

# Zorgplichten in het bestuursrecht

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

*Verslag* van de algemene vergadering gehouden op  
12 mei 2023 ter behandeling van de preadviezen  
van M.H. Ippel & M. Scheltema, A. Zuurmond,  
M.H.A.F. Lokin & G. Mulder, A. Collignon en R. Stijnen

1 7 3

**Boom**

ISBN 978-94-6212-942-9



9 789462 129429 >

[www.boom.nl/juridisch](http://www.boom.nl/juridisch)

## Zorgplichten in het bestuursrecht



# Zorgplichten in het bestuursrecht

Verslag van de algemene vergadering  
gehouden op 12 mei 2023

ter behandeling van de preadviezen van

M.H. Ippel & M. Scheltema  
A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin & G. Mulder  
A. Collignon  
R. Stijnen

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

© 2024 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 verveelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet of de repressie-regeling van Stichting Reprecht dient daarvoor een billijke vergoeding te worden voldaan aan Stichting Reprecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprecht.nl](http://www.reprecht.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 978-94-6212-942-9  
ISBN 978-94-6212-943-6 (e-book)  
NUR 823

[www.boom.nl](http://www.boom.nl)  
[www.boom.nl/juridisch](http://www.boom.nl/juridisch)

# Inhoud

<b>Rede van de voorzitter, Bert Marseille</b>	<b>7</b>
<b>Toelichting van de preadviseurs met eerste reacties</b>	<b>13</b>
<b>Huldiging van de winnaars van de pleitwedstrijd</b>	<b>47</b>
<b>Verslag van de deelsessies over het preadvies van Maurits Ippel &amp; Michiel Scheltema</b>	<b>49</b>
<b>Verslag van de deelsessies over het preadvies van Arre Zuurmond, Mariette Lokin en Trude Mulder</b>	<b>63</b>
<b>Verslag van de deelsessies over het preadvies van Anna Collignon</b>	<b>76</b>
<b>Verslag van de deelsessies over het preadvies van Rogier Stijnen</b>	<b>86</b>
<b>Bekendmaking van de winnaar van de VAR-Scheltemaprijs 2023</b>	<b>98</b>
<b>Bestuur en erelid</b>	<b>103</b>





# Rede van de voorzitter, Bert Marseille

## Zorgplichten voor de bestuursrechter

### Burgerperspectief en burgerlus

Van sommige ingrijpende gebeurtenissen weet je nog precies waar je was toen je ze vernam. Toen ik op 20 januari een appje kreeg van Kars de Graaf met het bericht dat Ben Schueler was overleden, zat ik in de bus van Arnhem naar Oosterbeek, waar ik bij mijn oud-collega Boudewijn de Waard op bezoek zou gaan. Ook al kwam het bericht niet helemaal onverwacht, toch kon ik het niet bevatten. Ik was van slag, van mijn stuk gebracht. Ik vergat prompt bij de juiste bushalte uit te stappen. Maar dat was niet erg, want toen ik een paar haltes verder uitstapte, bevond ik me op wat misschien wel de vredigste plek van Nederland is: de Rijnsoever bij Doorwerth. Van daar is het een half uur lopen naar Oosterbeek. Daardoor kon ik het bericht in alle rust een beetje op me laten inwerken, en ik was blij dat ik juist naar Boudewijn de Waard op weg was: voor mij – en wie hem kent, zal het begrijpen – precies de persoon om als eerste over dat verschrikkelijke nieuws te kunnen praten.

We zijn nu meer dan drie maanden verder, en het leven gaat verder, maar zeker voor degenen die Ben het meest na stonden en die hem – dat kan niet anders – dag na dag intens missen: nooit meer zoals het was. Voor mij was hij vooral een geweldige en geweldig aardige collega in wiens nabijheid het altijd uitzonderlijk goed toeven was en van wie ik ontzettend veel heb geleerd – allemaal redenen waarom ik hem mis.

In de dagen direct na zijn overlijden was ik vooral geroerd door hoe hartelijk en vol warmte mensen die Ben hadden gekend tegen elkaar deden, en door de vele bijzondere herinneringen die mensen met elkaar deelden, waarvan ik die van Rens Koenraad op LinkedIn en van Ymre Schuurmans aan het eind van de Scheltemalezing op 27 januari met name noem. En ik ben blij dat de VAR, waarvan Ben tussen 2013 en 2017 voorzitter was, samen met de Raad van State, de Universiteit Utrecht en de Vereniging voor Bouwrecht, betrokken is bij een bijeenkomst, op 29 februari volgend jaar, die in het teken staat van zijn wetenschappelijke werk.

Ben Schueler was een wetenschapper van wie ik altijd wilde weten hoe hij tegen allerlei zaken aankeek, want wat hij vond: zo was het eigenlijk altijd ook. Ik heb mij dus de afgelopen maanden van heel veel ontwikkelingen in het bestuursrecht afgevraagd hoe hij daarover zou hebben gedacht. Hoe zou hij bijvoorbeeld hebben gedacht over het voorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, over het voorstel

voor een burgerlijke lus dat daarin is opgenomen,<sup>1</sup> over de 1 maart-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (kortweg de Afdeling),<sup>2</sup> over de Almelo- en Rotterdam-uitspraken van de civiele rechter,<sup>3</sup> en over de discussie over het procedeedgedrag van de overheid?<sup>4</sup>

Al lezende in het werk van Ben Schueler stuitte ik op een prachtige passage in het verhaal dat hij aan het begin van de VAR-jaarvergadering van 2015 hield. Ik citeer:

‘In het moderne procesrecht krijgt het bestuur de gelegenheid om zijn fouten te herstellen, met name als een formele of informele lus wordt toegepast. De formele bestuurlijke lus van de Awb heeft een belangrijk nadeel omdat die geconstrueerd is als een manier om het bestuursorgaan de gelegenheid te geven zijn eigen gebreken te herstellen. Daarom dringt zich steeds opnieuw het beeld op van een instrument waarmee de rechter het bestuur helpt zich te verweren tegen de burger. Op zich is dat een vertekend beeld want de bestuurlijke lus kan wel degelijk ook in het voordeel van de burger uitpakken. Maar in één opzicht is de formele lus wel degelijk ‘partijdig’: de Awb zegt niet dat de tussenuitspraak kan worden gebruikt om de burgerpartij in de gelegenheid te stellen haar gebreken te herstellen.

Toch kan ook de burgerpartij een gerechtvaardigde behoefte hebben aan een herkansing. De Awb verzet zich er in het geheel niet tegen de burgerpartij in de gelegenheid te stellen een nadere onderbouwing of nader bewijs te leveren. Daarbij moet weliswaar de goede procesorde in acht worden genomen, maar ook die verzet zich er niet a priori tegen. Kortom, er is alle ruimte voor de burgerlijke lus.

We moeten hem alleen niet zo noemen. We moeten het überhaupt niet meer over lussen hebben. Dat woord suggereert dat het om een bijzondere constructie gaat waarin de ene partij via een omweg alsnog zijn gelijk kan binnenhalen ten koste van de andere partij.<sup>5</sup>

Lezing van deze tekst van Schueler bracht mij op de volgende vragen:

- Kan invoering van een burgerlijke lus het ongenoegen over de bestuurlijke lus wegnemen, neutraliseren of compenseren? en, in het verlengde daarvan:
- Zijn procederende burgers ook los daarvan geholpen met invoering van een burgerlijke lus?

