ook doet.

**Van Ettekoven** vraagt zich wel af wat de burger heeft aan deze classificatie. Het classificeren van uitspraken lijkt met name een voordeel te zijn voor de beroepsgroep, terwijl het bestuursrecht er voor de burger is. Om de burger te helpen met procederen zou bijvoorbeeld ook een andere vorm van classificeren kunnen helpen, namelijk een *artificial intelligence tool* om 'vijf uitspraken die het dichtst bij uw zaak komen' te vinden. **Bontje** geeft aan dat zij en **Pietermaat** in het preadvies juist het oog hebben gehad op de rechtszoekende die maar een of enkele keren bij de bestuursrechter komt en dat het voorstel in het preadvies een relatief eenvoudig te nemen eerste stap in de goede richting is.

**Collignon** rondt de deelsessie af. We hebben een goede discussie gehad over op de zaak betrekking hebbende stukken, waarbij de zaal vooral inzoomde op de juridische adviezen en daarover een goed debat is gevoerd om te komen tot verdere



ontwikkeling van dit vraagstuk. Om elkaar vervolgens in het laatste onderdeel over de classificatie weer te vinden. Bijna iedereen lijkt voorstander te zijn van de classificatie.

# Verslag deelsessie preadvies

## Johan Wolswinkel

Moderator: Kars de Graaf<sup>1</sup>

Verslag: Esmé van Schaik<sup>2</sup>

**Kars de Graaf** heet iedereen van harte welkom en vertelt wat het doel van de bijeenkomst is: de overtuigingskracht van de gedachten die Johan Wolswinkel in zijn preadvies heeft neergelegd toetsen, hem eventueel tot nadere inzichten laten komen en in het algemeen behulpzaam zijn bij de verdere ontwikkeling van de transparantie en openbaarheid in het bestuursrecht, in het bijzonder bij digitale besluitvorming. Eerst krijgt Johan het woord en daarna zal het preadvies worden besproken aan de hand van vragen uit de zaal en de stellingen bij het preadvies. Over de stellingen zal digitaal worden gestemd.

**Johan Wolswinkel** start met te zeggen dat hij het leuk vindt dat iedereen die hier zit deze sessie heeft gekozen. Hij zal de aftrap doen, maar is benieuwd wat de bestuursrechtelijke gemeenschap van zijn preadvies vindt. Het preadvies ziet niet alleen op digitale besluitvorming, omdat het gevaar dan is dat een deel van de bestuursrechtjuristen zou afhaken. Het preadvies kan echter wel voor de toekomst leidend zijn voor zowel digitale als analoge besluitvorming.

Voor de stellingen worden besproken, is het handig om te bespreken waar analoge en digitale besluitvorming elkaar raken. Het idee van de *black box* reikt namelijk verder dan geautomatiseerde besluitvorming.

**Addie Timmer-van der Hoeven** vraagt of Wolswinkel in zijn bespreking ook ingaat op de Syri-wetgeving en de uitspraken daarover.

**Wolswinkel** antwoordt dat dit niet specifiek in woorden in de presentatie gebeurt, maar dat als hier vragen over zijn, hij die graag beantwoordt.

**Wolswinkel** vervolgt: Artificial Intelligence, oftewel AI, is al decennia onder ons en er waren al langer goede ideeën voor de toepassing hiervan bij besluitvorming. Deze toepassingen zijn inmiddels – nu de techniek het toelaat – ook daadwerkelijk

---

1 Kars de Graaf is hoogleraar Bestuursrecht en duurzaamheid aan de Rijksuniversiteit Groningen en was tot aan de jaarvergadering van 2022 bestuurslid van de VAR.

2 Esmé van Schaik was ten tijde van de VAR-jaarvergadering werkzaam bij Stibbe als werkstudent bij de praktijkgroep bestuursrecht.

ontwikkeld. SyRI wordt gezien als een typisch voorbeeld van waar de overheid de mist in is gegaan met geautomatiseerde besluitvorming. Belangrijke vraag daarbij was of de toepassing van geautomatiseerde systemen in SyRI het karakter had van een eenvoudige beslisboom of dat sprake was van ingewikkelde AI-besluitvorming. In geautomatiseerde besluitvorming is namelijk een globale tweedeling te zien tussen besluitvorming met *machine learning* (ook wel *case based* besluitvorming genoemd) en *rule based* besluitvorming. Hoewel besluitvorming met behulp van *machine learning* meer datagedreven zou kunnen worden, zitten juist bij besluitvorming met *machine learning* mogelijk de echt grote problemen en de spanningen met het systeem van bestuursrechtelijke besluitvormingsnormen.

Een ander voorbeeld is het AERIUS-systeem dat wordt gebruikt in de besluitvorming over natuurbeschermingsvergunningen. In het preadvies wordt dat besproken. Dit systeem is nog niet eens zo ingewikkeld, maar daarvan stelde de Afdeling bestuursrechtspraak al dat voor rechtmatige besluitvorming duidelijker moet worden hoe dit systeem werkt.

**Oscar Korte** brengt naar voren dat in de rechtspraak over de toepassing Syri duidelijk is geworden dat er geen sprake was van een beslissysteem maar een analyse-systeem op basis waarvan een selectie werd gemaakt van burgers die werden gecontroleerd. Vervolgens leidde dat tot besluitvorming in specifieke zaken. Dat gebruik van AI toont gelijkenis met de toeslagenaffaire, waar risico's werden geanalyseerd voorafgaand aan de daadwerkelijke bestuursrechtelijke besluitvorming. Korte vindt het van belang dit naar voren te halen, want we moeten risicoanalysesystemen en besluitvormingssystemen goed van elkaar onderscheiden.

**Timmer-van der Hoeven** zegt dat als die gekoppeld zijn, je die niet meer goed kunt scheiden.

**De Graaf** reageert door te zeggen dat juristen altijd in zijn voor het maken van onderscheidingen, maar we Wolswinkel misschien kunnen vragen iets normatiever te zijn. Hoe ver moet een rechter gaan bij de beoordeling van een besluit dat in een concrete zaak aan hem is voorgelegd? Kan bijvoorbeeld ook de rechtmatigheid van het voorafgaande risicoanalysesysteem een rol spelen bij de beoordeling van dat concrete besluit?

**Wolswinkel** zegt dat je je als rechter niet alleen kunt richten op het besluit als eindproduct. Je mist dan belangrijke aspecten en kenmerken van de totstandkoming van het besluit. Je moet ook kijken naar het voortraject.

**Hans Verbeek** zegt dat de laatste paragraaf van het preadvies hem triggerde. Als er een sanctie wordt opgelegd, dan wil je als rechter weten waarom. Als bestuursorgaan ben je iemand gaan controleren en de vraag is dan vaak waarom een ander niet werd gecontroleerd. Van bestuursorganen moet ook worden gevergd om inzicht te bieden in deze overwegingen. Toetsing kan plaatsvinden op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en vervolgens is ook het verbod van willekeur van betekenis, als niet duidelijk wordt waarom een bestuursorgaan tot dit besluit in deze concrete zaak is gekomen.

**Korte** reageert door te zeggen dat rechters zich richten op het al dan niet aanwezig zijn van discriminatie in dergelijke risicoanalysesystemen. Bestuursorganen moeten kortom kunnen uitleggen hoe en waarom ze tot controle in dat specifieke geval zijn gekomen. Als zij dat niet kunnen dan is al snel sprake van onrechtmatig verkregen bewijs. In dat geval gaat alle informatie de deur weer uit.

**Wolswinkel** vult aan dat wel van belang is of de rechter steeds bereid is de vragen te stellen naar de reden waarom iemand boven is gekomen in het analysesysteem en vervolgens gecontroleerd is.

**De Graaf** vraagt hoe anderen daar over denken.

**Angelique van Es** zegt dat ze dit een lastige vraag vindt, maar dat ze denkt dat de ervaring leert dat het analysesysteem van groot belang is voor de uitkomst van de besluitvorming in het concrete geval en vanwege dat belang deze wijze van toetsen is aan te raden. Ze vraagt zich wel af of dat inderdaad in alle gevallen in de praktijk zo gaat en of het bestuursorgaan wel altijd bij machte is om het systeem uit te leggen.

In reactie daarop zegt **Frank van der Heijde** dat hij altijd verwijst naar het beginsel van *track and trace*. Je wilt als jurist de besluitvorming terug kunnen leiden. Je wilt altijd het hele spoor kunnen weten. En overigens ook niet alleen op de zitting, maar ook van tevoren.

**De Graaf** vult aan dat je wilt kunnen controleren dat het systeem niet discriminatoir is, want dat achten we onrechtmatig. Maar minder erg is het wellicht als het systeem willekeurig aanzet tot controle?

In reactie daarop zegt **Van der Heijden** dat het niet in alle gevallen van belang is te weten hoe een besluit tot stand is gekomen. Een notie als *track and trace* haalde hij niet uit het preadvies, en hij vraagt zich af of Wolswinkel het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel als relevante normen beschouwt om aan te toetsen.

**Wolswinkel** zegt dat hij in het preadvies wel degelijk het belang heeft benadrukt van deze vorm van transparantie bij besluitvorming.

**Ymre Schuurmans** vraagt – als de discussie wordt verbreed naar de inzichtelijkheid van al dan niet geautomatiseerde besluitvorming – op welk punt Wolswinkel als eerste vindt dat ontwikkelingen zouden moeten plaatsvinden.

**Wolswinkel** zegt dat dit eigenlijk is wat hij tot uitdrukking heeft willen brengen in stelling 1. Die houdt in dat de actieve openbaarmakingsplicht uit de Woo moet worden uitgebreid naar afgewezen beschikkingen. Daarmee krijgen potentiële aanvragers veel informatie over de totstandkoming van besluiten. Het is overigens nog wel een beetje een open vraag hoeveel informatie je daadwerkelijk uit de tekst van afgewezen beschikkingen kunt halen.

**Schuurmans** vraagt welk bestuursorgaan Wolswinkel denkt voor dat plan als eerste mee te krijgen.

**Wolswinkel** zegt als eerste te denken aan een-op-eenverhoudingen in het bestuursrecht, hoewel het ook wel lastig is omdat veel informatie privacygevoelig is.

**De Graaf** stelt voor Stelling 1 bespreken en te kijken hoe het publiek over die stelling denkt.

*Stelling 1. De actieve openbaarmakingsplicht van de Wet open overheid moet worden uitgebreid tot afgewezen beschikkingen.*

**Wolswinkel** licht de stelling kort toe. Bij AI gaat het allemaal om data. Een besluit is de uitkomst van een besluitvormingsproces en kan weer dienen als data-input voor de output in toekomstige besluitvormingsprocedures. Als er in potentie meer data beschikbaar zijn voor AI, dan kan toekomstige besluitvorming beter worden voorspeld. In de dataverzameling zouden daarom naast positieve beschikkingen ook de afwijzende moeten worden opgenomen.

**Anouk Hofman** vraagt waarom de wetgever ervoor heeft gekozen deze beschikkingen niet in de Woo op te nemen.

**Wolswinkel** zegt dat volgens de wetgever aan de openbaarmaking van dergelijke beschikkingen geen behoefte zou bestaan, omdat die geen rechtsgevolg hebben.

*Over stelling 1 wordt vervolgens gestemd. De uitslag: 88% eens, 12% oneens.*

**Erik Kroon** zegt dat er een haakje aan de stelling zit. De afgewezen beschikkingen worden volgens de Archiefwet (eerder) vernietigd zodat je als overheid uiteindelijk beschikt over een asymmetrische database. Hij heeft daarom 'oneens' gestemd. Want je bent gebonden aan de Archiefwet die dan ook gewijzigd dient te worden.

*Stelling 2. De op de zaak betrekking hebbende stukken moeten met de bekendmaking van het besluit beschikbaar worden gesteld.*

Ter toelichting op de stelling zegt **Wolswinkel** dat de vraag is of bestuursorganen voor partijen eerder inzichtelijk moeten maken hoe het besluit tot stand is gekomen of dat wij als bestuursrechtjuristen een goede motivering van het tot stand gekomen besluit voldoende achten.

**Marleen Botman** vraagt of de stelling doelt op bekendmaking aan de aanvrager of op het in het algemeen openbaar maken.

**Wolswinkel** antwoordt dat hij in eerste instantie doelt op de belanghebbende, zodat onafhankelijk van het instellen van bezwaar en beroep de stukken al eerder beschikbaar zouden moeten worden gesteld.

**Janneke van Eekeren** zegt dat het van belang is dat je als aanvrager in ieder geval kunt beredeneren waarom iets zo besloten is. Niets is erger dan pas in bezwaar dit antwoord te kunnen krijgen. Dat lijkt een belangrijk voordeel van het vooraf verlenen van al deze stukken. Dan is het ook van belang dat de juiste stukken worden verleend, want daar zit natuurlijk het wantrouwen.

**Peter Kugel** vraagt om verduidelijking van de stelling. Voor de aanvrager lijkt het van belang te weten waarom iets is besloten voordat je bezwaar maakt. Zelfs na bezwaar weet je het soms niet omdat meerdere argumenten worden aangevoerd. Dit zegt iets over de kwaliteit van de motivering in eerste instantie. Maar het is belangrijk dat ook voor derden-belanghebbenden deze informatie ter beschikking komt, zoals een concurrent. Als je daarover nadenkt, dan zal je ook procedures moeten hebben om juist informatie geheim te kunnen houden voor derden-belanghebbenden en moeten kunnen waarborgen dat die procedures in acht worden genomen. De vraag is hoe dit in praktijk gewaarborgd kan worden zonder de procedures enorm ingewikkeld te maken. Dat kan uitvoeringsproblemen opleveren.

**Schuurmans** zegt ook te denken aan uitvoeringskosten en aan wat er geüpload gaat worden. Denk bijvoorbeeld aan heel grote, lege stukken. Hoe gaat deze stelling ons verder helpen? De gedachte van het preadvies is toch dat de motivering van besluiten zou moeten verbeteren? Maar kun je wel – gelet op de uitvoeringskosten – op beide aspecten vol inzetten?

**Wolswinkel** zegt dat hij de opmerking van Schuurmans zo begrijpt dat hij zou moeten kiezen tussen een verbetering van de motivering of het beschikbaar stellen van de op de zaak betrekking hebbende stukken.

**Schuurmans** zegt dat je selectief moet zijn met tijd en middelen.

*Over stelling 2 wordt vervolgens gestemd. De uitslag: 45% eens, 55% oneens.*

In reactie op de stemming zegt **Wolswinkel** dat deze discussie hem helpt in te zien wat de problemen kunnen zijn bij de implementatie van zijn voorstel. Een goede motivering zou uiteindelijk het beste zijn en het beschikbaar stellen van de op de zaak betrekking hebbende stukken zou niet ten koste mogen gaan van de kwaliteit van de motivering.

**Annemieke Zwanenburg** zegt dat zij soms ziet dat een cliënt het besluit niet begrijpt. De motivering moet daar wel voor zorgen. Openbaarheid is belangrijk, maar wel op een begrijpelijke wijze. Er is ook het gevaar dat iemand met stukken wordt overspoeld, wat ten koste van een duidelijke motivering kan gaan.