Voor beide vragen ben ik op zoek gegaan naar een antwoord en ik kan u nu alvast vertellen dat mijn antwoord twee keer ‘nee’ is. Maar mijn verhaal is uiteindelijk toch optimistisch van toon, omdat ik denk te weten hoe het ongenoegen over de toepassing van de bestuurlijke lus wél kan worden weggenomen en op welke

---

1 Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763 en bijlagen.

2 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. Van Zanten; ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852, AB 2023/129, m.nt. Van Zanten.

3 Rb. Overijssel 25 april 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:1459, Rb. Rotterdam 26 april 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:3475.

4 M. Scheltema, ‘Procederen tegen de burger’, NTB 2023/38.

5 Zie: B.J. Schueler, ‘Overwicht en tegenwicht’, in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter. Verslag van de algemene vergadering gehouden op 22 mei 2015 (VAR-reeks 155)*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 7-10.

manier procederende burgers meer kunnen worden geholpen dan met de invoering van een burgerlijke lus.

De burgerlijke lus – het mogelijk toekomstige artikel 8:51e Algemene wet bestuursrecht (Awb) – houdt in dat de bestuursrechter een tussenuitspraak doet waarin hij een belanghebbende in de gelegenheid stelt binnen een door de rechter gestelde termijn een ingenomen stelling schriftelijk aannemelijk te maken. Waarom kan invoering van een burgerlijke lus het ongenoegen over de bestuurlijke lus niet wegnemen? De reden is dat de burgerlijke lus niet voor reparatie zorgt van de zwakke plek van de bestuurlijke lus. Wat is die zwakke plek? Dat kan ik het beste illustreren aan de hand van een uitspraak van de Afdeling van 13 april 2016, over een bestemmingsplan van de – inmiddels voormalige – gemeente Zeevang.<sup>6</sup> In de procedure in eerste en enige aanleg die tot die uitspraak leidde, paste de Afdeling de bestuurlijke lus toe, door in een tussenuitspraak een aantal geschilpunten tussen partijen af te kaarten en de gemeenteraad van Zeevang de opdracht te geven een gebrek in diens besluit te herstellen. De gemeenteraad nam daarop – lopende de procedure – een besluit tot wijziging van het bestemmingsplan.

In reactie op dat nieuwe besluit van de gemeenteraad betoogt appellant dat de Afdeling terug zou moeten komen op een van de in haar tussenuitspraak gegeven oordelen. Hij onderbouwt zijn standpunt met verschillende bewijsmiddelen en stelt dat het in strijd is met de beginselen van behoorlijke rechtspleging als de Afdeling deze bewijsmiddelen niet bij haar oordeel over het nieuwe besluit betreft. Zijn belangrijkste argument: nu de gemeenteraad in de tussenuitspraak de kans heeft gekregen het besluit te herstellen, moet ook ik de gelegenheid krijgen mijn standpunt nader te onderbouwen.

De Afdeling wijst het verzoek af, kort gezegd omdat appellant een discussie wil heropenen die de Afdeling met haar tussenuitspraak had gesloten.<sup>7</sup> Van kansenongelijkheid is, aldus de Afdeling, geen sprake, want appellant en gemeenteraad hebben beide volop de kans gehad hun zegje te doen over alle aspecten van het besluit van de gemeenteraad waarover de Afdeling in de tussenuitspraak een oordeel velde.

Het oordeel van de Afdeling dat van een ongelijke behandeling geen sprake is, kan ik volledig volgen. Maar ik kan ook de appellant volgen, die zal hebben gedacht: de gemeenteraad heeft bij het nemen van zijn besluit een fout gemaakt die hij mag herstellen, terwijl ik mijn procedurele fout – niet op tijd een argument tegen het oorspronkelijke besluit naar voren brengen – niet mag herstellen. Kan de rechter

6 ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:997, JB 2016/105, AB 2016/221, m.nt. Ortlep (de tussenuitspraak was van 14 oktober 2015 (ECLI:NL:RVS:2015:3165)). Ortlep citeert in zijn noot overigens uitvoerig de in de vorige noot genoemde publicatie.

7 Het is vaste jurisprudentie dat in beginsel niet kan worden getornd aan die in de tussenuitspraak gegeven oordelen. De standaardformulering die daarvoor aanvankelijk werd gehanteerd, luidde dat het de rechter, behoudens 'uitzonderlijke omstandigheden', niet vrij staat terug te komen van in een tussenuitspraak 'zonder voorbehoud gegeven oordelen' (zie ABRvS, 9 december 2011, ECLI:NL:RVS:2011:NU7433, JB 2012/53, AB 2012/45, m.nt. Ortlep, en CRvB 2 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY2116). In jurisprudentie van recentere datum wordt de formulering nog wat aangescherpt: 'uitzonderlijke omstandigheden' worden 'zeer uitzonderlijke omstandigheden', 'zonder voorbehoud gegeven oordelen' worden 'oordelen' (zie ABRvS 21 oktober 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3222, JB 2015/201, m.nt. Bots, AB 2016/74, m.nt. Ortlep).

iets met de frustratie van de burger over dit effect van toepassing van de bestuurlijke lus? Nee! De rechter kan immers, ingevolge vaste jurisprudentie, in beginsel niet terugkomen op oordelen in een tussenuitspraak die als definitief zijn bedoeld. De burgerlijke lus had de appellant in Zeevang niet geholpen, omdat die niet biedt waar de appellant behoefte aan had: de mogelijkheid de discussie te heropenen over de als definitief bedoelde oordelen in de tussenuitspraak van de rechter.

Wat de appellant in Zeevang wel had kunnen helpen, is als de rechter had gekozen voor toepassing van wat sinds de introductie van de bestuurlijke lus de *informele bestuurlijke lus* is gaan heten: het hervatten van het vooronderzoek met toepassing van artikel 8:64 of 8:68 Awb. De gemeenteraad had dan een brief van de griffier gekregen waarin hij in de gelegenheid was gesteld het gebrek in zijn besluit te herstellen.<sup>8</sup> Waarom had toepassing van de informele bestuurlijke lus voor de appellant in deze zaak soelaas kunnen bieden? De reden is dat de rechter, als hij met toepassing van de formele bestuurlijke lus een tussenuitspraak doet, partijen met definitieve oordelen confronteert, terwijl bij toepassing van de informele lus – door het ontbreken van een tussenuitspraak – de discussie tussen partijen nog openligt. Als de Afdeling in de Zeevang-zaak de informele lus had toegepast, had zij het argument van appellant – dat nu niet meer mee mocht doen omdat het zich richtte tegen een in de tussenuitspraak gegeven oordeel – bij de beoordeling van het nieuwe besluit van de gemeenteraad toch nog kunnen betrekken. Het gevoel van ongelijkheid en achterstelling was er dan niet geweest.

Terug naar mijn eerste vraag: kan invoering van een burgerlijke lus het ongenoegen over de bestuurlijke lus wegnemen, neutraliseren of compenseren? Het antwoord is wat mij betreft negatief, omdat de burgerlijke lus de achilleshiel van de bestuurlijke lus helemaal niet adresseert. De informele bestuurlijke lus doet dat wel. Om die reden is toepassing daarvan door de rechter een betere remedie tegen het mankement van de bestuurlijke lus dan invoering van de burgerlijke lus. Het goede nieuws is trouwens dat bestuursrechters in de praktijk vaker kiezen voor de informele dan voor de formele bestuurlijke lus.<sup>9</sup>

Dat brengt mij bij mijn tweede vraag: zijn procederende burgers desondanks geholpen bij invoering van de burgerlijke lus? Dat denk ik niet. De reden is trouwens niet dat de burgerlijke lus alleen maar een wat formeler cachet geeft aan iets wat de rechter toch al kon, maar dat het een bevoegdheid betreft die burgers zelden verder helpt. Uit onderzoek dat ik vorig jaar met Marc Wever deed naar de vraag wanneer, ten bate van wie, op welke manier en met welk resultaat bestuursrechters van de rechtbanken gebruikmaken van hun bevoegdheid het vooronderzoek na de zitting te hervatten, komt als beeld naar voren dat de rechter de burger regelmatig de kans biedt zijn standpunt over de feiten met bewijs te onderbouwen – een soort informele burgerlijke lus – maar dat dit er bijna nooit toe leidt dat de zaak in diens voordeel kantelt. Daarnaast is uit ons onderzoek gebleken dat de rechter weinig

8 Kritisch over de griffiersbrief: L.M. Koenraad & J.L. Verbeek, 'De brief van de rechter. Een beschouwing over het bekendmaken van procesbeslissingen in het bestuursprocesrecht', *JBplus* 2014-1, p. 54-70.

9 B. Marseille & M. Wever, 'Processuele beslissingen van de bestuursrechter: biased ten gunste van de overheid?', *NJB* 2022/618, p. 725.

gebruikmaakt van zijn bevoegdheid zelf de feiten aan te vullen, door het benoemen van een deskundige, terwijl dat, als hij dat doet, er regelmatig toe leidt dat de zaak wél in het voordeel van de burger kantelt.<sup>10</sup>

Een belangrijke reden voor de rechter om een deskundige te benoemen is dat hij vindt dat het beginsel van *equality of arms* in het geding is. Ik had gedacht dat de Korošec-uitspraak<sup>11</sup> van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) uit 2015 ertoe zou leiden dat bestuursrechters, om een *fair balance* tussen de procespositie van overheid en burger te bereiken, veel vaker een deskundige zouden benoemen, zeker na de prachtige analyse van die uitspraak door Bart Jan van Ettehoven,<sup>12</sup> maar dat is niet gebeurd.<sup>13</sup> Een van de redenen dat het niet is gebeurd, zou kunnen zijn dat het benoemen van een deskundige voor een excessieve verlenging van de procedure zorgt.

Doet de bestuursrechter direct na de zitting een schriftelijke uitspraak, dan – zo blijkt uit het onderzoek van Marc Wever en mij – is die er gemiddeld tien weken na de zitting. Past de rechter de bestuurlijke lus toe, dan is de einduitspraak er gemiddeld na 32 weken: dat viel ons niet heel erg tegen. Benoemt hij een deskundige, dan duurt het 66 weken voordat de uitspraak er is: dat viel ons wel heel erg tegen. Als vandaag ergens in Nederland een bestuursrechter beslist een deskundige te benoemen, dan kun je ervan uitgaan dat de uitspraak er pas eind juli 2024 is, ver na de jaarvergadering van de VAR van het volgend jaar.

Kan het sneller? Uiteraard. Uit ons onderzoek blijkt dat er meer dan dertig weken liggen tussen het moment dat de rechter beslist een deskundige te benoemen en het moment dat het onderzoek van de deskundige plaatsvindt, en daarna nog ruim dertig weken voordat de uitspraak er is. De redenen van de vertraging: deskundigen blijken moeilijk te vinden en partijen krijgen ruim de tijd om te reageren op het rapport van de deskundige en op elkaars reactie op dat rapport. De oplossing voor de eerste dertig weken vertraging bedacht ik toen ik een gepensioneerde arts sprak die mij mentaal nog veel te jong leek voor zijn gepensioneerde status. Ik gok dat er in Nederland genoeg van dat soort gepensioneerde artsen zijn te vinden die hun deskundigheid voor de bestuursrechtspraak willen inzetten. Als die poule van deskundigen maar groot genoeg is, kan de betrokken appellatant binnen een week of twee bij de deskundige terecht en kan het rapport van de deskundige er een week later zijn.

En die andere dertig weken vertraging? Als de rechter drie weken na het gereedkomen van het rapport van de deskundige tot het oproepen van partijen voor een zitting of een comparitie overgaat en direct mondeling uitspraak doet, zijn die 66 weken in zes weken veranderd. Misschien ben ik te optimistisch, maar dertien

---

<sup>10</sup> Marseille & Wever 2022.

<sup>11</sup> EHRM 8 oktober 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:1008JUD007721212.

<sup>12</sup> Zie: B.J. van Ettehoven, 'De betekenis van de uitspraak Korošec tegen Slovenië voor het Nederlandse bestuursrecht', O&A 2016/29.

<sup>13</sup> B. Marseille & M. Wever, 'Snelheid, maatwerk en finaliteit in bestuursrechtelijke procedures bij de rechtbank', NJB 2019/2252.

weken, drie maanden, zou zeker moeten kunnen, en dat is vijf keer zo snel als het nu gaat.

Tot welke conclusies leidt mijn verhaal? Als ik die zo beknopt mogelijk probeer te formuleren, luiden ze als volgt.

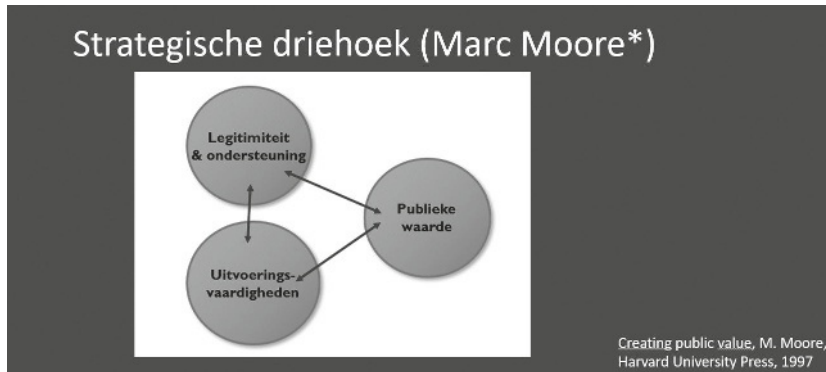
1. Het is prima als er een burgerlijke lus komt, een tussenuitspraak ten behoeve van de burger, maar die lost het probleem dat aan de bestuurlijke lus kleeft niet op.
2. De nadelen die voor procederende burgers kunnen kleven aan toepassing van de bestuurlijke lus – met name: het beperken van de discussie over tussen partijen levende geschilpunten – kan de rechter het beste ondervangen door over te schakelen op de informele bestuurlijke lus.
3. Veel meer dan met de toepassing van de burgerlijke lus zijn burgers ermee geholpen als de rechter gebruikmaakt van zijn bevoegdheid de feiten aan te vullen. In het licht van het beginsel van *equality of arms* en de *Korošec*-uitspraak doet hij dat op dit moment veel te weinig.
4. Voor zover de terughoudendheid van de rechter begrijpelijkerwijs wordt veroorzaakt door de excessieve verlenging van de procedure die het gevolg is van het inschakelen van een deskundige, zijn er meer dan voldoende mogelijkheden om daar wat aan te doen. De rechter zou het als zijn zorgplicht moeten beschouwen die mogelijkheden zo veel mogelijk te benutten.