**Timmer-van der Hoeven** reageert: daarvoor heb je dan een advocaat.

**Kars de Graaf** zegt dat het dus eigenlijk voor de burger zichtbaar moet zijn op basis waarvan een besluit tot stand is gekomen. Is dat wat het publiek zegt?

**Peter Kugel** zegt dat dan dus eigenlijk toch de motivering het belangrijkste punt is, niet de stukken.

**Peter Bakker** zegt dat we niet moeten vergeten dat bij bepaalde besluiten het leveren van deze stukken al gebeurt.

*Stelling 3. Bij geautomatiseerde besluitvorming geldt geen hogere transparantiestandaard dan bij niet-geautomatiseerde besluitvorming.*

Ter toelichting op de stelling zegt **Wolswinkel** dat Schuurmans in de plenaire sessie vanochtend ook heeft gerefereerd aan deze stelling en dat hij mogelijk wat nuanceringen had moeten aanbrengen in het antwoord op de vraag van Schuurmans tijdens die sessie.

**Christien de Kruijf** zegt dat zij denkt dat het bestuur veel meer dan nu zou moeten overwegen om op een andere manier te motiveren dan slechts op een analoge manier. Met verwijzingen naar informatie op het internet is wellicht veel meer mogelijk om burgers besluiten uit te leggen. De vraag moet steeds zijn wat daadkrachtig en kenbaar is en wat de juiste standaard voor de rechter is om aan te toetsen.

Een gedachte die bij **Kugel** bij deze stelling opkwam, is dat het niet moet leiden tot uitholling van het belang van motivering. Als besluitvorming allemaal te geautomatiseerd wordt en er een andere standaard wordt gehanteerd, bestaat het gevaar dat er dan een discrepantie komt en de lijn van de besluitvorming misschien niet eenduidig is. Zou dat een risico kunnen zijn? Het is van belang dat aan het motiveringsbeginsel te koppelen, want automatisering is hiermee verbonden. Maar ook de rechtszekerheid moet in acht genomen worden.

*Over stelling 3 wordt vervolgens gestemd. De uitslag: 76% eens, 14% oneens, 10% weet het niet.*

**Wolswinkel** zegt dat we toegang tot stukken belangrijk vinden, maar ook de motivering. En-én in plaats van of-of. Het debat over de toepassing van AI zou een kwestie van én-én moeten zijn. Als je dat niet doet, dan komt de motivering inderdaad in gevaar. Dat pleit ervoor te investeren in beide onderdelen.

**Erik Kroon** zegt dat het hem van het hart moet dat dan toch ook het gevaar bestaat dat burgers over bestuursrechtelijke besluitvorming gaan denken als *play the machine*. Omdat je precies zou kunnen voorspellen wat de output is van de besluitvorming met een bepaalde input, zullen burgers de input leveren die ze de gewenste output oplevert.

**Johan Wolswinkel** vraagt of dat erg is.

Dat hangt er vanaf, aldus **Kroon**. Zo is bij de Belastingdienst te zien dat zij constant regels aanpast aan de feiten. Er zou een relatie moeten zijn tussen aanvrager en

bestuursorgaan. En het programmeren van een algoritme is een feitelijke handeling waartegen geen bezwaar en beroep mogelijk is. Dat is wel lastig. Zeker als men dan dus weet welke input belangrijk is voor een bepaalde output, zodat men daarop in gaat spelen.

**Korte** zegt dat de stelling lastig is. Als het bestuur *rule-based* aan de gang is, dan kan een rechter ver doorvragen. Maar als *machine-learning* wordt toegepast, kan de rechter dit niet. Het verdient dan de voorkeur dat een bestuursorgaan *rule-based* werkt, door het af en toe toepassen van artikel 4:84 Awb. Het antwoord van Korte op deze stelling zou dan zijn: nee, maar wel anders.

*Stelling 4. De AERIUS-verplichting tot volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling van gemaakte keuzes, gegevens en aannames geldt ook voor niet-geautomatiseerde besluitvorming.*

**De Graaf** vraagt wat moet worden verstaan onder het tijdig kenbaar maken. En hoe moeten we dit nu eigenlijk zien: is er sprake van een motiveringsplicht van het bestuur of van iets anders?

**Wolswinkel** zegt dat tijdig kenbaar maken betekent: voorafgaand aan het nemen van het besluit. De stelling kan in verband worden gebracht met dat deel van de uitspraak over het AERIUS-systeem dat ging om het kenbaar maken van de keuzes, gegevens en aannames; dat gaat niet over een motiveringsplicht.

**Annemieke Zwanenburg** zegt dat ze Johan hoort zeggen dat hij niet direct een recht op uitleg ziet, maar wil graag weten wat zijn gedachten hierover zijn. De bronnen moeten beschikbaar worden, maar als je inzoomt op de data en als mensen dat niet begrijpen, dan raakt het beginsel van *equality of arms* al snel uit zicht wanneer een bestuursorgaan dagelijks met zo'n systeem besluiten neemt.

**Wolswinkel** antwoordt dat het begint bij transparantie, maar dat er wellicht ook moet worden nagedacht over de mogelijkheid van het kunnen raadplegen van een deskundige bij het inzien of gebruiken van de beschikbare data. De AERIUS-standaard is een begin, maar hoe dit verder uitgelegd moet worden en ook uitwerking kan krijgen in de praktijk, is nog niet uitgekristalliseerd. Deze standaard is dus enkel de eerste stap.

*Over stelling 4 wordt vervolgens gestemd. De uitslag: 77% eens, 5% oneens, 18% weet het niet.*

**Janneke van Eekeren** zegt dat bestuursrechtjuristen willen weten en snappen welke stappen zijn genomen in het besluitvormingsproces en zich niet willen overgeven aan systemen. Hoe krijg je foutieve input gecorrigeerd?

**Wolswinkel** antwoordt dat dit een terechte opmerking is, en dat de opmerking aansluit bij het idee dat soms verkeerde input in het systeem rond blijft gaan. Uiteraard moeten deze verkeerde data er dan uitgehaald worden.



**Ola Al Khatib** zegt dat er bij analoge besluitvorming in voorkomend geval al erg veel wordt gedaan aan het beschikbaar stellen van gegevens en bronnen die relevant zijn geweest bij de totstandkoming van het besluit. Wanneer een besluit bekend wordt gemaakt aan een belanghebbende wordt soms uitgebreid medegedeeld op basis waarvan het besluit is genomen. Dus in sommige gevallen voldoet analoge besluitvorming al aan de AERIUS-standaard.

*Stelling 5. De actieve openbaarmakingsplicht van de Wet open overheid moet worden uitgebreid tot de broncode van computersystemen.*

**Pieter Oostrom** vraagt zich af hoe het zit met een broncode die bestaat uit enen en nullen. Het gaat er toch om dat het vertaald moet worden naar een voor de mens begrijpelijke taal? Hoe moet deze stelling worden gelezen?

**Johan Wolswinkel** zegt dat de broncode niet enkel uit enen en nullen bestaat. Dus kun je lezen wat er staat.

**Kugel** vraagt zich af waarom je dit zou willen vrijgeven. Hij heeft begrepen dat ze dit in Frankrijk al doen. Waarom gebeurt het al in Frankrijk?

**Wolswinkel** zegt dat je de overheid verantwoordelijk wilt kunnen houden en dat je dan de broncode moet kunnen controleren en fouten moet kunnen opsporen. We willen weten of de juiste waarden zijn ingesteld en als er een verkeerde match is tussen input en output willen we dat kunnen vaststellen.

**Kugel** zegt dat je met de broncode voor elke input kunt kijken wat de daarbij behorende output is. Zo kun je beoordelen of het resultaat wat je wilde, daadwerkelijk de output zal worden. Is het doel van deze informatie om te achterhalen of het computersysteem klopt?

**Wolswinkel** antwoordt bevestigend.

**Botman** zegt dat deze kennis ervoor zorgt dat je als burger kunt zeggen: 'Ik voldoe aan de wet, maar het systeem zegt toch dat ik niet krijg wat ik heb aangevraagd.' Dat betekent dus dat de uitkomst/computer niet klopt. Heb je dan de broncode wel nodig?

**Wolswinkel** antwoordt dat als de wettelijke bevoegdheidsgrondslag open normen kent of beslissingsruimte toekent en bij de besluitvorming is een algoritme gebruikt, je de broncode wel nodig hebt in de procedure.

*Over stelling 5 wordt vervolgens gestemd. De uitslag: 69% eens, 19% oneens, 12% weet het niet.*

Een volgende vraag is of niet te veel betekenis wordt gehecht aan algoritmes. Het bestuursorgaan moet toch altijd kunnen uitleggen waarom en hoe er beslist is? Als rechter moet je eisen dat een bestuursorgaan dit altijd kan uitleggen. Het is dan niet relevant om kennis te nemen van broncodes.

**Schuurmans** zegt dat besluitvorming steeds vaker geautomatiseerd is. Het kan al voorkomen dat je als rechter voor de gek wordt gehouden doordat het lijkt alsof je een menselijke beslissing voorgeschoteld krijgt, terwijl die eigenlijk geautomatiseerd is genomen. De vraag is dan of je als bestuursorgaan verplicht bent de rechter te laten weten of je beslissing geautomatiseerd is zodat belanghebbende en rechter jou andere vragen kunnen stellen.

*Stelling 6. Motiveren met behulp van counterfactuals is vanuit bestuursrechtelijk perspectief een begaanbare weg voor transparantie bij AI-besluitvorming.*

Ter toelichting op de stelling zegt **Wolswinkel** dat *counterfactuals* aangeven hoe in andere gevallen is of zou worden geoordeeld door het bestuur en welke verschillen bijvoorbeeld tussen jouw beschikking en de andere beschikkingen zitten. Het gaat dus om tegenvoorbeelden. Die zijn behulpzaam bij de motivering.

Over stelling 6 wordt vervolgens gestemd. De uitslag: 38% eens, 38% oneens, 24% weet het niet.

**Peter Bakker** vraagt naar wat er gebeurt als er niet-toelaatbare criteria zijn toegepast. Kom je daar dan achter met *counterfactuals*?

**Korte** zegt dat het door Wolswinkel in de plenaire sessie gebruikte voorbeeld van zijn eigen uitbouw waarvoor vergunning eerst afgewezen werd, maar later werd verleend, een heel goed voorbeeld was. Wolswinkel weet immers nog steeds niet waarom zijn aanvraag eerst niet voldeed. Wat als die van de buurman ook niet voldeed aan de criteria maar wel is toegewezen, waardoor nu ook de aanvraag van Wolswinkel is toegewezen? De vraag is of is uit te leggen wat de beslissing is, je moet laten zien waarom de *counterfactuals* tot de beslissing hebben geleid.

**De Graaf** dankt iedereen voor de enthousiaste betrokkenheid bij de discussie. Hij geeft graag Wolswinkel het laatste woord om toe te lichten wat hij meeneemt van onze discussie.

**Wolswinkel** zegt dat hij het een leuke discussie vond. Heel veel dank aan de deelnemers. Er zijn wel enkele zaken waarover hij nog weer verder gaat nadenken, zoals de moeilijkheid voor de burger om in een enorme hoeveelheid data de weg te vinden, de verschillende vernietigingsmomenten van door de overheid bewaarde data, de privacygevoeligheid van de op de zaak betrekking hebbende stukken en de vraag wat nu eigenlijk precies een goede motivering van besluitvorming is. Op dat laatste punt is er nog wel winst te behalen. Wat daar ook van zij, heel veel dank voor deze gedachtenwisseling.

# Verslag deelsessie preadvies

## Annemarie Drahmman

Moderator: Juliette van der Jagt-Jobsen<sup>1</sup>

Verslag: Robbert Bruggeman<sup>2</sup>

In het plenaire onderdeel van de jaarvergadering is het preadvies van Annemarie Drahmman geïntroduceerd en kort besproken. In deze deelsessie is ruimte geboden voor het stellen van vragen en voor discussie. Om binnen dit verslag eenvoudig te kunnen zien welke onderwerpen in de discussie aan de orde zijn geweest, zijn tussenkopjes aangebracht.

### Toepassing van de uitzonderingsgronden onder de Woo

**Eric Daalder** schreef een recensie van het preadvies in het NTB<sup>3</sup> en trapt de deelsessie af met een anekdote. Bij de Belastingdienst worden controlestrategieën ingezet om na te gaan of bijvoorbeeld in een café omzet wordt verzwegen. Bijvoorbeeld, per fles kan een bepaald aantal glazen jenever worden geschonken. Je wist wat de in- en verkoop was en als je uitkwam op een lager aantal glazen jenever per fles, dan wist je dat er iets mis was. Hierover werd een Wob-procedure gevoerd en daarbij rees de vraag of deze informatie onder de uitzonderingsgrond van 'inspectie, controle en toezicht door het bestuursorgaan' viel (art. 10 lid 2 sub d Wob). Bekendmaking van deze controlestrategie vergemakkelijkt sjoemelen, maar schrikt sjoemelaars ook af. Volgens de minister woog het belang van toezicht zwaarder, maar denken we daar nu onder de Woo nog steeds zo over?

In haar reactie stelt **Drahmann** voorop dat alle uitzonderingen onder de Woo een goed te rechtvaardigen belang dienen. Het is inderdaad onwenselijk als een opsporingsstrategie openbaar wordt gemaakt voor eenieder, omdat dat resulteert in strategisch handelen. Dit raakt een belangrijk uitgangspunt van zowel de Woo als de Wob, namelijk dat openbaarheid in beginsel geldt voor eenieder. Interessant is dat de Woo (anders dan de Wob) bepaalde uitzonderingen maakt op dat uitgangspunt,

---

1 Juliette van der Jagt-Jobsen is senior juridisch adviseur bij de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en bestuurslid van de VAR.

2 Robbert Bruggeman is onderzoeksmedewerker aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

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

bijvoorbeeld de mogelijkheid om je eigen dossier in te zien.<sup>4</sup> Specifiek voor het inzien van procesdossiers signaleert Drahmans nog wel een hiaat in de wetgeving: soms willen Woo-verzoekers de stukken in een vergunningendossier ontvangen om te kunnen beslissen of het zinvol is bezwaar in te dienen. Dat moet binnen zes weken worden beslist, maar een Woo-procedure duurt (ondanks dat de wettelijke termijn vier weken is) veel langer. Eigenlijk is de Woo hier niet het geschikte kader voor, maar een bepaling in de Awb hierover ontbreekt.

**Daalder** wijst erop dat voor de relatieve uitzonderingsgronden in het wetsvoorstel eerst een strengere criterium was opgenomen, namelijk: 'Het openbaar maken van informatie blijft eveneens achterwege voor zover daardoor een of meer van de volgende belangen ernstig geschaad wordt en zulks niet opweegt tegen het algemeen belang van openbaarheid van informatie.' Hij is voorstander van dit criterium. In reactie daarop stelt **Drahmann** dat zij bij het lezen van de wettekst zich afvroeg voor wie dit criterium dan zou gelden, en op wie de bewijslast zou komen te rusten en of dit de toepassing van de uitzonderingsgronden niet te complex zou maken. In de wetsgeschiedenis vond ze vervolgens dat de initiatiefnemers met dit criterium slechts een betere motiveringsplicht wilden bewerkstelligen. Volgens **Drahmann** kan het doel van de wetgever om het bestuur zijn besluiten beter te laten motiveren niet worden bereikt met het criterium dat er sprake moet zijn van ernstige schade. Aan **Daalder** stelt zij de vraag of de problemen die hij ziet, waren opgelost als dit criterium uiteindelijk toch in de Woo was opgenomen. Hierop stelt **Daalder** dat onverschilligheid bij het bestuursorgaan ten aanzien van openbaarmaking niet langer kan voorkomen dat informatie openbaar wordt gemaakt. **Daalder** ziet daarin nog steeds een duidelijk voordeel.