# Toelichting van de preadviseurs met eerste reacties

Arre Zuurmond<sup>1</sup>

**Preadvies:** A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin, G. Mulder, 'De infomationele zorgplicht van de overheid'

Ik ben een bestuurskundige, en ik kijk vanuit dat perspectief naar de informatievoorziening bij het rijk. Nadat ik het preadvies samen met Mariette Lokin en Trude Mulder heb geschreven, zal ik het nu in deze plenaire vergadering kort toelichten.



Als bestuurskundige gebruik ik hierbij het model van Marc Moore, een Harvard-hoogleraar die het volgende beeld schetst. Er worden vaak door middel van wetten in een publiek debat, via deliberatie, normen gesteld, en vervolgens hebben we *organizing capacities* om de naleving van de normen te realiseren, en die twee samen moeten de maatschappelijke, publieke waarde opleveren die de samenleving wenselijk acht. De uitvoeringsvaardigheden bestaan uit vier middelen, waarvan er in ons land drie goed bij wet worden geregeld, maar de vierde niet.

- In de eerste plaats moet er een bevoegdheid zijn. Zonder een bevoegdheid kan het ambtelijk apparaat niets doen.
- Het tweede middel is geld.
- Er moet personeel zijn.
- Het personeel heeft informatie nodig: dat is het vierde middel.

<sup>1</sup> Preadviseur Arre Zuurmond is regeringscommissaris Informatiehuishouding.

Drie van deze middelen hebben een grondslag in de Grondwet en zijn vervolgens in algemene wetten uitgewerkt: in de Algemene wet bestuursrecht, maar ook in wetgeving op het gebied van de fiscaliteit. Het vierde middel is niet uitgewerkt, en dat leidt tot verlies van publieke waarde. Een van de promovendi bij Marc Moore is Jorrit de Jong die in dit verband de term *bureaucratic dysfunction* gebruikt.



Bij verlies van publieke waarde levert de *organizing capacity* niet de maatschappelijke waarde op die wij als samenleving wel nodig hebben. In mijn vorige functie was ik Ombudsman Metropool Amsterdam; die functie heeft mij enige voorbeelden opgeleverd waarmee ik het nu getoonde kwadrantenschema wil toelichten. Naarmate we in het model meer naar rechtsonder gaan, wordt het verlies van publieke waarde pijnlijker.

Bij het vakje rechtsboven – het verlies van publieke waarde is daar zowel immaterieel als individueel – geef ik het volgende voorbeeld. Een mevrouw heeft haar partner verloren doordat die is overleden, en de gemeente heeft dat niet goed verwerkt. Als zij na drie maanden opbelt om de parkeervergunning op haar naam te laten zetten, zegt de gemeenteambtenaar: u kunt wel zeggen dat uw partner overleden is, maar wij gaan daar niet van uit. Dat past wel redelijk strak rechtsboven in het model! De gemeente had de informatie niet op orde, want de Basisregistratie Personen was in dit geval niet correct bijgewerkt. Er was overigens wel toestemming tot begraven gegeven. Ik heb toen de directeur Burgerzaken opgebeld met de vraag: ‘Wat heb je eigenlijk onder de grond laten stoppen?’. Toen hij zei ‘Wat zegt u dat cru!’, heb ik geantwoord: ‘Nee, jullie zijn cru, want jullie zeggen tegen deze mevrouw dat haar partner niet is overleden.’

Dan een voorbeeld bij linksboven in het model. Er is een scholierenregeling voor mensen die te weinig geld hebben, maar die regeling wordt voor 20 tot 30% niet gebruikt omdat mensen de formulieren niet begrijpen en bang voor de overheid zijn, terwijl diezelfde overheid wel de informatie heeft waarmee zij de betrokkenen kan bereiken. Een proactieve verstrekking zou mogelijk zijn, maar de overheid heeft in haar wetten altijd de aanvraagveronderstelling staan: je móét een uitkering aanvragen, en dat houdt mensen tegen.

Rechtsonder zien we iets wat ik als volgt kan toelichten. Het CAK belde mij met een probleem: 300.000 mensen zitten we achter de broek omdat ze weliswaar verplicht zijn zich te verzekeren maar dat niet doen. Ik heb ze toen geholpen door in



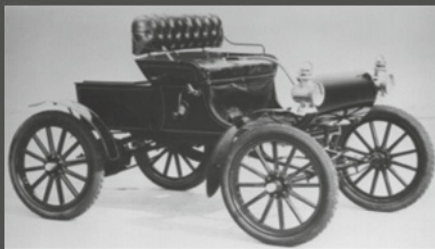
Amsterdam vijftien mensen op te zoeken die bij het CAK meer dan € 20.000 schuld hadden en tot tien keer toe 's avonds en in het weekend bij deze mensen langs te gaan en door uiteindelijk zelfs Tony Chocolonelyrepen te laten maken met een dringende oproep om mij te bellen. Brieven openden ze niet, maar zo'n reep hielp wel! Nu kom het bittere:

- elf van de vijftien waren totaal niet bekend bij de gemeente, terwijl ze wel schuldhelpverlening hadden;
- drie van de vijftien zijn weggestuurd omdat ze niet op tijd het verzamelen van de benodigde informatie voor elkaar kregen en daardoor niet in de schuldenregeling konden komen;
- de vijftiende was verhuisd.

Al met al heb tegen de gemeente moeten zeggen: vijftien van de vijftien zijn bij u niet bekend en er zijn ongeveer 22.000 mensen die een schuld bij het CAK hebben; misschien moet u iets aan uw zorgplicht doen. Uiteindelijk hebben wij de wet gewijzigd gekregen en is er een mogelijkheid tot informatie-uitwisseling gekomen. Nu kan de gemeente veel preciezer deze mensen bezoeken. Ze doet dat met een ernstig geïntensiverde, effectieve procedure.

Volgens mijn analyse ligt de oorzaak in het feit dat de overheid op deze manier automatiseert:

## Van automatiseren naar transformeren



Dit is een auto, die verdacht veel op een postkoets lijkt. Zo gaat het eigenlijk bij alle nieuwe technologie: we passen die toe en dan doen we daarbij alsof het de oude werkelijkheid is. We werken heel veel met pdf'jes, omdat dat gewoon lekkere brieven zijn maar dan op de computer. Tegen deze achtergrond hebben we een wet nodig waarmee we, naast de andere drie zojuist genoemde middelen, ook de informatievoorziening van de overheid veel strakker regelen. Uitgangspunt moeten daarbij een aantal rechten zijn. Er komt binnenkort uit mijn team een concept-wet waarover de aanwezigen naar ik hoop zullen gaan meedenken en waarin het eerste hoofdstuk aan zulke rechten gewijd is. In dat hoofdstuk worden rechten die eigenlijk al gedistribueerd in allerlei aparte informatiewetten staan nog eens helder samengevat. Het volgende hoofdstuk zal omschrijven welke normen aan de overheidsorganisatie worden opgelegd en het derde hoofdstuk zal gebaseerd zijn op de extra middelen die de overheid nodig heeft om echt te kunnen zorgen voor

informatievoorziening met de kwaliteit die nodig is om de burgers te kunnen helpen.