**Leo Neve** vraagt zich in dit kader af hoe het vraagstuk over de controlestrategie zich verhoudt tot toeslagenouders die erachter willen komen op welke criteria zij zijn geselecteerd. **Drahmann** antwoordt dat het problematisch is dat toeslagenouders zo lang moeten wachten op hun eigen dossier. Moeten we misschien naar een Informatiewet? Het is interessant om te bedenken dat andere landen veel gedetailleerdere wetgeving hebben, waardoor informatie minder versnipperd raakt, ook als het gaat om informatie-uitwisseling tussen bestuursorganen. Het is interessant om hierover na te denken, en ons de vraag te stellen wat er in een dergelijke wet zou moeten worden opgenomen.

**Marte van der Loop** is benieuwd of de afweging die de bestuursrechter moet maken in procedures over Woo-verzoeken is veranderd door de Harderwijk-uitspraak over het evenredigheidsbeginsel en de toetsingsintensiteit van de bestuursrechter.<sup>5</sup> Het is niet eenvoudig om hier een goede voorspelling over te doen, aldus **Daalder**.

**Olaf Ifzaren** signaleert dat Woo-besluiten inherent speculatief zijn. Zo kan een besluit over bedrijfsgevoelige informatie reputatieschade opleveren, maar het is

---

4 Art. 5,5 Woo.

5 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

lastig dat vooraf allemaal goed te overzien. Het is ook niet zomaar mogelijk, anders dan in het omgevingsrecht, om experts in te schakelen op dit gebied. Het toetsen aan evenredigheid of zorgvuldigheid zal er uiteindelijk toe leiden dat juist het weigeren van verzoeken zeer ingewikkeld wordt. **Drahmann** is het hier mee eens en stelt daarbij de vraag of een beetje schade bij zo'n bedrijf erg is. Het is immers een belangenafweging ten opzichte van het belang van openbaarheid: door het openbaar maken van overheidsinformatie wordt democratische controle mogelijk. Ook in het kader van lakken is het belangrijk hierover na te denken. In de praktijk komt het voor dat bestuursorganen bij het besluit in primo liever te veel dan te weinig weglakken, uit angst dat zij aansprakelijk worden gesteld door derden-belanghebbenden als later blijkt dat ten onrechte informatie openbaar is gemaakt. Deze defensieve starthouding is onwenselijk. In plaats daarvan zou het bestuur zich moeten afvragen of het mogelijk is de openbaarheid in plaats van de uitzonderingsgrond voorop te stellen.

**Ifzaren** herkent deze problematiek, maar dit is de praktijk, hoe zit het met de theorie? Hoe zou je de belangen in theorie moeten afwegen? Kan een speculatieve redenering voldoende dragend zijn? **Drahmann** wijst erop dat het natuurlijk een risico-inschatting is waarvan het uiteindelijke effect pas duidelijk is als de informatie openbaar is. Maar het is wel mogelijk om zo'n risico-inschatting te maken. Barkhuysen heeft het in dit kader over een verplichting voor bestuursorganen om een besluit-effectenrapportage op te stellen.<sup>6</sup> Dat is ook vergelijkbaar met wat nu wordt gedaan voor besluiten die onder de Dienstenrichtlijn vallen. Uiteindelijk is goed genoeg in te schatten of openbaarmaking leidt tot nadelige gevolgen.

Procesrechtelijk signaleert **Drahmann** in dit kader nog een praktisch knelpunt, namelijk dat het voor bestuursorganen op grond van de Awb niet mogelijk is om aan een bezwaarschriftencommissie ook de 'geheime' informatie te verstrekken, omdat artikel 8:29 Awb niet ziet op de bezwaarfase. **Susan Mandjes** onderschrijft dit probleem maar stelt dat dit in de praktijk wordt opgelost door artikel 8:29 Awb analoog toe te passen in de bezwaarfase.

**Robert Jan Hekket** sluit zich aan bij het uitgangspunt van openbaarheid, maar ziet ook een zekere spanning met derden-belanghebbenden en bijvoorbeeld de AVG. In dossiers zijn vaak ook controlestrategieën en persoonsgegevens van anderen opgenomen. Tegenover de Woo die openbaarheid benadrukt, staat de AVG die privacy benadrukt. Deze afweging is belangrijk en wordt in de praktijk vaak slecht begrepen. **Drahmann** werpt de vraag op in hoeverre het lakken van persoonsgegevens kan worden geautomatiseerd. Momenteel gebeurt dit vaak nog handmatig, terwijl er software bestaat die dit kan doen. Het investeren in deze automatisering is een stap die aan de overheid is om te zetten.

Volgens **Hester ten Cate** neemt automatisering niet weg dat er nog steeds goed gecontroleerd moet worden, enerzijds om datalekken te voorkomen, anderzijds voor de uitlegbaarheid van gelakte delen. Er is in algemene zin weinig begrip voor

---

6 T. Barkhuysen, 'Naar een besluit-effectenrapportage als evenredigheidsbarometer', NJB 2022/457.

lakken. In reactie hierop zegt **Drahmann** dat privacy door de komst van de AVG goed voor het voetlicht is gebracht en zelfs lijkt te prevaleren ten opzichte van openbaarheid van overheidsinformatie. Dit is echter een culturele keuze. Zo is het in Scandinavische landen mogelijk om rapportcijfers en informatie over inkomens op te vragen vanuit de gedachte dat informatie die bij de overheid berust tot op grote hoogte behoort tot eenieder. Als wij in Nederland dusdanig veel waarde hechten aan onze privacy, dan moeten we ons er misschien ook van bewust zijn dat de vierwekentermijn voor het openbaar maken van informatie niet haalbaar is. En in het verlengde daarvan: het is een nadeel van de Woo dat bij deze termijn niet wordt gedifferentieerd naar het soort informatie waarom verzocht wordt. Sommige documenten zijn naar hun aard immers tijdrovender om te lakken dan andere documenten.

### Is het Zweedse systeem beter dan het Nederlandse systeem?

**Jan Reinier van Angeren** zegt dat de meerwaarde van het Zweedse systeem is dat de ambtenaar die een document opstelt ook direct aangeeft welke weigeringsgronden mogelijk van toepassing zijn. Hij vraagt zich echter af of dit systeem er niet toe leidt dat de zienswijzemogelijkheid voor derden wordt overgeslagen, en verwijst daarbij naar de annotatie die **Drahmann** en **Honée** schreven bij AB 2022/12 en AB 2022/13. Volgens **Drahmann** betreft het hier de vraag wie uiteindelijk beoordeelt of bepaalde informatie vertrouwelijke gegevens bevat. Degene die het document opstelt, zal in ieder geval de meeste kennis van zaken hebben. In de praktijk gebeurt de beoordeling door een wob/woo-jurist zonder dat deze de context kent of een bepaalde uitzonderingsgrond van toepassing is. Een systeem waarbij de opsteller van een document al meteen kan aangeven welke mogelijke uitzonderingsgronden van toepassing zijn, zorgt ervoor dat degene die de verzoeken moet afhandelen een belangrijke indicatie krijgt van het soort document. Ook voor de uitzonderingsgrond 'persoonlijke beleidsopvattingen' is de ambtenaar die deze opvattingen heeft geuit, de aangewezen persoon om te beslissen of zijn/haar opvatting openbaar mag worden. Maar in veel overheidsorganisaties wordt dit niet eens gevraagd aan de ambtenaar in kwestie, waarna de vreemde situatie kan ontstaan dat de ambtenaar wiens beleidsopvattingen zijn gelakt van mening is dat deze informatie wel degelijk openbaar gemaakt had mogen worden.

Ten aanzien van derden-belanghebbenden vraagt **Van Angeren** zich nog af in hoeverre deze invloed kunnen uitoefenen op wat er uiteindelijk in het systeem komt te staan, mocht het Zweedse systeem in Nederland worden geïmplementeerd. Volgens **Drahmann** staat voorop dat het verstandig is voor derden om bij hun communicatie met de overheid aan te geven of bepaalde informatie vertrouwelijk is. Daarnaast is zij er voorstander van om de zienswijzeprocedure te behouden bij de afhandeling van Woo-verzoeken. **Drahmann** wijst er verder op dat het Zweedse stelsel anders werkt dan het Nederlandse. In Zweden kan een burger via een documentenregister zien dat er een bepaald document bestaat. De ambtenaar voert dat document in en brengt een 'geheimhoudingsmarker' aan. Dit is slechts een eerste indicatie. Pas nadat een informatieverzoek is ingediend, wordt beoordeeld of het document openbaar moet worden gemaakt. In Nederland is een andere weg ingeslagen met

het PLOOI-systeem, waarbij bepaalde documenten daadwerkelijk al actief worden geopenbaard.

**Van Angeren** ziet hier alsnog een mogelijk probleem, namelijk dat het wel of niet toevoegen van een dergelijke geheimhoudingsmarker door de ambtenaar als weegmoment kan worden gezien waaraan later in de procedure kan worden vastgehouden. Als de derde-belanghebbende en de ambtenaar van mening verschillen of sprake is van bedrijfsgevoelige informatie die geheimgehouden moet worden, komt een dergelijke marker niet in het systeem. Het kan dan voor de derde-belanghebbende lastig zijn later in de procedure succes te boeken met een zienswijze. Volgens **Drahmann** zou het in dergelijke gevallen uitkomst bieden als de ambtenaar een aantekening maakt waarin diens keuze wordt gemotiveerd en het belang van een nadere zienswijzeprocedure wordt benadrukt. In het kader van de informatiehuishouding en automatiseringsdiscussie is het in ieder geval nuttig om naar het Zweedse systeem te kijken, maar het systeem kent natuurlijk ook risico's en nadelen.

### **De cultuuromslag naar openbaarheid en een oproep tot differentiatie**

In het preadvies oppert **Drahmann** om de beleidsintimiteit en de mate waarin persoonlijke beleidsopvattingen geheim moeten blijven, te koppelen aan de fase waar de besluitvorming zich in bevindt. **Charlotte Grezel** vraagt zich af hoe dit idee zou werken in tijden van crisis, waar het niet duidelijk is wanneer de besluitvorming is afgerond. Daarnaast ligt momenteel het zwaartepunt bij de verantwoording achteraf en vindt veel communicatie met de overheid juist vooraf plaats. Vanwege een mogelijk grote juridiseringskans vraagt **Grezel** of bepaald contact met de overheid vooraf niet ook beschermd moet worden, voornamelijk vanuit het perspectief van de burger, omdat die zich in een 'open zone' bevindt. Volgens **Drahmann** is het verstandig dat de overheid duidelijk aangeeft welke informatie opgevraagd kan worden. Niet iedereen is zich bewust van het uitgangspunt dat de overheid transparant is, en het is dan ook goed om na te denken hoe deze bewustwording kan worden bevorderd. In Zweden moet bijvoorbeeld iedere middelbare scholier in het kader van de opvoeding een keer een wob-verzoek hebben ingediend. De verantwoordelijkheid voor deze cultuuromslag ligt momenteel bij de overheid, terwijl dit iets is wat we als samenleving met elkaar willen doen.

Over het voorstel om te differentiëren naar de status van de zaak zegt **Drahmann** dat het mogelijk zou moeten zijn de selectielijsten te gebruiken die worden opgesteld door informatiespecialisten. In deze lijsten staan werkprocessen. Als de organisatie in het werkproces overgaat naar de volgende fase is er een moment van afronding en is het belangrijk het dossier op orde te brengen. Voor de mate van bescherming van de beleidsintimiteit is het belangrijk dat het traject in een volgende fase is beland. Zodra de besluitvorming heeft plaatsgevonden kan de openbaarmaking van persoonlijke beleidsopvattingen dat proces niet meer frustreren. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft hier een opening voor geboden in de zaak over de Vuurwerkramp Enschede, waarbij het lange tijdsverloop heeft meegewogen bij de vraag of persoonlijke beleidsopvattingen nog steeds moesten

worden beschermd.<sup>7</sup> In de Woo is de termijn van vijf jaar opgenomen waarna het bestuursorgaan een verzwaarde motiveringsplicht heeft als het weigert informatie openbaar te maken. Volgens **Drahmann** is het niet eens nodig om in alle gevallen vijf jaar te wachten, ook al eerder zou in plaats van artikel 5.1 lid 1 Woo het tweede lid van dat artikel toegepast kunnen worden zodat gemotiveerd moet worden als het standpunt wordt ingenomen dat openbaarmaking niet in het belang zou zijn van een goede democratische bestuursvoering.

**Van der Loop** vraagt zich af of de voorgestelde knip tussen een afgeronde zaak en een lopende zaak mee zou moeten wegen in de belangenafweging, vooral in het kader van de in de Woo geïntroduceerde i-grond, het goed functioneren van de staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen. **Drahmann** antwoordt dat tijdsverloop een relevante factor is: hoe langer het tijdsverloop, hoe zwaarder het belang van openbaarmaking gaat wegen. In dat opzicht is het interessant om te kijken naar hoe bijvoorbeeld de Eurowob is vormgegeven, waarin aansluiting wordt gezocht bij de status van de zaak, wat meer houvast biedt dan het abstracte begrip 'tijdsverloop'. Het tijdsverloop speelt ook bij verzoeken in civiele procedures ter vergaring van bewijs, merkt **Silvia Gawronski** op. Daar geldt de langere civiele termijn. Zou het eerder openbaar maken van informatie kunnen leiden tot aansprakelijkheidsprocedures tegen de staat omdat deze termijn dan nog loopt? In reactie hierop benadrukt **Drahmann** dat voor dergelijke situaties uitzonderingsgronden bestaan (zoals de eerdergenoemde i-grond) en dat het daarnaast belangrijk is om de zienswijzeprocedure te volgen, zodat het belang van een informatieverzoek duidelijk wordt. Op grond van de Woo zal na vijf jaar niet alles openbaar worden gemaakt, maar weegt het belang van openbaarmaking zwaarder, waardoor de weigering van een informatieverzoek van een betere motivering moet worden voorzien. In dit kader is het ook nog nuttig om stil te staan bij de Archiefwet. In het wetsvoorstel voor een nieuwe Archiefwet is voorgesteld om de maximale bewaartermijn binnen een bestuursorgaan te verkorten van twintig naar tien jaar, en dat stukken na deze tijd worden overgedragen naar gemeentelijke en nationale archieven. Dat zou betekenen dat (als deze overbrengingstermijnen worden gehaald) het mogelijk wordt om al na tien jaar het openbaarmakingsregime van de Archiefwet toe te passen.