De gedachtewisseling over ons preadvies zal zich naar ik aanneem bezighouden met de vraag of een dergelijke wet wel nodig is. Ik van mijn kant antwoord daarop met ja. Verder zal vermoedelijk de vraag rijzen of zo'n wet wel gaat werken. Mijn antwoord daarop is: als het alleen een wet zou zijn niet, en ik ben daarnaast dan ook een aantal andere dingen aan het regelen, zoals een verregaande modernisering van de infrastructuur waarmee de ambtenaren moeten werken en een informatie-academie om het vak informatievoorziening op een hoger niveau te krijgen.

## Fatma Çapkurt<sup>2</sup>

Allereerst wil ik de preadviseurs bedanken voor hun prikkelende stuk over de informationele zorgplicht van de overheid. Corien Prins, die hier vandaag helaas niet aanwezig kan zijn, en ik hebben het met heel veel plezier gerecenseerd voor het NTB. Vandaag wil ik graag met de preadviseurs van gedachten wisselen over hun voorstel voor een nieuwe Algemene informatiewet. De preadviseurs constateren dat het huidige stelsel van wetgeving inzake de informatiehuishouding gefragmenteerd is en daardoor tekortschiet. Zij pleiten daarom voor de introductie van een nieuwe Algemene informatiewet. Deze wet moet de regulering en sturing van de informatiehuishouding bevorderen, zodat de informationele zorgplicht van de overheid kan worden verwerkelijkt.

Het voorstel voor een Algemene informatiewet is prikkelend. Toch ben ik om twee redenen in het bijzonder niet volledig overtuigd van het nut en de noodzaak ervan. Toegegeven, het wettelijk stelsel dat de informatiehuishouding reguleert, is inderdaad gefragmenteerd. De Wet open overheid (Woo) bevat regels over de openbaarmaking van publieke informatie, de Algemene verordening gegevensbescherming [AVG<sup>3</sup>] over de omgang met persoonsgegevens, de Wet digitale overheid over de digitale infrastructuur van de overheid, maar de Algemene informatiewet zal deze fragmentatie niet wegnemen. Zij zou de bestaande informatiewetten immers niet vervangen, maar daar nog bovenop komen. Daarmee zou de fragmentatie juist groter worden.

Bovendien: het feit dat het huidige stelsel gefragmenteerd is, betekent niet dat het daarom ook tekortschiet. Iedere informatiewet regelt immers een specifieke dimensie van de informationele zorgplicht van de overheid. Al deze afzonderlijke informatiewetten hebben verschillende rationaliteiten en doelstellingen, en die kunnen soms conflicteren. Zo kan openbaarmaking van de overheidsinformatie of de archivering ervan op gespannen voet staan met het recht op gegevensbescherming, maar deze spanning is volgens mij inherent aan de informationele

---

2 Heeft met Corien Prins het preadvies van Zuurmond, Lokin & Mulder in het NTB besproken. F. Çapkurt & J.E.J. Prins, 'Bouwen aan een dienstbare informatiehuishouding. Hebben we met een Algemene Informatiewet het noodzakelijke instrument in handen?', NTB 2023/128.

3 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens.

zorgplicht van de overheid, die immers altijd een bepaalde belangenafweging met zich meebrengt. Het wetsvoorstel neemt die spanning niet weg.

Dit brengt mij bij mijn tweede overweging, een overweging die in de recensie slechts zijdelings aan bod komt. Volgens mij kan de schaarse energie, tijd en menskracht beter worden geïnvesteerd in het verbeteren van de werking van bestaande wetten. De preadviseurs doen hiertoe zelf ook een aanzet. Zo stellen zij voor een orgaan in het leven te roepen dat vooraf onafhankelijk advies uitbrengt over de toepassing van onder meer de AVG. Dit voorstel vind ik heel interessant. Het doet mij denken aan de Commissie Persoonsgegevens Amsterdam, waarvan ik lid ben: een commissie die Arre Zuurmond als voormalig ombudsman in Amsterdam zeker kent. De ervaring daar leert dat onafhankelijke advisering over de AVG *ex ante* van grote waarde kan zijn, zeker om misvattingen over de toepassing ervan weg te nemen. Maar de adviezen van het voorgestelde orgaan zouden niet vrijblijvend zijn. Integendeel: er zou een bindende werking van moeten uitgaan.

Dit onafhankelijke én bindende advies zou volgens de preadviseurs op twee manieren van democratische legitimatie kunnen worden voorzien. Allereerst zou het bindende advies aan de vaste commissie digitale zaken van de Tweede Kamer kunnen worden voorgelegd. Deze commissie zou het dan vervolgens kunnen agenderen voor een plenaire behandeling, en de Tweede Kamer zou het advies daarna kunnen goedkeuren, waarmee het van democratische legitimatie zou zijn voorzien. Het bindende onafhankelijke advies met parlementaire goedkeuring zou dan gelden als een wettelijke grondslag voor gegevensverwerking als bedoeld in artikel 6 AVG.

Deze constructie roept staatsrechtelijke vragen op, waarvan ik er hier in ieder geval een wil benoemen. Wat is nu precies de constitutionele status van een dergelijk advies? Het is geen wet in formele zin, want de gehele grondwettelijke wetsprocedure wordt hier immers gepasseerd. Het is ook geen wetgeving in materiële zin. Een dergelijk advies is volgens mij staatsrechtelijk gezien dan ook betekenisloos. Daarmee lijkt het ook strijdig met artikel 10 van de Grondwet, waarin wordt bepaald dat beperkingen van het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer slechts kunnen worden gerechtvaardigd door of krachtens wetgeving in formele zin. Ook lijkt het voorstel van de preadviseurs op gespannen voet te staan met het primaat van de wetgever, dat vereist dat wetgeving in formele zin in ieder geval de hoofdelementen van een regeling moet bevatten.

Ten tweede zou volgens de preadviseurs het bindende advies kunnen worden vastgelegd in een ministerieel besluit. Hiertoe zou in wetgeving in formele zin, bijvoorbeeld in de Algemene informatiewet of de Uitvoeringswet AVG, een delegatiegrondslag moeten worden opgenomen. Ook deze constructie roept staatsrechtelijke vragen op. De wetgever besteedt hier feitelijk zijn zeggenschap over de interpretatie van de AVG uit aan een onafhankelijk orgaan. Democratische legitimatie is hiermee op papier weliswaar gewaarborgd, maar materieel vrijwel nihil.

Kortom, ik ben niet volledig overtuigd van de toegevoegde waarde van een Algemene informatiewet. Volgens mij zou de prioriteit nu moeten uitgaan naar het adequaat toepassen van bestaande informatiewetten en het vinden van oplossingen voor het eventueel disfunctioneren ervan binnen de huidige staatsrechtelijke kaders. Ik ben heel benieuwd hoe de preadviseurs hiernaar kijken.

## Arre Zuurmond

Met dank aan Fatma voor haar reactie stel ik vast dat het goed is dat we hierover een gesprek hebben. Als bestuurskundige kijk ik vooral naar de materiële werkelijkheid. Iets moet wérken. Ik kijk niet zozeer naar de formele werkelijkheid in de zin van ‘is iets goed in de wet geregeld?’, ik ben erin geïnteresseerd of iets per saldo effect voor burgers heeft. De voorbeelden die ik zojuist heb gegeven – ik heb er nog veel meer – laten zien dat het huidige systeem niet werkt, ook al is het formeel correct.