**Rien den Boer** haakt in op het voorstel om het recht op informatie te verankeren in de Grondwet en stelt dat de juridische werkelijkheid niet strookt met de praktische werkelijkheid bij de overheid. Daarnaast vraagt **Den Boer** of een recht op overheidsinformatie in hoofdstuk 1 van de Grondwet zou moeten worden vastgelegd, en of dit recht ziet op informatie van de wetgever, bestuur en rechter, of louter van het bestuur. Over de praktische werkelijkheid bij de overheidsorganisatie merkt **Drahmann** op dat het opvallend is dat de informatiehuishouding bij veel commerciële bedrijven veel beter op orde lijkt te zijn dan bij de overheid. Van overheidsinstanties mogen we dit ook verwachten. Het is in ieder geval technisch mogelijk,

---

<sup>7</sup> ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:399.



maar de vraag is of hier ook de wil en het geld voor is. Verder is het een goede stap dat in de Woo is vastgelegd dat openbaarheid van overheidsinformatie een recht is in plaats van een gunst. Het is een symboolbepaling om meer bewustwording te creëren. Maar een wettelijk recht is nog geen grondrecht. Wederom is het in dit verband verhelderend om het recht op informatie te vergelijken met het recht op privacy. Het recht op privacy wordt gezien als een grondrecht, terwijl het recht op informatie – dat tot op zekere hoogte in artikel 10 EVRM kan worden ingelezen – een ‘zwakker’ recht is. Deze balans, tussen privacy en informatie, kan duidelijker worden vastgelegd in de Grondwet. Tegelijkertijd zijn er natuurlijk veel uitzonderingen op dit recht, en is het niet wenselijk om valse verwachtingen te wekken. Het preadvies bevat geen concreet tekstvoorstel om van het recht op informatie een grondrecht te maken, omdat het voor **Drahmann** nog niet zeker is of het nodig is. Echter, als de informatiehuishouding over vijf jaar nog niet op orde is omdat het niet belangrijk genoeg wordt geacht, dan ligt de conclusie voor de hand dat een wettelijk recht op informatie onvoldoende is.

### De positie van de journalist

**Ten Cate** ziet nog een probleem in de praktijk waarvoor het preadvies geen oplossing biedt. Het komt voor dat journalisten naar alle mogelijke informatie vragen, zonder dat duidelijk is waar ze precies naar op zoek zijn. In het preadvies krijgt de journalist voorrang, maar in de praktijk maakt de journalist vaak geen onderscheid tussen het soort document en specificeert de journalist niet waar hij naar op zoek is. In haar reactie onderstreept **Drahmann** nogmaals dat een cultuuromslag nodig is naar een recht op informatie, en dat deze niet alleen moet worden gerealiseerd door de overheid. Ook journalisten hebben hier een taak.

Juridisch gezien is de Woo een ‘domme wet’ die niet specificeert naar het soort informatie en de hoeveelheid informatie waarom wordt verzocht: voor alle verzoeken geldt de algemene termijn van vier weken. **Drahmann** is daarom blij met de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak over deelbesluiten.<sup>8</sup> Ook biedt de overlegverplichting uit de Woo een mogelijke oplossing voor het geschetste probleem.<sup>9</sup> Tegelijkertijd is het niet terecht om journalisten alle ‘schuld’ te geven. De overheid zelf is vaak onnodig terughoudend in het openbaar maken van informatie. In de praktijk laten alle partijen momenteel steken vallen. Een dialoog kan daarom nuttig zijn om erachter te komen wat het verzoek precies behelst en of informatie gefaseerd openbaar kan worden gemaakt. **Ten Cate** stelt dat journalisten vaak geen deelbesluiten willen, want deze besluiten worden gepubliceerd waardoor de journalistieke ‘scoop’ verloren gaat. **Drahmann** stipt aan dat het wederzijdse onbegrip van hoe de ander werkt erg interessant is. De waarde van de scoop is natuurlijk begrijpelijk, vooral voor onderzoeksjournalisten die werken aan diepgravende artikelen. Journalisten kunnen op hun beurt ook meer en beter duidelijk maken waar ze precies naar op zoek zijn. Journalisten gaan er vaak van uit dat alle

8 ABRvS 20 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2348.

9 Art. 4.1 lid 5 en 4.2a Woo.

informatie centraal is opgeslagen, waardoor een lange behandelduur van het verzoek de indruk kan wekken dat de overheid de journalist tegenwerkt. Wederzijds begrip is van groot belang om het recht op informatie praktisch te effectueren.

**Mandjes** signaleert een ander probleem. Veel activistische burgers noemen zichzelf tegenwoordig journalist en doen heel omvangrijke verzoeken. Hoe verhoudt dit zich tot artikel 5.7 Woo, toegang tot niet-openbare informatie ten behoeve van onderzoek? Dat zou in veel gevallen toegepast kunnen worden, maar hoe bepaal je wie een onderzoeker of journalist is? Volgens **Drahmann** is het in principe niet wenselijk om een onderscheid te maken tussen onderzoekers en andere burgers, omdat eenieder het recht heeft op informatie. Maar op dit moment werkt dit uitgangspunt in de praktijk niet en duurt de afhandeling van informatieverzoeken te lang. Daarom is het een interessante en nuttige omwikkeling dat – vergelijkbaar met de bijzondere positie van ‘public watchdogs’ in de zin van artikel 10 EVRM – de bijzondere positie van journalisten en onderzoekers is erkend, waardoor deze groepen meer toegang tot informatie kunnen krijgen. Met betrekking tot de afbakening van de groep stelt **Drahmann** dat van journalisten verwacht mag worden dat zij zich aansluiten bij de NVJ en een perskaart hebben. Binnen de beroepsgroep bestaan controlemechanismen zodat niet eenieder zich journalist kan noemen. Voor onderzoekers geldt dat deze vaak zullen zijn aangesloten bij een universiteit of hogeschool.

## Digitaal bewaren van informatie en archiveren

**Roel de Lange** werpt de vraag op waarom artikel 110 van de Grondwet niet wordt gewijzigd. Daarnaast stelt **De Lange** met een persoonlijke anekdote ter discussie of we ervan uit kunnen gaan dat alle informatie altijd maar bewaard kan blijven. Zijn studenten geeft hij mee alle belangrijke documenten te printen, want na verloop van tijd zal de nieuwere software niet meer in staat zijn oude documenten te openen. **Drahmann** hoopt dat artikel 110 Grondwet niet hoeft te worden gewijzigd, omdat de symboolbepaling van artikel 1.1 Woo tot meer openbaarheid leidt. Mocht dit niet zo zijn, en mocht privacy blijven prevaleren boven de controle op de democratische rechtsstaat, dan is herformulering van artikel 110 Grondwet wenselijk. Daarin zou het belang van democratische controle moeten worden benadrukt.

Ten aanzien van de tweede vraag benadrukt **Drahmann** dat het juist goed is om niet alles te bewaren, maar dat zorgvuldig moet worden omgegaan met het selectieproces van datgene dat wel of niet bewaard wordt. Sms’jes en e-mails kunnen in ieder geval niet categorisch worden uitgesloten. Ondanks het vluchtige karakter van sms’jes en e-mails kan deze vorm van berichtenverkeer namelijk erg belangrijke informatie bevatten. Het is dus een goed uitgangspunt dat sms en e-mail ook documenten zijn, maar dit maakt het proces voor de archivaris wel erg moeilijk. Zoals in het preadvies is voorgesteld, zou het daarom goed zijn om de nieuwe Archiefwet te integreren in de Woo. Het is namelijk de Archiefwet (en de daarop gebaseerde regelingen) die bepaalt op welke wijze documenten duurzaam toegankelijk bewaard moeten worden.

## De toegevoegde waarde van de Woo?

Volgens **Jan van der Grinten** was het belang van een nieuwe wet om te breken met de oude Wob-praktijken. Het zou een stimulans geven om de gebreken uit de Wob-praktijk aan te pakken. Nu is het recht op informatie in de Woo verankerd, maar de hamvraag blijft: is de verzoeker van informatie erop vooruitgegaan met de komst van deze nieuwe wet? **Drahmann** merkt op dat de verzoeker er maar op een paar kleine punten op vooruit is gegaan. Bijvoorbeeld dat de verzoeker eerder vanwege klemmende redenen informatie over zichzelf kan krijgen, of dat bepaalde uitzonderingsgronden kunnen worden doorbroken.<sup>10</sup> Verder is de Woo eigenlijk een ‘vergezicht van wat er misschien zou kunnen komen’, aldus **Drahmann**. De wensen zijn duidelijk: we willen een nieuwe bestuurscultuur en een betere informatiehuishouding, en daartoe is een symboolbepaling opgenomen in de Woo. Wij kunnen nu gaan bepalen hoe in dit tijdsgewricht de artikelen uit de Woo moeten worden uitgelegd en toegepast. Je hoeft de tekst van een artikel niet altijd te wijzigen om de wet anders toe te passen, en de Woo biedt hier de ruimte voor. Hierdoor is **Drahmann** hoopvol gestemd, maar ze geeft toe dat dit ook naïef kan zijn.

**Daalder** haakt hierop in en vraagt zich aan de hand van een praktisch voorbeeld af of de Woo wel echt verschil maakt, en zo ja, wat het betoog dan moet zijn bij de bestuursrechter als een bestuursorgaan vasthoudt aan de uitzonderingsgronden. Het voorbeeld betreft een integriteitsbeoordeling met privacygevoelige gegevens die om die reden niet openbaar worden gemaakt. Met welk argument bij de bestuursrechter kunnen de uitzonderingsgronden in de Woo anders worden uitgelegd en toegepast? **Drahmann** zou de derde actor aan tafel, namelijk het algemeen belang, benadrukken: de democratie zit ook aan tafel. In de besluitvorming speelt nu eenmaal niet alleen het belang van privacy. Uiteindelijk komt het neer op de belangenafweging, en afhankelijk van het geval zal het belang van privacy of het belang van openbaarmaking zwaarder moeten wegen. **Ifzaren** haakt in en vraagt zich af wat het gevolg is van een veranderende zwaarte van de uitzonderingsgronden in de belangenafweging. Ten aanzien van persoonlijke beleidsopvattingen signaleert hij dat het lastiger wordt om te motiveren waarom bepaalde beleidsopvattingen wel en andere niet openbaar moeten worden gemaakt. Als afronding duidt **Van der Loop** het praktijkvoorbeeld van **Daalder** met de iconische woorden: ‘Het hangt af van de omstandigheden van het geval.’

**Juliette van der Jagt** sluit de deelsessie af en dankt alle deelnemers hartelijk voor hun komst en bijdrage aan de discussie.

---

<sup>10</sup> Art. 5.5-5.6 Woo.

# Verslag deelsessie preadvies

## Anoeska Buijze

Moderator: Bert Marseille<sup>1</sup>

Verslag: Elsemarie Adriaanse<sup>2</sup>

**Bert Marseille** heet de aanwezigen van harte welkom en geeft ter opening van de discussie het woord aan Anoeska Buijze.

**Buijze** geeft een reactie op de beschouwing die Egbert Dommering tijdens de plenaire bijeenkomst hield. Volgens Buijze is de kans niet groot dat zij het eens zullen worden, omdat ze de kwestie vanuit een ander gezichtspunt analyseren. De reactie van Dommering vormt voor Buijze wel een bevestiging hoe interessant en belangrijk ze het onderwerp vindt, nog meer dan ze aanvankelijk dacht. Dommering stelde in zijn verhaal tijdens het plenaire gedeelte van de VAR-jaarvergadering dat, wanneer het niet meer lukt om transparant te zijn, er iets mis is in de onderliggende processen. Een gebrek aan transparantie is een soort kanarie in de kolenmijn. Buijze kan zich hierin vinden maar vraagt zich af of transparantie dan de knop is waaraan gedraaid moet worden. Volgens haar gaat het dan meer om governance die te ingewikkeld is geworden.

In reactie op Buijze zegt **Dommering** dat hij was getriggerd door de gedachte dat er blijkbaar een beginsel van behoorlijk bestuur is dat inhoudelijk wordt vormgegeven als een beginsel van transparantie, en dat meer is dan het zorgvuldigheidsbeginsel en evenredigheidsbeginsel. Dommering wijst als voorbeeld op de Wob en de Woo. Wanneer een bepaald document er niet is, dan is er nog geen sprake van een onzorgvuldige beslissing. Vervolgens verduidelijkt hij op welke vorm van transparantie hij doelt. Zo zegt hij dat hij zich bij het schrijven van zijn recensie op het preadvies mede heeft laten inspireren door de SyRI-uitspraak.<sup>3</sup> In deze uitspraak was eigenlijk de hele situatie niet transparant. Verder wijst hij op het eerste rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid over de coronacrisis, en de problematiek in Groningen, waaruit het gebrek aan transparantie in de coronacrisis blijkt. Ook in de toeslagenaffaire was een deel van het probleem dat rechters niet beschikten over de juiste informatie om te kunnen concluderen dat hier geen sprake was van

---

<sup>1</sup> Bert Marseille is hoogleraar Bestuurskunde aan de Rijksuniversiteit Groningen en voorzitter van de VAR.

<sup>2</sup> Elsemarie Adriaanse is jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

<sup>3</sup> Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865.

gevallen zoals in de Bulgarenfraude. Dommering doelt met transparantie in zijn recensie op dergelijke gevallen.

**Buijze** reageert en zegt dat ze het grotendeels met Dommering eens is. Tevens roept zij in herinnering dat zij elders ook heeft gepleit voor een algemeen transparantiebeginsel als vangnet. Volgens haar moet er daarna echter een volgende stap gezet worden, er moet namelijk worden bepaald welke verplichtingen uit dat beginsel kunnen worden afgeleid. De voorbeelden van Dommering zijn evident maar dat is lang niet altijd het geval.

In zijn reactie wijst **Dommering** op een recente beslissing in de zaak *Polen/Commissie*. Daarin werd een rechtstreeks beroep op een verordening in strijd geacht met het Handvest. De A-G in deze zaak toetste transparantie hier heel nauwkeurig. Dat roept bij Dommering de vraag op waarom de Nederlandse rechter op een bepaald moment niet zou kunnen toetsen of de gang van zaken in een bepaalde situatie voldoet aan het transparantiebeginsel.

**Buijze** zegt dat de oplossing gedeeltelijk ligt in de ‘triple AAA-test’ waarnaar Dommering verwijst.<sup>4</sup> Dat is volgens haar echter niet genoeg om ervoor te zorgen dat transparantie daadwerkelijk positieve effecten heeft.

Ter afsluiting van de dialoog tussen Buijze en Dommering concludeert **Marseille** dat beiden het, afgaande op de discussie tot nu toe, niet eens gaan worden. In reactie daarop zegt Dommering nog dat de voorbeelden van Buijze vooral zien op verdelingsvraagstukken. Hij zelf stelt meer de machtsvraag centraal.

Vervolgens kunnen andere mensen uit de deelsessie een reactie geven.

**Frank van Ommeren** gaat allereerst in op de discussie tussen Buijze en Dommering. Hij zegt dat er in de rechtsontwikkeling steeds meer sprake is van verplichtingen die je niet kunt afleiden uit beginselen.

Van Ommeren was aangenaam verrast dat in het mooie preadvies het voorlaatste hoofdstuk is gewijd aan schaarse rechten. Wanneer je de vraag stelt wat daarbij de toegevoegde waarde is van transparantie, is het antwoord volgens hem vooral het feit dat het bestuursorgaan eerder algemeen bekend moet maken dat er een schaars recht vrijkomt, zodat eenieder de kans krijgt naar dat schaars recht mee te dingen.

Opvallend aan het preadvies van Buijze is dat zij veel aandacht besteedt aan het aanbestedingsrecht. Een kernpunt van het preadvies is, zoals hij het heeft begrepen, dat het op zoek gaat naar de hoofdregel voor transparantie en de uitzonderingen daarop. Hij vraagt zich af in hoeverre Buijze het met hem eens is dat de grondslag van de transparantieplichting bepalend moet zijn voor de mate waarin er een uitzondering op die verplichting kan worden gemaakt.

---

4 Recensie Dommering, p. 7.

Van Ommeren wijst als voorbeeld daarvoor op het vrij recente *Didam*-arrest van de Hoge Raad, dat voor veel commotie heeft gezorgd.<sup>5</sup> Dat arrest heeft betrekking op de verkoop van een perceel schaarse gemeentegrond, waarvoor meerdere gegadigden zijn. De Hoge Raad overweegt dat de gemeente op grond van het beginsel van gelijke kansen mededingingsruimte moet bieden aan de geïnteresseerden, en de gemeente om die reden transparant moet handelen door een passende mate van openbaarheid te verzekeren. De vraag die in de praktijk door velen wordt opgeworpen is in hoeverre er nu ruimte is voor uitzonderingen op de verplichting voor de gemeente om die verkoop transparant te doen. Zijn observatie is dat het aanbestedingsrecht, dus het recht van overheidsinkoop, al veel uitzonderingen kent maar het overheidsverkooprecht nog niet zoveel. Bij overheidsverkoop en bij de verdeling van andere schaarse rechten is nog niet heel diep nagedacht over de vraag wanneer het juist géén goed idee is om transparant te zijn. De vraag van Van Ommeren aan Buijze is dan ook: wanneer moet er geen gebruik worden gemaakt van transparantie? En zou de grondslag waarop de transparantieverplichting is gebaseerd daarvoor niet maatgevend moeten zijn?

**Buijze** reageert door te zeggen dat het hierbij vooral aankomt op de tijd en moeite die het soms kost om transparant te zijn. Het simpele antwoord is volgens haar dan ook: er moet geen gebruik worden gemaakt van transparantie wanneer de kosten niet opwegen tegen de baten van transparantie bij mededinging. Daarvan is in ieder geval sprake wanneer transparantie geen impact heeft op de uitkomst van de procedure. Ze wijst daarbij op het feit dat bulkgoederen stevast verkocht worden voor de marktprijs. Verder is hiervan sprake wanneer iedereen van tevoren eigenlijk al weet dat er maar één partij kans maakt op een recht. In dat geval heeft het geen zin een hele procedure op te tuigen. Ook heeft het geen zin een transparante procedure op te tuigen wanneer dit feitelijk niet leidt tot gelijkere kansen voor de partijen. Dit doet zich vaker voor dan we denken. Ze roept daarbij het voorbeeld van de fietstaxi's uit haar preadvies in herinnering.<sup>6</sup> Dit voorbeeld laat zien dat het zich kan voordoen dat een eenpitter het recht beter moet kunnen interpreteren dan de gemeente Amsterdam. Dat kan niet de bedoeling zijn. Tot slot is het niet noodzakelijk om een hele procedure te volgen als de gemeente een vergunning uit wil geven, maar daarbij geen haast geboden is. Wat is er dan op tegen om gewoon te wachten totdat er iemand met een goed plan komt? Daardoor wordt volgens Buijze tevens een barrière weggenomen waardoor bedrijven nu juist ontmoedigd worden om met een plan te komen.

**Van Ommeren** reageert dat dit een heel operationeel antwoord is. Het mooie aan het preadvies is volgens hem juist dat het begint met de grondslagen (het Zwitserse zakmes). Van Ommeren zou het sterk vinden als we bij het zoeken naar de hoofdregel en de uitzonderingen juist gaan zoeken naar de grondslagen van de transparantie-eis. Hij kan zich kan voorstellen dat de grondslag 'efficiëntie' veel ruimte laat voor uitzonderingen. Dan zeg je bijvoorbeeld dat een transparante

---

5 HR 26 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:1778, AB 2022/11, m.nt. F.J. van Ommeren.

6 Preadvies p. 50-51.

procedure voor gevallen onder de € 100.000 niet nodig is. Wanneer de grondslag echter 'corruptie' is, dan heeft het instellen van de ondergrens van € 100.000 geen zin, want ook onder die grens mag men natuurlijk niet corrupt handelen. Dat toont het belang van de aard van de grondslag aan voor het bepalen van de ruimte die er is om uitzonderingen te maken op de transparantieplichting.

In reactie daarop zegt **Buijze** dat het voorbeeld van Van Ommeren goed recht doet aan het onderwerp, want inderdaad dient niet elke transparantieplichting hetzelfde doel.

Vervolgens is het woord aan **Rob Widdershoven**. Hij reageert allereerst op de voorgaande discussie. Hij zegt dat hij in zijn conclusie over schaarse vergunningen wel een uitzondering op de mededingingsplicht heeft genoemd.<sup>7</sup> Die uitzondering betreft het feit dat wanneer wordt afgeweken van de gelijke behandeling, er dan ook een ander belangrijk beginsel tegenover moet staan. Dat moet een beginsel zijn op fundamenteel niveau. Verder vraagt hij zich af of de analyse van Buijze in haar preadvies wel steeds over transparantie gaat. Volgens hem kan stelling 3, die kan worden gelezen als een pleidooi voor niet-transparante verdelingsprocedures, strikt genomen toch niet de bedoeling zijn. Hij pleit voor een andere indeling. Startpunt zou de vraag moeten zijn of bij de verdeling van schaarse publieke rechten sprake moet zijn van mededinging of niet. Die vraag wordt beantwoord door het gelijkheidsbeginsel en niet door het transparantiebeginsel. Als gekozen wordt voor competitieve verdeling zijn er diverse procedures waarmee mededinging kan worden bereikt (vergelijkende toets, first come, first serve, loting enz.). Welke verdelingsprocedure men ook kiest, die procedure moet transparant zijn. Dat geldt voor alle verleningsprocedures en zeker voor de verdeling van schaarse publieke rechten.

**Buijze** reageert op de twee punten die Widdershoven naar voren heeft gebracht. Allereerst gaat zij in op de stelling van Widdershoven dat het belang van gelijke kansen zwaar moet wegen en dat dit belang moet worden afgewogen tegen andere belangen. Europeesrechtelijk klopt dit volgens haar, omdat daar die gelijke kansen zijn voorgeschreven. Naar nationaal recht is dit echter niet zo. Achter de procedure met mededinging zit volgens haar slechts een mogelijke interpretatie van het gelijkheidsbeginsel. Partijen kunnen door de keuze voor een bepaalde procedure echter slechter af zijn, dat wil zeggen, een minder dan gelijke kans hebben. Vervolgens gaat zij in op de stelling dat iedere procedure transparant moet zijn. Dat klopt, maar volgens haar verschillen met name de precieze verplichtingen per procedure. De transparantieplichting die we nu hebben, vloeit voort uit het beginsel dat we mededinging moeten creëren.

Vervolgens krijgt **Louise Verboeket** het woord. Zij verlegt de blik naar het subsidie-recht. Als je kijkt naar de subsidietitel van de Awb is het uitgangspunt dat er een

---

7 Concl. A-G Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, punt 7.8.

wettelijke grondslag moet zijn voor de manier waarop gelden worden verdeeld. Een uitzondering daarop zijn de incidentele subsidies. Die uitzondering was niet zozeer ingegeven door de noodzaak gelijke kansen te creëren maar door de behoefte aan efficiency, zo blijkt uit de memorie van toelichting op de Awb. Verboeket noemt het Songfestival als voorbeeld. Hoewel dit een uitzondering is, zie je volgens Verboeket soms dat bijna de helft van de subsidiegelden incidentele subsidies betreft. Haar vraag is dan ook of het dan nog wel om een uitzondering gaat. Is het zo dat we vaker dan gedacht toch opeens ideeën hebben of gebruiken we de incidentele subsidie omdat dit nu eenmaal makkelijk is? Ook vraagt ze of Buijze dit nog steeds een legitieme uitzondering acht.

**Buijze** is blij dat dit onderwerp aan de orde komt. Volgens haar is de incidentele subsidie nog steeds een legitieme uitzondering, om de redenen die Verboeket noemt. Vervolgens gaat Buijze in op de vraag of het nog wel een uitzondering is. Ze stelt dat hiervan niet echt sprake is wanneer de helft van het geld erheen gaat. Maar is dat erg? Dat is de vraag. Voor het antwoord daarop is van belang om te weten of de subsidieverstrekkings terecht waren. Van belang is dat incidentele subsidies en begrotingssubsidies op een andere manier gecontroleerd kunnen worden; daar zou volgens haar meer naar moeten worden gekeken. Er zou bijvoorbeeld beter moeten worden gemotiveerd waarom is gekozen voor een dergelijke subsidie. Dan kun je namelijk ook achterhalen wat het doel ervan is. Er moet dus eerst gekeken worden of er wel iets fout zit bij deze subsidieverstrekkings en of dit probleem met andere instrumenten is op te lossen.

In reactie daarop zegt **Verboeket** dat zij het ermee eens is dat de uitzondering moet blijven. In de Woo wordt ook iets bepaald over subsidiebeschikkingen. De huidige situatie leidt soms tot het vreemde resultaat dat er beleidsregels komen over incidentele subsidies. Wel zijn nog altijd de wettelijke termijnen een stok achter de deur. Zo mag een incidentele subsidie maar voor maximaal vier jaar worden verstrekt.

**Richard Neerhof** zegt dat het preadvies veel interessante analyses bevat. Hij ziet een niet juridische invalshoek. Is een vergelijkende toets wel altijd zo'n goed idee? In het preadvies staan allemaal contra-indicaties. Dan denk je wel: het wordt ingewikkeld. Als je dit vanuit de welvaarttheorie wilt doordenken moet je veel onderzoek doen met economen en je weet niet waar dat toe leidt. Kunnen we niet tot een soort beslisboom komen? Of moeten we dit al werkend gaan meemaken en accepteren dat we het soms niet weten?

**Buijze** zegt dat we naar zo'n beslisboom toe moeten. Voor bestuursorganen is het te veel werk om te puzzelen, om alle betrokken belangen te onderzoeken en te waarderen. Als we dat kunnen voorkomen door dat nu te doordenken, dan is dat beter. We hebben inderdaad die economen nodig, maar we zien ook dat de wetgever niet bang is voor grote projecten. Buijze refereert aan een eerdere publicatie van



Neerhof over de overgang van schaarse rechten, en stelt een wedervraag.<sup>8</sup> Zouden schaarse rechten verhandelbaar moeten zijn?

**Neerhof** zegt dat de gedachte om dat zo te doen onder omstandigheden goed zou kunnen werken. Maar dan moet je wel precies weten wat je doelstelling is. Dan zou dat een heel goed alternatief kunnen zijn.

**Tijn Kortmann** zegt dat het gevaar van verhandelbare rechten is dat de waarde enorm kan fluctueren. Conceptueel is het misschien een goede gedachte, maar in de praktijk kan het heel gevaarlijk zijn.

In reactie op een opmerking uit de zaal zegt **Buijze** dat er zeker een spanning is tussen de regels voor de verdeling van schaarse rechten en democratische uitgangspunten. De mogelijkheid van bestuursorganen democratisch gelegitimeerde keuzes te maken wordt immers beperkt. Het huidige kader biedt weliswaar veel mogelijkheden om rekening te houden met maatschappelijke belangen – de tegenstelling is dus ook weer niet zo erg groot – maar de wijze van verdeling die nu wordt voorgeschreven (vrij economisch) verhoudt zich niet lekker met maatschappelijke ontwikkelingen. Er is sprake van een conflict tussen verschillende sturingsfilosofieën. Zeker op nationaal niveau.

**John Tieman** heeft een vraag over een ander deel van het advies, waar wordt ingegaan op de informatieparadox. Informatie kan bijdragen aan vertrouwen in de overheid, maar neemt het wantrouwen niet altijd weg en kan ook juist zorgen voor meer wantrouwen. De ‘granulietcasus’ die in het advies als voorbeeld wordt genoemd<sup>9</sup> en ook in de media en de Tweede Kamer veel aandacht heeft gekregen is daar volgens hem een treffend voorbeeld van. Er waren ontzettend veel onderzoeksrapporten waaruit bleek dat het toepassen van granuliet in een diepe plas helemaal niet schadelijk was zoals door omwonenden werd verondersteld. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State had dit ook vastgesteld, op basis van al die rapporten.<sup>10</sup> Maar het wantrouwen is met dit alles niet weg. De zaak suddert maar door. Volgens Tieman is er daarom iets anders aan de hand dan een gebrek aan informatie, namelijk dat burgers bij dit soort activiteiten buiten spel staan. In zijn evaluatie van deze casus heeft oud-Deltacommissaris Wim Kuijken dit in zijn rapport ‘Kleine korrels, grote discussie’ ook vastgesteld.<sup>11</sup> De besluitvorming moet aan de voorkant transparant zijn met mogelijkheden van rechtsbescherming maar dat is in een casus als deze niet het geval. Op grond van het Besluit bodemkwaliteit vinden dergelijke activiteiten plaats onder een systeem van algemene regels met een meldplicht en is dus geen vergunning vereist waartegen omwonenden kunnen

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

9 Preadvis p. 10.

10 ABRvS 13 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2282.

11 Kamerstukken I 2020/21, 34864, K.

ageren. Dat kan alleen achteraf, met een handhavingsverzoek, maar dan is het leed dus al geschied. Het gaat dus niet zozeer om een gebrek aan informatie, maar om het feit dat deze informatie niet op het juiste moment – dus voorafgaand aan een project – beschikbaar is. Overigens zal onder de Omgevingswet voor specifiek deze activiteit (het verondiepen van een diepe plas) wel een vergunningsplicht worden ingevoerd. Tieman vraagt Buijze hoe zij dit in het licht van transparantie ziet. Is het vanuit oogpunt van het vertrouwen in de overheid nodig dat er meer dingen onder een vergunningsplicht worden geschaard?

**Buijze** zegt dat het een heel goede vraag is, maar dat zij er niet direct een duidelijk antwoord op heeft. Voor zover zij weet, is er in het EU-recht niet zo'n verplichting. Ik weet niet of het helpt om burgers meer te betrekken bij een dergelijke casus.

**Tieman** zegt dat hij de zorgen en vragen van burgers snapt maar dat de wetgeving in Nederland met het stelsel van algemene regels nu zo is dat ze bij dergelijke projecten in feite buiten spel staan. Een vergunningsplicht met inspraak kan daar mogelijk wat aan doen. Zou daar misschien zelfs niet een verplichting toe bestaan op grond van het transparantiebeginsel of op grond van andere beginselen die in EU-wetgeving zijn uitgewerkt?