Volgens Fatma zal het door ons voorgestelde comité de spanning niet wegnemen. Ons voorstel hebben we inderdaad gedeeltelijk afgekeken van de Amsterdamse praktijk. Amsterdam heeft al sinds de jaren tachtig een adviescommissie privacy, die altijd aan de voorkant heeft meegedacht en niet zozeer aan de achterkant op toezicht heeft gezeten.

Op het ogenblik zien we in de werkelijkheid dat veel ambtenaren worden geconfronteerd met functionarissen gegevensbescherming die er een heel formele en wat mij betreft ook veel te strenge interpretatie van de AVG op nahouden. Die functionarissen – juristen – adviseren de bestuurders, en de bestuurders zijn vaak bang en volgen dan de jurist, waardoor er in de uitvoering met grote regelmaat bepaalde gegevensuitwisselingen niet tot stand komen die wel degelijk noodzakelijk zijn. Een pijnlijk voorbeeld uit het laatste jaar wordt gevormd door de oversterfte. In de databases van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) zien we oversterfte, maar we kunnen niet analyseren waardoor die wordt veroorzaakt. Er kan wel een nieuwe pandemie onder onze leden zitten! Toch gaan we er eerst een jaar over doen om toestemming te krijgen voor het gebruiken bij de analyse van bepaalde informatie. Ik denk dan: ik zou dit eigenlijk liever binnen een week geanalyseerd willen hebben, want misschien is er wel iets aan de hand waardoor we bepaalde maatregelen moeten nemen en als we daar een jaar op wachten zouden we wel eens een vrij ernstige miskleun kunnen maken, met enorme maatschappelijke gevolgen.

De gedachte achter het comité is dat professionals in de uitvoering, als hun functionarissen gegevensbescherming [FG's] zeggen ‘het mag niet’, een plek hebben om dat dilemma voor te leggen. Dat voorleggen moet dan vervolgens een dusdanige status krijgen, dat men niet achteraf nog met een boete van € 800.000 van de Autoriteit Persoonsgegevens kan worden geconfronteerd. Die dreiging moet ervan af. Ik zie op het ogenblik een ernstige risicomijding waardoor noodzakelijke professionaliteit in de uitvoering niet wordt gerealiseerd doordat de FG vanuit een staffunctie het uitvoeren onmogelijk maakt. Ik ben trouwens een groot voorstander van lijnsturing in plaats van stafsturing.

In België heeft men voor een heel elegante oplossing gekozen. Daar is een comité dat kennelijk een status heeft die een goede uitvoering mogelijk maakt. Als ik het goed heb, zal in de volgende Europese regelgeving dit Belgische voorbeeld meer tot uiting komen. In België heeft de Kamer van Volksvertegenwoordigers het recht van revocatie gekregen. De Kamer kan een advies altijd terugtrekken, maar totdat de revocatie een feit is, mag een orgaan dat conform het advies heeft gehandeld niet worden bestraft. Dat laatste is, denk ik, heel belangrijk.

## Fatma Çapkurt

Volgens mij zijn we het over één ding eens: we zien dat de toepassing van de AVG op het ogenblik in de publieke sector tot grote knelpunten leidt. Volgens mij is dat zo doordat de staats- en bestuursrechtgemeenschap de afgelopen dertig jaar Europese gegevensbeschermingsregels terzijde heeft gezet. Onze gemeenschap heeft er geen aandacht aan besteed en heeft er misschien een blinde vlek voor gehad. Pas in 2018, toen de AVG van toepassing werd, realiseerden we ons dat er ook regels over de omgang met persoonsgegevens waren waaraan bestuursorganen zich moesten houden en waaraan bij de vervaardiging van wetgeving moet worden gedacht.

Bijna alle voorbeelden die de preadviseur zojuist en in zijn eerste toelichting heeft gegeven, zien op de toepassing van de AVG en op de vraag of bestuursorganen al dan niet persoonsgegevens mogen verwerken. Eigenlijk biedt de AVG voor de beantwoording van die vraag een heel mooi kader: zodra een bestuursorgaan voor de uitvoering van een taak van algemeen belang persoonsgegevens nodig heeft, mag de verwerking plaatsvinden. Ook als de verwerking voortvloeit uit wetgeving is zij geoorloofd. Tegen deze achtergrond is nu in feite de Nederlandse wetgever aan zet. De wetgever moet de spelregels in wetgeving uitwerken, zodat bestuursorganen bij het uitvoeren van hun taken in het algemeen belang – in bestuursrechtelijke termen: publieke taken – en van hun wettelijke plichten relevante gegevens kunnen verwerken.

In dit verband vind ik het voorstel van de preadviseurs heel interessant. Zij willen een onafhankelijk college oprichten dat vanuit verschillende expertises bestuursorganen over de toepassing van de AVG advies geeft. Zo'n college kan een waardevolle functie vervullen, maar ik heb er moeite mee dat zo'n advies dan bindende kracht zou hebben. Constitutioneelrechtelijk weet ik niet hoe ik dit zou moeten duiden. Per slot van rekening geldt ook dat bestuursorganen zich bij het verwerken van persoonsgegevens en bij het toepassen van de AVG aan Nederlandse constitutionele regels moeten houden. In dat opzicht moet er sprake zijn van lidstatelijk recht; ik denk dat zo'n bindend advies daar nu niet onder valt.

## Mariette Lokin<sup>4</sup>

Ik snap de redenering van Fatma Çapkurt helemaal. Zelf laveer ik tussen twee klippen. De ene is de manier waarop we het nu doen: 'zo doen wij dat hier', ook constitutioneelrechtelijk. De andere is wat we eigenlijk zouden móéten doen. De Grondwet is voor het laatst ingrijpend herzien in 1983, maar toen waren de digitalisering en het gegevensgebruik nog lang niet zo ver voortgeschreden als nu. De ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan hebben een enorme impact gehad op het werk dat de overheid doet, maar vooral ook op hoe burgers daardoor worden geraakt.

Er is een situatie ontstaan waarin we volgens mij *out of the box* over het staatsrecht moeten denken. Ik had vroeger een directeur die vaak zei: staatsrechtelijke regels

---

<sup>4</sup> Preadviseur Mariette Lokin is principal consultant bij Hooghiemstra & Partners, onderzoeker aan de VU Amsterdam en juridisch adviseur in het team van de regeringscommissaris Informatievoorziening.

zijn gestolde politieke verhoudingen. Misschien moeten we tegen die achtergrond proberen de politieke verhoudingen ‘mee te krijgen’. Soms moet je dat gewoon doen door wild een balletje op te gooien. Wat wij in het preadvies gedaan hebben, is een paar aanzetten geven om te kijken wat mogelijk is. Ik realiseer me dat we daarmee misschien wel tegen de Grondwet aan botsen, en ik zie ook in dat de AVG ruimte voor lidstatelijk recht biedt. De Grondwet schrijft nogal eens een regeling bij wet in formele zin voor, iets waarvan we hier bij wijze van spreken last hebben als we op korte termijn problemen willen oplossen door gegevensuitwisseling op korte termijn mogelijk te maken.

Het preadvies is een zoektocht naar een mogelijkheid om ruimte te vinden. Misschien kunnen we namelijk gezamenlijk, langs een in het preadvies aangegeven weg, van het thema van deze jaarvergadering meer een bestuursrechtelijk dan een constitutioneelrechtelijk vraagstuk maken. Stel nu eens dat je in hetzij de Uitvoeringswet AVG, hetzij een Algemene informatiewet, goed regelt dat er een comité met een toegespitste bevoegdheid is, in combinatie met een procedure voor parlementaire goedkeuring dan wel een soort tijdelijke grondslag. Legitmeer je de informatie-uitwisseling daarmee dan nog steeds onvoldoende? Sommige mensen zullen nu misschien zeggen: ja, maar dat kan zo maar niet! Ik stel daar dan tegenover dat het heel interessant is in deze richting dóór te denken, om een beetje uit die klem te komen waar we nu vaak in zitten. Er wordt vaak op gewezen dat de AVG best ruimte biedt, maar het probleem is nu juist dat we het eng vinden die ruimte te nemen als dit niet goed genoeg geregeld is. Die patstelling moet worden doorbroken.

## **Arre Zuurmond**

Hiermee ben ik het van harte eens. Het probleem is dat de werkelijkheid veel sneller gaat dan honderd jaar geleden. Het formele wetgevingstraject is te traag om een adequate reactie mogelijk te maken. Ons pleidooi past bij het pleidooi voor een responsieve overheid waar wij ons in ons preadvies, met dank aan Michiel Scheltema, achter scharen. Ik denk dat we een ander soort overheid nodig hebben dan de huidige bureaucratische, legalistische overheid die altijd reactief opererend veel te laat komt. De overheid moet responsief zijn en moet proactief, op tijd reageren. Het kan niet zo zijn dat we er een jaar over moeten doen om te analyseren wat er vredesnaam aan de hand is bij die oversterfte. Dat is gewoon vreselijk gevaarlijk! Honderd jaar geleden, toen we veel minder reisden en ons minder verplaatsten, konden we er nog best wel eens een jaartje over doen, maar dat kán niet meer. De werkelijkheid is veel dynamischer, complexer en meer verweven, en als gevolg daarvan hebben we een veel sneller normstellingsproces nodig. Ons voorstel is om daartussendoor te laveren door met zo'n comité te gaan werken, met een revocatierecht of een experimentenrecht, maar in ieder geval gericht op het vrijpleiten van het opleggen van een boete, zodat het risicomijdende gedrag stopt. Dat gedrag is nu niet alleen verstikkend, maar ook echt gevaarlijk.

## Fatma Çapkurt

Nog een korte reactie op de opmerkingen van Mariette Lokin. Van groot belang is dat met het oog op de ruimte in de AVG wordt nagaan waar enige flexibiliteit te vinden is om verwerkingen te legitimeren waarop in een wetgevingsproces niet genoeg is geanticipeerd. De aankomende tien à twintig jaar zullen we over dit vraagstuk veel fundamenteeler moeten nadenken, zij het binnen de huidige constitutionele kaders.

Afgezien hiervan: mijn ervaring van de afgelopen vijf jaar, ook in de Commissie Persoonsgegevens Amsterdam (CPA), is dat zich in de toepassing van de AVG in de publieke sector niet zozeer een constitutioneelrechtelijk probleem als wel een deskundigheidsprobleem voordoet. Zo was ik gisteren bijvoorbeeld in Amsterdam voor een CPA-vergadering waarbij we kennis hebben gemaakt met de 25 à 30 *privacy officers* van de gemeente: daarvan waren er twintig het afgelopen half jaar *ad interim* ingevlogen, terwijl iemand die vier of vijf jaar werkte en het meest als senior gold de hele groep bleek te moeten aansturen. Het is heel lastig voor bestuursorganen mensen te vinden die werkelijk kennis van de AVG hebben – en die niet in 2018 op de AVG-trein zijn gestapt omdat ze daar *opportunities* zagen om heel veel geld te verdienen – terwijl ze ook het staats- en bestuursrecht beheersen. Ik denk dan aan mensen die bijvoorbeeld een adequate proportionaliteitstoets kunnen verrichten, waarbij criteria als noodzakelijkheid, proportionaliteit en doel-middelverhouding worden gehanteerd. De combinatie van die twee capaciteiten is heel schaars. Tegen die achtergrond kan ik me heel goed vinden in het pleidooi van de preadviseurs voor meer opleiding.

Er is voor Nederlandse universiteiten, hbo's en mbo's een heel belangrijke rol weggelegd in het opleiden van toekomstige juristen die met informatiewetten te maken hebben. In Leiden zijn we er in ieder geval mee bezig dat we in onze master en ook in onze bachelor veel aandacht besteden aan de toepassing van de Woo en de AVG in relatie tot de staatsrechtelijke vragen. Bij de toepassing van informatiewetten moet je je aan staatsrechtelijke en bestuursrechtelijke regels houden. Het punt dat ik wil maken is: laten we kijken hoe we de afzonderlijke informatiewetten goed kunnen toepassen en hoe we het eventueel disfunctioneren ervan kunnen verhelpen. Daarnaast moet alle energie uitgaan. Laten we geen tijd verliezen aan weer een algemene wet die geen extra sturend effect zal hebben omdat de Woo, de AVG en de Wet digitale overheid daarin voor die specifieke dimensies al voorzien.

**Zuurmond:** Juist daarom pleiten wij er, anders geformuleerd, voor de Amsterdamse praktijk landelijk te maken en ook nog eens extra status te geven, zodat mensen het risicomijdend gedrag durven los te laten. De adequate kennis is kennelijk zo schaars, dat je dit niet apart per bestuursorgaan moet organiseren, maar in een collectieve voorziening die dan natuurlijk ook netjes ingeregeld moet worden. Daarvoor proberen wij een plekje te vinden.

Amsterdam is natuurlijk een prachtige stad; toch heb ik informatiekundig gezien nog wel een paar voorbeelden. Ik weet niet of de CPA het weet, maar Amsterdam heeft van die scanauto's die van de privacyfunctionarissen niet mogen controleren of een voertuig gestolen is. Toen ik die database toch eens voor een maandje

controleerde, bleek de gemeente 80 gestolen auto's te hebben gezien die ze had laten staan. En een ander voorbeeld, misschien nog dramatischer...

**Voorzitter:** Ik ga nu ingrijpen, en ik wil naar een *cliff hanger*, met het oog op de deelsessies van vanmiddag. Fatma mag nog één zin zeggen.

**Çapkurt:** De prachtige voorstellen die de preadviseurs Zuurmond c.s. doen, kunnen ook binnen de huidige wettelijke kaders worden verwerkelijkt. Laten we de tijd en de energie daarin investeren en niet in weer een nieuwe algemene wet. Laten we oog hebben voor bestaande wettelijke kaders.

**Zuurmond:** Zoals gezegd: drie van de vier middelen zijn tot in de Grondwet goed geregeld en het vierde middel – informatie – niet. Ik denk dat we moeten accepteren dat digitale informatie een strategisch middel is om de uitvoering van beleid – dus niet de formele wetgeving – goed mogelijk te maken. Zo'n Algemene informatiewet is zeker niet de enige voorziening om dat voor elkaar te krijgen, maar ik moet constateren dat het nu al twintig jaar wel formeel geregeld is zonder dat het functioneert. Ik denk dat we wel degelijk ook juridisch een stap moeten zetten.