**Buijze** zegt dat er misschien toch wel zo'n verplichting is, maar dat die voortvloeit uit artikel 8 EVRM. Het EHRM bepaalde in *Roche/VK* dat Roche onder artikel 8 EVRM recht had op informatie over de mogelijke impact op zijn gezondheid van experimenten waaraan hij had meegedaan tijdens zijn militaire dienst. Uiteindelijk kreeg Roche die wel, maar alleen omdat hij een procedure was gestart over een veteranenpensioen, en hij in het kader van die procedure recht had op de informatie. Bijzonder was dat het Hof bepaalde dat Roche die informatie had moeten verkrijgen zonder dat hij daarvoor eerst de pensioenprocedure had opgestart. Dus bij nader inzien denk ik meer in die richting.

**Driessen** zegt dat Buijze stelt dat de jurisprudentie zoals die nu is, formeel gelijke kansen biedt, maar onder aan de streep blijft er weinig over van die gelijkheid. Het lijkt er niet op of die jurisprudentielijn verlaten gaat worden. Dan moet je kijken hoe je toch de materiële gelijkheid kunt vergroten. Buijze zegt dat we eigenlijk ook moeten kijken naar de wetenschap en naar andere disciplines. Welke aanknopingspunten zijn daar om te komen tot materiële gelijkheid?

**Buijze** zegt dat ze, behalve 'afstappen van het formele beginsel' niet voldoende aanknopingspunten ziet. In het aanbestedingsrecht proberen ze dit al jaren te onderwerpen met aardige cursussen die het mkb beter moeten equiperen om mee te dingen in aanbestedingsprocedures. Dus ze denkt dat als de jurisprudentielijn niet verlaten wordt (wat volgens haar wel kan), we kiezen voor een probleem voor kleine ondernemers en burgers. Het wordt een hele klus om dat op te lossen en de vraag is of dat überhaupt kan.

**Widdershoven** brengt naar voren dat schaarse vergunningen toch op een of andere manier moeten worden verleend. Buijze is tegen loting en ook vaak tegen

een vergelijkende toets, want die is te 'zwaar' voor kleine ondernemers. Dan blijft alleen *first come first serve* over, anders blijven we zitten met de vergunningen.

**Buijze** zegt dat met *first come first serve* niet zoveel mis was. Ze geeft aan dat je ook criteria voor vergunningverlening kunt hanteren zonder vergelijkende toets. Je hoeft dat niet transparant te organiseren (in de zin dat transparantie vooraf wordt geboden). Dat kan ook achteraf. Dus een mix van *first come first serve* en criteria.

De nadelige positie van het mkb is niet te wijten aan het bestuursorgaan, dat volgens Buijze geen vooropgezet plan heeft het mkb te weren. **Buijze** denkt dat het systeem nu zo is gegroeid dat het mkb consequent benadeeld wordt.

**Van Ommeren** zegt dat hij er nog niet van overtuigd is dat het mkb zielig is. Je mag best iets verwachten van de overheid. De gemeente moet gewoon zeggen: we hebben maar zoveel plekken. Nu heeft iedereen zonder vriendjes niet zo veel kans. Het is niet te veel gevraagd van bestuursorganen om het vrijvallen van vergunningen gewoon breed bekend te maken. Dat moet je gewoon doen en dan bied je een gelijke kans. Een vergelijkende toets voor deze eenvoudige gevallen is juist veel eerlijker.

**Marjolein van Dongen** zegt dat het mkb niet zielig is. Het bestuursorgaan wil het mkb heel graag gelegenheid geven. Als er een vergunning vrij valt, om die transparant te publiceren is vaak niet het probleem. Maar vaak moeten vergunningen voor onbepaalde tijd verleend worden, dat geeft veel politieke reuring. In de praktijk is het gewoon lastig om aan de eisen te voldoen.

**Buijze** zegt dat ze het daarmee eens is. Bij het vrijvallen van vergunningen is er wel een probleem als je dat niet transparant doet, op dat punt is zij het met Van Ommeren eens.

**Lukas van den Berge** zegt dat hij het een fantastisch preadvies van ongekend niveau vindt. Maar hij is niet minder overtuigd van de reactie van Dommering. Een van de dingen waar aandacht voor zou moeten zijn: de effecten van transparantie. In het preadvies wordt min of meer aangenomen dat vertrouwen in de overheid positief is. Hij begrijpt die gedachte, maar enig wantrouwen jegens de overheid kan ook heel gezond zijn. Daar zit wel een verschil in visie tussen Buijze en Dommering. Het is niet per se zo dat je transparantie betracht zodat mensen vertrouwen hebben in de overheid. Dat kan de uitkomst van transparantie zijn, maar vertrouwen is niet per se wenselijk. Daar zit misschien dus een interessant verschil.

**Buijze** zegt te begrijpen dat haar preadvies de indruk kan wekken dat het goed is als er vertrouwen is in de overheid. Maar er staat ook dat dit vertrouwen juridisch niet zo relevant is. Het is wel zo dat de Eurowob is geïntroduceerd om het vertrouwen in Europese instituties te vergoten.

**Van den Berge** zegt dat het hem er vooral om gaat dat niet wordt gedacht: laten we maar niet transparant zijn, zodat mensen meer vertrouwen hebben in de overheid. In die gevallen zou je juist meer transparantie willen zodat we democratisch zaken voor elkaar kunnen krijgen. Transparantie is dan het noodzakelijke tegenwicht

tegen de overheid die niet duidelijk maakt wie er nu eigenlijk aan de knoppen zit. Die controle op de macht is zo belangrijk dat transparantie zelfs moet worden betracht als het ten koste gaat van het vertrouwen in de overheid.

**Buijze** is het daarmee eens: vertrouwen in de overheid is geen argument tegen transparantie.

**Dommering** zegt dat we de discussie over de sms'jes van premier Rutte hebben omdat we steeds minder vertrouwen hebben in de overheid.

**Wybrand v.d. Meulen** zegt in reactie op het betoog van Van den Berge dat die de noodzaak van transparantie benadrukte, maar zichzelf transparantie een noodzakelijk middel vindt. Transparantie is geen doel op zich. We willen bereiken dat we de overheid kunnen controleren, transparantie is daarvoor een noodzakelijk middel.

**Tieman** zegt dat transparantie wel degelijk juridisch relevant is. Hij refereert aan een interview met Bart Jan van Ettehoven, voorzitter van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State, bij Nieuwsuur naar aanleiding van de kinderopvang-toeslagaffaire. Het is relevant, want als uitgangspunt in het bestuursrecht geldt toch dat de overheid te vertrouwen is. Dan wordt het toch wel juridisch relevant, als blijkt dat dit uitgangspunt niet klopt?

**Buijze** vraagt verduidelijking over wat onder 'juridisch relevant' moet worden verstaan.

**Verburg** zegt dat als burgers het niet eens zijn met de beslissing van de rechter, je daar iets mee moet.

**Tijn Kortmann** zegt dat volgens hem iets anders speelde in de kinderopvang-toeslagaffaire. De Afdeling dacht dat de Belastingdienst transparant was. Dat was niet zo. Het gaat hier om vertrouwen op de Belastingdienst en wat die doet. En het vertrouwen in de overheid dat wij als burgers hebben, behelst meer dan de vraag: is het nou wel een beetje een betrouwbare club daar in Den Haag? Dat zijn verschillende dingen.

**Verburg** zegt dat Van Ettehoven in het interview direct na het uitkomen van het rapport-Van Dam sprak over het 'vermoeden van rechtmatigheid' als uitgangspositie bij het toetsen van besluiten door de bestuursrechter. In het reflectierapport van de Afdeling komt dit niet terug. Van Ettehoven zei bij die gelegenheid daarover dat dat een deel was van de reis die door de Afdeling was afgelegd.

**Verburg** vervolgt dat hij eigenlijk iets wilde zeggen over vertrouwen. Dat is geen beleidsdoel, dat spreekt voor zich. We weten dat een rechtsstaat alleen werkt met een gezonde dosis kritiek. Maar, burgers kunnen slecht overweg met stress door wantrouwen. Dus er is echt veel baat bij vertrouwen in de overheid. De rol van transparantie daarin schuilt vooral in de timing. Op het moment dat je in een laat stadium met informatie komt waarvan je weet dat het explosief is, weet je zeker

dat het slecht is voor het vertrouwen. Bij de kinderopvangtoeslagaffaire komt dit samen: die informatie kwam pas heel laat. Transparantie aan het begin heeft betere kansen tot vertrouwen en een positief effect daarop. Dus de nuance zit in de vraag: wanneer zetten we die transparantie in?

**Buijze** zegt dat dat klopt. Je kan niet zeggen we gaan niet transparant zijn want dat doet afbreuk aan vertrouwen. Maar dat betekent niet dat we het moment waarop we transparantie bieden niet kunnen of mogen veranderen zodat transparantie wel bijdraagt aan vertrouwen.

**Marseille** leest een schriftelijke vraag van **Rens Koenraad** voor. Kort samengevat luidt die als volgt. Vertrouwen is cruciaal, we moeten doen wat we kunnen om wantrouwen te voorkomen. Buijze verlaat in haar preadvies de normale wegen. Vraag aan haar: welke openbaarheid of openheid moet de overheid betrachten om de woede van de *have not's* te beteugelen?

**Buijze** zegt dat ze denkt dat Koenraad in zijn vraag zelf al aangeeft dat transparantie niet de oplossing is. Het is een deel, maar het echte probleem is meer dat ze geen macht en impact hebben. Dus het gaat meer om die participatie en dat is lastig te doorbreken.

**Marseille** vraagt of dat betekent dat er dus geen rol voor transparantie is.

**Buijze** zegt dat je een beetje kunt draaien aan de knoppen van de transparantie, maar daar zit het probleem niet.

**Marseille** zegt dat hij in aansluiting op de opmerkingen van Van den Berge nog zat nog te denken of er private partijen zijn waarvan je in gelijke mate als van de overheid transparantie mag verwachten.

**Verburg** noemt Tata Steel als voorbeeld. Of we het vernemen via de overheid, het bedrijf of op wat voor manier dan ook. Die partijen hebben een maatschappelijke plicht om het te melden.

**Louis Honee** vraagt zich af of het zin heeft om te kijken naar transparantie in relatie tot zulke grote problemen als vertrouwen in de overheid. Zouden we in plaats van zulke grote claims te maken niet veeleer kleiner moeten kijken, is dat niet beter?

**Buijze** zegt dat dat precies is wat bestuursrechtjuristen doen. Het is lastig om de invloed van transparantie op die grote problemen te onderzoeken dus we moeten voorzichtig zijn met claims en onderzoek doen. Maar het is wel relevant.

Met die opmerking is de deelsessie over het preadvies van Anoeska Buijze ten einde. Bert Marseille dankt alle aanwezigen voor hun inbreng in de discussie.

# Terugkoppeling na bespreking van de vier preadviezen in deelsessies<sup>1</sup>

Bestuursrechtspraak transparanter; over de interne en externe openbaarheid van de bestuursrechtspraak

N.N. Bontje en E.C. Pietermaat

## Nina Bontje

Wat mij van de deelsessiebespreking van onze aanbevelingen op het gebied van externe openbaarheid vooral is bijgebleven, is dat de gedachtewisseling een proces doorging dat erg leek op het proces dat Elisabeth en ik bij het schrijven van ons preadvies hebben doorgemaakt. Ik doel dan op de openbaarmaking van processtukken. Wij vonden dat zelf eerst een heel goed idee, maar al doorpratende vroegen we ons af of het nu eigenlijk wel zo wenselijk is. Het heeft immers ook nadelen en we hebben ook eigenlijk geen cultuur waarin het hele land kan meekijken als iemand een proces voert bij de bestuursrechter. Dergelijke argumenten zijn ook in de zojuist gehouden deelsessie aangevoerd. Wij zijn in het preadvies uiteindelijk tot een genuanceerd standpunt gekomen: als uitgangspunt niet openbaar, maar in bijzondere gevallen wel. Het was heel leuk dat we in de deelsessie over de gehele linie genomen tot dezelfde conclusie kwamen.

## Elisabeth Pietermaat

Op het gebied van de interne openbaarheid luidt onze eerste stelling: in de procesreglementen moet nader worden geduid wat op de zaak betrekking hebbende stukken zijn. Over die stelling hebben we het in de deelsessie eigenlijk nauwelijks gehad. De aandacht ging met name uit naar een van onze subvoorstellen, namelijk om interne juridische adviezen niet als ‘op de zaak betrekking hebben stukken’ aan te merken. In het kader van de transparantie vertel ik nu deze hele zaal dat wij daarvoor de handen niet collectief op elkaar hebben gekregen. Als gevolg daarvan is er nog wat werk aan de winkel om tot een nadere precisering te komen van de juridische adviezen waar het ons bij nader inzien om gaat. Dit is een belangrijk punt dat wij mee naar huis nemen. Tegen die achtergrond zeg ik in het bijzonder tegen de tegenstanders van dit subvoorstel: wees gerust, wij gaan hierover nadenken, maar stemt u dan wel alstublieft voor onze eerste stelling. Wij menen namelijk oprecht dat die nadere omschrijving van wat ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’

---

<sup>1</sup> De deelsessies zijn in dit verslag niet genotuleerd.

zijn, de transparantie van het bestuursproces enorm ten goede zal komen, omdat men het dan niet alleen met artikel 8:42 Awb hoeft te doen.

Het tweede onderdeel van de interne openbaarheid is in ons preadvies artikel 8:29 Awb. Begrijpelijkerwijs is de meeste aandacht uitgegaan naar ons voorstel het mogelijk te maken dat in bijzondere gevallen een bijzondere gemachtigde advocaat wordt aangewezen die namens een partij van zeer vertrouwelijke informatie kennis kan nemen. Met enige tevredenheid constateren wij dat ons voorstel aandacht en nieuwsgierigheid ontmoet, zij het dat gezamenlijk is geconcludeerd dat verdere uitwerking en afbakening zonder meer nog nodig is.

De wat meer huishoudelijke voorstellen die wij rondom artikel 8:29 hebben gedaan, hebben in de deelsessie wat minder de aandacht gekregen. Ik word daar wat bezorgd van, want het gaat om voorstellen die we al wat langer doen, en ik hoop toch echt dat ze ergens gaan landen. Maar goed: een mens moet op het eind van de dag wat overhouden om op te hopen!

**Voorzitter:** Was er in de deelsessie voor jullie ook nog een grote eyeopener?

### **Nina Bontje**

Op de vraag naar een eyeopener kan ik het volgende zeggen. Ik had verwacht dat er veel weerstand tegen het classificeren van rechterlijke uitspraken zou zijn, maar aan het einde van de rit leek iedereen wel te denken: iets van een vlaggetje bij echt belangrijke uitspraken zou een goed idee kunnen zijn. Daarbij wordt dan aan het belang van de rechtzoekende burger gedacht en zijn wetenschappelijke doeleinden minder in beeld. De weerstand, die denk ik vooral van huishoudelijke aard is, leek mee te vallen.

**Voorzitter:** Had jij nog een eyeopener, Elisabeth?

### **Elisabeth Pietermaat**

Ik had geen eyeopener, maar terecht is tot uiting gekomen dat we gezamenlijk de dure plicht hebben te letten op de partijen die hier het minst vertegenwoordigd zijn. Daarbij denk ik in het bijzonder aan artikel 8:29 Awb en aan de bijzondere gemachtigde. Die figuur komt met name in het economisch bestuursrecht nu al tot ontwikkeling, maar er zijn ook anders gepositioneerde groepen, die bij een dergelijke voorziening echt wel belang hebben.

**Voorzitter:** Ik geef mensen uit de zaal de gelegenheid op deze eerste deelsessierapportage te reageren. Mij blijkt dat daaraan geen behoefte bestaat.

Dan geef ik het woord aan Johan Wolswinkel, die volgens mij een heel eigen invulling gaat geven aan de aandachtspunten die ik de preadviseurs in dit stadium heb meegegeven!

C.J. Wolswinkel

### Johan Wolswinkel

Waarschijnlijk wil men nu net als vanochtend van mij weer een persoonlijk verhaal horen! Ik had nog een terugvordering kinderopvangtoeslag van een aantal jaren geleden. Wij hadden ons vergist en hadden alleen het inkomen van mijn vrouw opgegeven, waarna we heel veel geld bleken terug te krijgen. We zeiden: nou, dat is een goed systeem, maar we kregen later alsnog te maken met een enorme terugvordering, want ook mijn inkomen bleek mee te tellen in de berekening.

Een van de dingen die ik aan het schrijven van het preadvies leuk vond, was het formuleren van stellingen. Zojuist kreeg ik te horen dat de vergadering niet over alle stemmingen kan gaan stemmen, terwijl ik juist had verwacht dat deze bijeenkomst daarin zou uitmonden. Wat hebben we nu zojuist in de deelsessie gedaan? Na een korte inleiding van mijn kant hebben we vooral de stellingen behandeld. Ik wil de plenaire vergadering nu meenemen naar hetgeen dat heeft opgeleverd, waarbij ik dan ook de door de voorzitter beoogde eyeopeners meeneem. Twee stellingen komen hier later vanmiddag nog in stemming. De gang van zaken lijkt een beetje op het Eurovisiesongfestival: je hebt de deskundigen die stemmen – dat is zojuist al gebeurd – en nu volgt dan zeg maar het plebs, dat ook nog mag stemmen. Ik kan niet te veel zeggen, want we hebben te maken met twee los van elkaar staande processen.

De eerste stelling uit mijn preadvies levert een mooi bruggetje naar de andere preadviezen op, want bij het thema transparantie zijn de preadviezen sterk met elkaar verbonden.

*Stelling 1: De actieve openbaarmakingsplicht van de Wet open overheid moet worden uitgebreid tot afgewezen beschikkingen.*

We moeten nog een aantal jaren wachten totdat die actieve openbaarmakingsplicht gaat werken, maar toch! In de wet wordt al wel bepaald dat beschikkingen met rechtsgevolg moeten worden gepubliceerd, afgezien van een enorme rij uitzonderingen. Hoe zit het nu met de *afgewezen beschikkingen*? Iemand die een omgevingsvergunning probeert te bemachtigen zal daarin immers even geïnteresseerd zijn. Tot mijn grote vreugde bleek in de deelsessie 88% het met deze stelling eens te zijn. Belangrijk punt bleek te zijn dat bij toepassing van AI in het voortraject heel vaak geen beschikking tot stand komt, terwijl AI dan wel vaak de basis is geweest voor een risicomelding of juist voor het ontbreken daarvan. Actieve openbaarmaking van afgewezen beschikkingen is mooi, maar als het gaat om de impact van AI op het openbaar bestuur en de burger, zullen we zeker meer dan gemiddeld oog moeten hebben voor het voorproces. Dit aspect is als bonus uit de gedachtewisseling naar voren gekomen.



Ik kom toe aan een andere stelling die ik in mijn preadvies heb opgenomen.

*Stelling 2: De op de zaak betrekking hebbende stukken moeten met de bekendmaking van het besluit beschikbaar worden gesteld.*

Beschikbaarstelling pas als men in bezwaar is gegaan is dus te laat. De stemming over deze stelling ging heel goed. Eerst dacht ik dat het 100% vóór zou worden en toen de tijd doorliep is het iets bijgetrokken. Ik kan er nog niet te veel over zeggen, want de aanwezigen gaan hierover straks nog stemmen. De eyeopener werd hier door advocaten gegeven. Ik wil niet zeggen dat zij allerlei beren op de weg zagen, want ze staan er natuurlijk positief in, maar ze maakten in ieder geval kanttekeningen.

**Voorzitter:** Kun je zo'n kanttekening noemen?

**Wolswinkel:** Er is iets gezegd over de situatie waarin al bij de bekendmaking van het besluit de stukken beschikbaar worden gesteld terwijl er kwesties over bijvoorbeeld geheimhouding zijn. Normaal wordt in de bezwaarprocedure al naar oplossingen voor dergelijke kwesties gezocht. Hoe moet je omgaan met vertrouwelijkheidsclaims als de beschikbaarstelling van stukken los van bezwaar staat? Ik begreep dat men dan naar de civiele rechter toe zou moeten, en toen ik dat hoorde, snapte ik er zelf ook niks meer van! Nuancering is op zijn plaats, heb ik begrepen; misschien komt dat straks ook tot uitdrukking in...

**Voorzitter:** Is er in twee rondes over deze stelling gestemd? Je zei dat je in eerste instantie 100% had en dat toen...

**Wolswinkel:** De stemopneming stond meestal al aan en dan was er bijvoorbeeld iemand die al te kennen gaf het met de stelling eens te zijn, waarna het langzaam...

[Hilariteit]

De score was heel erg gezakt, en dankzij Kars de Graaf kwam hij nog ietsje omhoog.

**Voorzitter:** En wat was het eindresultaat?

**Wolswinkel:** Dat kan ik dus nog niet zeggen, want we gaan over deze stelling plenair stemmen.

**Voorzitter:** Oké. Sorry, sorry.

**Wolswinkel:** De derde stelling in mijn preadvies geeft uiting aan een inzicht dat vanochtend al centraal stond:

*Stelling 3: Bij geautomatiseerde besluitvorming geldt geen hogere transparantiestandaard dan bij niet-geautomatiseerde besluitvorming.*

Geldt bij geautomatiseerde besluitvorming een hogere transparantiestandaard dan bij niet-geautomatiseerde, menselijke besluitvorming? Die vraag hangt enorm boven de markt. In de deelsessie was 81% het met de stelling eens, maar menigeen

maakte de kanttekening: geen hogere transparantiestandaard, maar wel anders. Dat opent weer een heel nieuw debat, dat we zeker moeten voortzetten. Ook deze stelling komt hier straks plenair in stemming. Wie er moeite mee heeft en aan een andere transparantiestandaard denkt, moet 'eens met de stelling' stemmen. Dat werd ook in de deelsessie gedaan.

Ik vervolg de bespreking van mijn preadviesstellingen.

*Stelling 4: De AERIUS-verplichting tot volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling van gemaakte keuzes, gegevens en aannames geldt ook voor niet-geautomatiseerde besluitvorming.* Over AERIUS hebben we het eigenlijk weinig gehad, terwijl het in het kader van de normering van geautomatiseerde besluitvorming best een bekende norm is. Het gaat hier om een verscherpte interpretatie ten aanzien van geautomatiseerde besluitvorming, maar dezelfde eis geldt toch eigenlijk in het algemeen en ook voor menselijke besluitvorming. Ik heb geconstateerd dat in de deelsessie 77% het met deze stelling eens was. Dat is eigenlijk heel goed, temeer daar maar 5% het ermee oneens was en de rest het niet wist. Ik verwacht een nieuwe jurisprudentielijn, met toekenning van categorie 1 in het systeem van mijn medepreadviseurs die over het onderwerp 'Bestuursprocesrecht transparanter' hebben geschreven. Waarschijnlijk komt er binnenkort een uitspraak waarin de AERIUS-verplichting wordt doorgetrokken tot menselijke besluitvorming.

We komen bij de stelling over broncode.

*Stelling 5: De actieve openbaarmakingsplicht van de Wet open overheid moet worden uitgebreid tot de broncode van computersystemen.*

Uiteraard moet een belangenafweging plaatsvinden; hoe die verloopt, laat ik graag over aan mijn medepreadviser die daarop in het bijzonder is ingegaan. Uitgangspunt, misschien wel juist met het oog op het winnen van het vertrouwen van de burger, moet zijn dat de stap naar actieve openbaarmaking van broncodes dient te worden gezet. 69% was het hiermee eens. Dat klinkt heel indrukwekkend, maar het waren elf personen; dit voor de context.

Tot slot mijn stelling over tegenvoorbeelden.

*Stelling 6: Motiveren met behulp van counterfactuals is vanuit bestuursrechtelijk perspectief een begaanbare weg voor transparantie bij AI-besluitvorming.*

Hier wordt gedoeld op vergelijking van het aan de orde zijnde concrete geval met een tegenvoorbeeld. Daaruit kan onder meer duidelijk worden waarom een ander iets krijgt dat de aanvrager wordt onthouden. Over deze stelling waren de stemmen verdeeld. Naar mijn mening ligt hier nog wel een opdracht voor het bestuursrecht om antwoord te geven op de vraag wat nu een motivering tot een goede motivering maakt. Kunnen we daarover méér zeggen dat dan er maatwerk in het individuele geval moet worden geleverd? Op dit punt zijn we zeker nog niet uitgepraat.

Om een en ander een beetje samen te vatten herinner ik aan mijn pleidooi in de ochtendzitting voor een *transparency upgrade* langs drie dimensies: meer data, eerder toegang tot de stukken en betere motivering. Op een gegeven moment moet er natuurlijk een keuze worden gedaan, want een ambtenaar kan niet alle drie tegelijk doen. We hebben hier ook in het algemeen met een spanningsveld te maken: men kan het met alle stellingen eens zijn, maar bij de uitvoering kan niet alles tegelijk, en het is de vraag wat er dan eerst moet gebeuren.

## De Wet open overheid is slechts een tussenstap

A. Drahmman

### Annemarie Drahmman

Wij hebben onze deelsessie onder het deskundige voorzitterschap van Juliette van der Jagt niet gestructureerd aan de hand van stellingen. We hebben vrijelijk van gedachten gewisseld aan de hand van wat er uit de zaal kwam. Na een soort kruisverhoor van anderhalf uur ben ik nog even aan het nadenken wat nu eigenlijk mijn *takeaways* zijn, want volgens mij zijn we in anderhalf uur werkelijk alle kanten opgegaan.

Het werken met deelsessies was wat mij betreft heel leuk, omdat ik daardoor veel praktijkervaringen heb gehoord. In mijn deelsessie waren advocaten en rechters aanwezig, en ook veel mensen die werkzaam zijn bij bestuursorganen en zelfs een journalist. Dit leverde mooie gedachtewisselingen op. De journalist kwam bijvoorbeeld met de opmerking: 'Maar is het toch niet een feit dat de overheid iedere burger als een vijand ziet', terwijl iemand werkzaam bij een bestuursorgaan juist zei: 'Al die onredelijke en totaal niet afgebakende verzoeken van die journalisten: dat is toch niet te doen!'. Gelukkig hadden we een deskundige voorzitter, waardoor voor al die verschillende geluiden ruimte was. Dit voorbeeld laat zien wat een spanningsveld zich voordoen bij de toepassing van wat eigenlijk een droge wettekst is. Het uitwisselen van de praktijkervaringen toonde alle 'onderstromen' die er in verband met de Wob en de Woo zijn en waar juristen niet altijd oog voor lijken te hebben.

Wat uitgebreider hebben we in de deelsessie stilgestaan bij de tekst van de wet en bij de vraag of de overgang van de Wob naar de Woo nu veel nieuws zal brengen. Wie er door een juridische bril naar kijkt, kan zich afvragen of er – nu de uitzonderingsgronden in hoge mate hetzelfde zijn gebleven – wel iets gaat veranderen. Ook Eric Daalder is hierop vanmorgen ingegaan. Sommige aanwezigen in de deelsessie meenden dat bij een nagenoeg gelijkblijvende tekst alles hetzelfde zal blijven, maar ik had gelukkig toch ook nog wel wat medestanders die in de symboolbepalingen in de wet en in de uitzonderingsgrond voor persoonlijke beleidsopvattingen tekenen van verandering zien. Zouden, zo is dan de redenering, deze elementen niet een katalysator kunnen zijn voor een algemener nadenken over de wijze waarop met de uitzonderingsgronden moet worden omgegaan? In dat verband is ook – naast de wet – gewezen op de nieuwe rijksinstructie voor ambtenaren. Terwijl ik even dreigde treurig te worden van een zaal vol juristen met de opvatting 'als je de tekst van de wet niet wijzigt, verandert het recht ook niet', waren er gelukkig toch ook mensen die op het belang van de intentie van de wetgever wezen en aandacht vroegen voor het systeem van de wet als geheel en voor wat daarmee zou moeten worden bereikt. We zullen nog wel een paar jaar moeten wachten totdat we weten hoeveel er in de praktijk gaat veranderen.

Ik kom bij een grappige eyeopener. Een van de suggesties uit de zaal was dat de bewustwording van de Wet open overheid kan worden vergroot als de overheid bij al haar communicatie in een soort standaard-e-mailhandtekening zou opnemen: 'Let op, dit is een document dat binnen de reikwijdte van de Wet open overheid valt!'. Het belang van openbaarheid/transparantie kan meer voor het voetlicht komen als naast 'Print uw e-mail niet, want dat is slecht voor het milieu' een dergelijke mededeling wordt gedaan.

De enige stelling die in de deelsessie aan de orde is gekomen, is mijn eerste stelling: 'Het recht op overheidsinformatie moet worden vastgelegd in de Grondwet.' Daarover zijn enige vragen gesteld, waarbij voornamelijk naar voren kwam dat men het nut van vastlegging in de Grondwet niet inziet. Mijn nogal genuanceerde standpunt in dezen heb ik uitgeschreven in mijn preadvies, maar ik vind het wel leuk als stellingen een beetje pakkend zijn. Zelf zie ik dit nut eigenlijk ook niet zo. Het recht op overheidsinformatie is nu voor het eerst een expliciet wettelijk recht geworden, wat ik als een mooie eerste stap zie. Laten we nu eens kijken hoe dit uitpakt, en als we over vijf jaar de uitkomst teleurstellend vinden – de juristen die zeiden dat alles bij hetzelfde zou blijven, hebben dan gelijk gekregen – moeten we het voorstel van een van de eerdere grondrechtencommissies misschien toch maar weer eens gaan afstoffen.

Tot slot een samenvatting van mijn gevoelens bij de deelsessie. Je zou kunnen zeggen dat tussen droom en daad misschien in dit geval geen wetten in de weg staan, maar vooral op dit moment nog heel veel praktische bezwaren.

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

A.W.G.J. Buijze

**Voorzitter:** In de deelsessie over het preadvies van Anoeska Buijze, die nu als laatste aan het woord komt, ben ik aanwezig geweest. Het was geweldig!

### Anoeska Buijze

Bert heeft mijn sessie voorgezeten en dat was heel fijn, waarvoor dank!

Ik kan geen recht doen aan alles wat in de sessie is besproken, hoe interessant het vaak ook was. Aan deze zaal ga ik een zwakke afspiegeling geven van wat we allemaal voor leuke dingen hebben besproken. Mij is het meest bijgebleven dat Nederland een wetsvoorstel voor de verdeling van schaarse rechten nodig heeft. Er spelen zo veel belangen en de effecten van transparantie kunnen zodanig variëren, dat het heel onhandig en onefficiënt is steeds aan bestuursorganen over te laten hoe de procedure wordt ingericht en hoe de keus in een specifiek geval wordt gemotiveerd. Het belang van een goede centrale regeling is groot. Ik kreeg de opmerking dat er al een deel van de beslisboom voor subsidies is gemaakt, zodat zich begint af te tekenen wat wannéér moet worden gedaan. Dat is heel prettig; we kunnen daarop voortbouwen.

In verband met een van mijn stellingen heb ik min of meer betoogd dat schaarse rechten niet transparant verdeeld hoeven te worden. In de deelsessie wezen mensen mij erop dat dit nogal ver gaat, iets wat ik zelf natuurlijk ook wel vind. Voor mij blijft overeind staan dat de huidige transparantieverplichtingen bij de verdeling van schaarse rechten niet altijd hoeven te gelden. Je hebt natuurlijk wel iets van transparantie nodig, in ieder geval achteraf, zodat verantwoording kan worden afgelegd. De stelling die straks in stemming komt, moet misschien enigszins anders worden geformuleerd. Mag ik amenderen, Bert?

**Voorzitter:** Ik denk dat dat technisch onmogelijk is. Je kunt wel uitleggen hoe je de stelling nu zou willen formuleren.

**Buijze:** Dan zeg ik: lees waar 'transparantie' staat 'transparantie voorafgaand, vroeg in de procedure'; dus *ex ante* transparantie.

**Voorzitter:** Kom er nog even op terug als de stelling straks in beeld komt.

**Buijze:** Dat is goed. Dan wordt het helderder.

Een ander thema in de deelsessie was vertrouwen in de overheid. Ook juristen blijken op dit punt wel iets te willen ondernemen, omdat dat vertrouwen er onvoldoende is. Transparantie kan dan wel degelijk een rol spelen, ook al is dat strikt genomen juridisch niet vereist. Uit de bestuurskundige literatuur kunnen we leren dat bepaalde soorten transparantie misschien wél tot groter vertrouwen bijdragen. Als men vroeg in het proces *effectief* transparant is, vallen betere resultaten te boeken dan als men zich beperkt tot *nominale* transparantie voor de vorm, door wel informatie te geven, maar niet heel duidelijk, of incompleet.

In onze deelsessie kwam over dit onderwerp een ingezonden vraag van Rens Koenraad binnen, die mij – ik zou bijna zeggen: emotioneel en spiritueel – nogal raakte. Hij wijst op het probleem dat we met heel veel boze burgers zitten, die het vertrouwen in de overheid kwijt zijn en het gevoel hebben dat ze geen grip hebben op de beslissingen die over hen worden genomen, waaraan hij de vraag aan mij als preadviseur verbindt of ik even kan uitleggen hoe transparantie dat probleem kan verhelpen. Mijn antwoord is: slechts heel beperkt en eigenlijk bijna niet, want er is iets anders aan de hand. Er is een probleem met mensen die voelen dat ze geen macht hebben en die nogal in de kou staan; voor dat probleem is transparantie geen oplossing, maar we moeten er wel over nadenken. Ik denk dat dit heel ingrijpende consequenties voor het bestuursrecht gaat hebben. Die kan ik nog niet overzien. Ik ga erover nadenken.

De grootste eyeopener in onze deelsessie hangt hiermee samen: het beeld van transparantie als een soort ‘kanarie in de kolenmijn’. Als het de overheid niet meer lukt transparant te zijn, is er blijkbaar fundamenteel iets mis. Een overheid die niet meer kan uitleggen hoe ze bij besluiten komt en waarom ze doet wat ze doet, heeft haar zaakjes kennelijk niet goed op orde. Misschien is er een te grote afhankelijkheid van externe deskundigen, misschien is er een verkeerde verdeling van verantwoordelijkheden. In dat verband moeten we niet primair naar transparantie kijken, maar naar wat er achter de gesignaleerde intransparantie zit. Kennelijk lukt het niet meer zo goed transparant te zijn, maar wat ligt daaraan ten grondslag?

Heb ik zo voldoende verslag van de deelsessie uitgebracht?

**Voorzitter:** Ik van mijn kant ben jouw preadvies door de deelsessie alleen nog maar meer gaan waarderen. Je benadert transparantie onder meer langs twee wegen: met een juridisch-technische blik op bijvoorbeeld aanbestedingen en schaarse rechten, en met een algemene blik, ook aan de hand van literatuur uit de bestuurskunde en de rechtseconomie. Hoewel ik van het preadvies onder de indruk was, kon ik deze twee benaderingen eerst niet goed koppelen. De sessie heeft mij enorm geholpen: je liet moeiteloos zien dat het algemene transparantiebegrip voor deze twee uiteenlopende onderwerpen heel veel waarde heeft.

Als ik bij de andere sessies was geweest, was het me ongetwijfeld gelukt ook daarover zoiets positiefs te zeggen.

# Plenaire stemmingen over telkens twee stellingen<sup>1</sup> per preadvies

## Stelling 3 van Buijze

Een transparante verdeelprocedure leidt niet tot gelijke kansen voor partijen. Het is dus niet juist een transparantieverplichting – die in essentie een beleidskeuze is – te baseren op het gelijkheidsbeginsel.

**Anoeska Buijze:** Ik wil, zoals ik aankondigde, deze stelling amenderen. Het gaat er niet om dat je niet een transparantieverplichting op het gelijkheidsbeginsel mag baseren. De stelling moet betrekking hebben op de transparantieverplichting die nu op dat beginsel gebaseerd wordt.

### Oordeel

Bij de digitale stemming heeft zich 54% vóór de stelling uitgesproken en 26% daartegen, terwijl 20% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Buijze:** Ik had verwacht dat deze stelling met een overweldigende meerderheid zou worden weggestemd, dus ik ben heel blij met deze uitslag.

## Stelling 4 van Buijze

Voor de verdeling van schaarse rechten moet een alternatief komen dat ruimte biedt aan bestuursorganen om in samenspraak met geïnteresseerde partijen selectie- en gunningscriteria aan te scherpen.

### Oordeel

Bij de digitale stemming heeft zich 74% vóór de stelling uitgesproken en 16% daartegen, terwijl 9% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Voorzitter:** Nu ben ik heel benieuwd, Anoeska, wat je verwachting bij deze stelling was.

---

<sup>1</sup> Hieronder genummerd als in de preadviezen.



**Buijze:** Ik was hier positiever over, maar ik zou graag van iemand die zich tegen de stelling heeft uitgesproken de motivering daarvan horen.

**Voorzitter:** Je hebt op dit punt bijna iedereen achter je.

### **Stelling 2 van Drahmman**

*Een toezichthouder (bijv. de Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed) moet de bevoegdheid krijgen om handhavend op te treden tegen bestuursorganen die in strijd met de Wet open overheid handelen.*

*Oordeel*

Bij de digitale stemming heeft zich 58% vóór de stelling uitgesproken en 37% daartegen, terwijl 5% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Voorzitter:** Bij deze stemming werd het beeld heel snel duidelijk: de aanwezigen hebben kennelijk uitgesproken meningen.

**Annemarie Drahmman:** Ik ben nogal verrast, omdat het ongebruikelijk is dat we over het opleggen van sancties aan de overheid nadenken. Je zou kunnen zeggen dat we er bij het maken van wetgeving fundamenteel op vertrouwen dat een overheid zich altijd aan de eigen wetgeving houdt en dat je dus niet voor handhavingsbevoegdheden hoeft te zorgen. De Autoriteit Persoonsgegevens heeft nu in de context van de AVG zo'n bevoegdheid gekregen, volgens mij omdat dat van Europa moest, en is voor het eerst boetes gaan opleggen aan bestuursorganen. Tegenstanders betogen dat sprake is van het onnodig rondpompen van belastinggeld van de ene overheid naar de andere overheid. Voorstanders stellen dat door het opleggen van boetes het onderwerp nu eindelijk serieus wordt genomen. De uitkomst van deze stelling laat mij zien dat de tijd langzaam rijp lijkt te worden om te zeggen dat de ontwikkelingen rondom de informatiehuishouding en de openbaarheid van overheidsinformatie te traag gaan en dat er binnen de overheid te weinig prioriteit aan wordt gegeven en dat een sanctie-instrument daarom bespreekbaar wordt.

**Voorzitter:** Terwijl je je relatieve verbazing uitsprak, nam het aantal stemmen tégen de stelling toe... Gelukkig blijft de meerderheid het ermee eens!

### **Stelling 3 van Drahmman**

*Het recht om omvangrijke informatieverzoeken in te dienen, moet niet worden beperkt, zeker niet zolang de informatiehuishouding van de overheid nog niet op orde is.*

**Voorzitter:** Een gering percentage van de aanwezigen lijkt te kiezen voor 'Mijn eigen informatiehuishouding is niet op orde en beperkt', een ludieke omschrijving waarmee de organisator van de technische kant van deze stemmingen, Kars de Graaf, 'ik weet het niet' heeft weergegeven. Als men de eigen informatiehuishouding niet op orde heeft, betekent dat volgens mij niet dat men niet vóór of tegen mag stemmen!

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft zich 62% vóór de stelling uitgesproken en 35% daartegen, terwijl 3% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Drahmann:** Ook hier ben ik wel blij met de uitkomst. Aan de ene kant kun je zeggen dat mensen het recht hebben omvangrijke informatieverzoeken in te dienen, aan de andere kant geven medewerkers van bestuursorganen die hier aanwezig zijn en die bij Woo-verzoeken betrokken zijn, te kennen dat ze tegen muren aanlopen. Het is verleidelijk om in het belang van de uitvoerbaarheid te kiezen voor een beperking van het recht. Het verheugt mij dat onze vereniging meer bij het juridische principe blijft en het recht op informatie laat prevaleren, ook als dat veel tijd en moeite kost.

### Stelling 2 van Wolswinkel

*De op de zaak betrekking hebbende stukken moeten met de bekendmaking van het besluit beschikbaar worden gesteld.*

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft zich 38% vóór de stelling uitgesproken en 58% daartegen, terwijl 4% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Voorzitter:** Ik had eigenlijk een overweldigende meerderheid aan voorstanders verwacht.

**Johan Wolswinkel:** Ik heb in de deelsessie een soortgelijke stelling in stemming gebracht. Het leuke is nu dat het oordeel van het 'bestuursrechtelijk voetvolk' redelijk een-op-een loopt met dat van de deskundigen. In de deelsessie hadden we 45% voorstanders en 55% tegenstanders. Toen ik de stelling opschreef, dacht ik dat iedereen het er wel mee eens zou zijn en de sessie leerde mij dat dit nog wel wat genuanceerder ligt. De uitslag van zojuist bewijst hoe complex het is.

**Voorzitter:** Voor mij is deze uitslag tot nu toe het dieptepunt van de dag.

**Kars de Graaf:** Belangrijk is ook waarom mensen hebben gestemd zoals ze hebben gestemd.

**Wolswinkel:** In mijn inleiding heb ik dat een beetje verteld. Mensen zien procedurele problemen, vooral voor derden-belanghebbenden. Dat de aanvrager de stukken kan zien, wordt eigenlijk wel als een gelopen koers beschouwd. In het geval van de snelheidsovertreding met onze auto kreeg ik toegang tot de stukken.<sup>2</sup> Ik was niet eens de aanvrager, ik kreeg de stukken gewoon toegezonden. Bij de positie van de derden ligt het wat complexer, want de kans bestaat dat mensen bepaalde stukken niet indienen, uit angst dat met de bekendmaking ook anderen er kennis

---

<sup>2</sup> Zie toelichting op het preadvies in de ochtendzitting, Voorbeeld 1.

van kunnen nemen. In de deelsessie was men het er wel mee eens dat de aanvrager nadat het besluit is genomen de beschikking over de op de zaak betrekking hebbende stukken moet krijgen. In de deelsessie hebben we in verband hiermee een nuance aangebracht die bij de stemming hier afwezig was.

**Voorzitter:** Ik ben weer een beetje over mijn dieptepunt heen.

### **Stelling 3 van Wolswinkel**

*Bij geautomatiseerde besluitvorming geldt geen hogere transparantiestandaard dan bij niet-geautomatiseerde besluitvorming.*

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft zich 68% vóór de stelling uitgesproken en 25% daartegen, terwijl 7% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Wolswinkel:** In de deelsessie kwam de vervolgvraag aan de orde: er geldt geen hogere standaard, maar wel een andere; wat is die andere standaard dan? Het oordeel over de stelling is een mooi vertrekpunt.

### **Stelling 2 van Pietermaat/Bontje**

*De bestuursrechter moet in zwaarwegende omstandigheden een bijzondere gemachtigde die advocaat is kunnen aanwijzen die ten behoeve van een partij kennis kan nemen van de inlichtingen of stukken waarvan de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht.*

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft zich 77% vóór de stelling uitgesproken en 18% daartegen, terwijl 5% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Voorzitter:** De preadviseurs kijken redelijk tevreden. Klopt die indruk?

**Elisabeth Pietermaat:** We kunnen met tevredenheid constateren dat het bestuurlijk veld voor een belangrijke vernieuwing in het bestuursprocesrecht heeft gestemd. Ik kijk dus willekeurig de zaal door en hoop dat dit de Awb gaat halen.

### **Stelling 3 van Pietermaat/Bontje**

*In de Woo moet een grondslag worden opgenomen voor bestuursorganen om (delen van) processtukken actief openbaar te maken indien dat een bijzonder belang dient.*

Oordeel

Bij de digitale stemming heeft zich 55% vóór de stelling uitgesproken en 40% daartegen, terwijl 5% zich van een oordeel heeft onthouden.

**Nina Bontje:** We kunnen voorzichtig tevreden zijn. Wie tegenstemt, kan zijn motivering daarvoor vinden in de opvatting dat er aan processtukken helemaal niets

openbaar zou moeten worden gemaakt, maar ook in de opvatting dat er juist méér stukken dan alleen in bijzondere gevallen openbaar moeten worden gemaakt. De reden van het tegen stemmen is nogal belangrijk. De uitslag sluit in ieder geval aan bij de voorzichtigheid die wij op dit punt ook zelf hebben.

# Bestuur en erelid

prof. mr. dr. A.T. Marseille (voorzitter)  
mr. H. Herweijer (secretaris)  
mr. N.N. Bontje (penningmeester)  
mr. A. Collignon  
mr. J.K. Drewes  
mr. J.A.R. van Eijdsen  
mr. dr. B.J. van de Griend  
mr. dr. J.A.E. van der Jagt-Jobsen  
mr. E.M.B. Kuijpers  
prof. mr. dr. R. Ortlep  
mr. R. Osterwald  
mr. dr. T.N. Sanders  
mr. dr. H.G. Sevenster  
mr. A. Venekamp  
mr. L.W. Verboeket

Erelid van de vereniging:  
mr. M. Scheltema