## Rogier Stijnen<sup>5</sup>

### **Preadvies: 'Zorgplichten bij financiële dienstverlening, bij bestrijding van witwassen, bij marktregulering en bij het waarborgen van de volksgezondheid'**

Alles loopt anders dan het was gepland! Ik dacht dat ik als laatste aan het woord zou komen en dat ik dan meteen nog iets zou kunnen zeggen over de andere preadviezen. Omdat ik mijn bijdrage heb voorbereid, ga ik dat nu toch doen.

Ik heb met veel plezier de preadviezen van de andere preadviseurs gelezen en ik zou nu willen beginnen met een paar woorden over het preadvies van Ippel en Scheltema en dat van Zuurmond c.s., waarbij ik dan in één moeite door een balletje kan opgooien. De zojuist genoemde preadviezen zien op zorgplichten van de overheid. Terecht is er belangstelling voor dit onderwerp. Sleutelwoorden zijn: het doenvermogen van de burger en de responsieve overheid, terwijl ook de wederkerige rechtsbetrekking een tweede leven heeft gekregen. Tegenover een hulpvaardige overheid staat een welwillende burger. Indien die burger kwaadwillend is en misbruik maakt van recht, is het einde oefening. Dit zien we vooral in eendeloze informatieverzoeken, maar ook in iemand die honderd keer een uitkering aanvraagt en dan ook honderd keer zegt dat hij het besluit niet heeft ontvangen. Krijg je dan honderd keer een dwangsom wegens niet tijdig beslissen? Wat mij betreft niet. Spreekwoordelijk opteer ik ervoor dit soort figuren met pek en veren de stad of het dorp uit te knikkeren. Een aanpassing van anonimiseringsrichtlijnen van rechtspraak.nl zal behulpzaam zijn, maar de commissie die daarover gaat, is onbuigzaam. Publicatie met naam en toenaam zou meteen bijdragen aan de informatiehuishouding van de overheid. In het tweede zojuist genoemde preadvies

---

<sup>5</sup> Preadviseur Rogier Stijnen is werkzaam als senior juridisch adviseur bij de rechtbank Rotterdam.



– Zuurmond heeft eerder vanochtend het plaatje van de koets met hulpmotor-syndroom laten zien – is een duidelijke positie ingenomen. En nog een credo: de AVG, weg ermee!

Dan iets over soorten zorgplichten, het rechtsgebied en analyse. Het heldere preadvies van Anna Collignon gaat over zorgplichten in het omgevingsrecht. Net als mijn preadvies gaat het dus over de zorgplichten die de overheid oplegt aan bedrijven. Het lijkt mij wel aardig een vergelijking te maken, want er zijn belangrijke verschillen tussen haar en mijn preadvies, waarvan het belangrijkste de materie betreft. In het milieurecht wordt aan de drijver van een inrichting nauwgezet via vergunningvoorwaarden opgelegd wat hij wel en niet mag. Een zorgplichtbepaling vormt dan een soort kapstok om ongewenste milieugevolgen tegen te gaan. Voor toepassing van zo'n kapstokbepaling is volgens de rechtspraak nauwelijks ruimte, omdat de rechtszekerheid zich ertegen verzet dat de drijver die zich aan de vergunningvoorschriften houdt dan toch een overtreding tegengeworpen krijgt. Dat begrijp ik.

Hoewel ook mijn preadvies grotendeels handelt over overnemingen die over een vergunning moeten beschikken, wordt door de financiële toezichthouders Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) niet gehandhaafd op vergunningvoorschriften. Een financiële onderneming krijgt een vergunning als zij aan voorschriften voldoet, maar daarna wordt zij gewoon aan de wet gehouden: in de wet staat wat zo'n onderneming wel en niet mag. Dat is een belangrijk verschil.

Daarbij gaat het dan met name om zorgplichtbepalingen die geen kapstokbepalingen zijn, maar die wel deels worden ingekleurd via lagere regelgeving. Hier komt het onderscheid *principle based* versus *rule based* om de hoek kijken. Ik bespreek in mijn preadvies wel enige kapstokbepalingen, namelijk die inzake generieke zorgplichten voor financiële dienstverleners en voor beleggingsondernemingen. Die generieke zorgplichten worden bij de publiekrechtelijke handhaving vrijwel niet van stal gehaald. Net als op het gebied van het milieurecht zijn voorbeelden in de bestuursrechtspraak dan ook schaars.

Een variant van een zorgplicht die zowel als kapstok kan fungeren als invloed kan hebben op de bedrijfsvoering van een financiële onderneming is de volgende. Financiële ondernemingen zijn verplicht adequaat beleid te voeren ter waarborging van een integere bedrijfsvoering en zijn gehouden tot het zodanig inrichten van de bedrijfsvoering dat een beheerste en een integere bedrijfsvoering zijn gewaarborgd. Ik trek hier twee bepalingen samen. Aan deze inspanningsverplichting is niet voldaan als door de onderneming structureel overtredingen worden begaan. Daarbij opgenomen gedragsregels kennen kapstokelementen, maar uiteindelijk gaat het toch vooral om een structurele overtreding van verschillende voorschriften waaruit het falen tot *compliance* wordt afgeleid. En als het dan toch om een kapstok gaat, dan moet er wel sprake zijn van een onmiskenbare schending volgens wet of rechtspraak. In zoverre is hier alweer sprake van overeenkomst met het omgevingsrecht.

Een tweede verschil tussen het preadvies van Anna Collignon en dat van mijzelf is een verschil van inzicht ten aanzien van het fenomeen 'zorgplichtbepalingen'. Volgens Collignon is inherent aan zorgplicht dat het gaat om een inspanningsplicht. Zodra een resultaat wordt voorgeschreven is volgens haar sprake van een

doelvoorschrift, dus ook indien de normadressaat zelf de middelen mag kiezen om tot het doel te komen. Nu heb ik mij niet zozeer als Collignon verdiept in een theoretisch denkraam aan de hand van rapporten over zorgplichten. Ik heb eigenlijk vooral gekeken naar wettekst, eventueel naar wetsgeschiedenis en vooral naar rechtspraak. Ik zie op basis daarvan met het oog op het begrip zorgplicht eigenlijk geen onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen (garantstelling). ‘Zorgen’ kan op basis van wetgeving, wetshistorie en rechtspraak zien op zowel een inspanning als een garantie. Ik ben tot mijn eigen verrassing ook nog uitgekomen op een derde categorie zorgplichten, namelijk een mengvorm van inspannings- en resultaatsverplichtingen.

Ik kom toe aan mijn eigen preadvies, en dan zonder vergelijking met andere preadviezen. In de hoofdstukken 2 en 3 van mijn preadvies gaat het over twee kanten van het ken-uw-cliëntbeginsel dat voor financiële ondernemingen geldt. De ene kant van dat beginsel ziet op het inwinnen van klantinformatie met het oog op zorgvuldige financiële dienstverlening, ten behoeve van de klant. De andere kant ziet op de poortwachtersfunctie van met name banken bij een cliëntacceptatie. Het gaat er dan om dat (potentiële) klanten die een risico vormen doordat mogelijk sprake is van witwassen of financiering van terrorisme, goed moeten worden doorgelicht. Zo nodig moet een potentiële klant worden geweigerd, of moet van een bestaande klant afscheid worden genomen.

Na een waarschuwing van de voorzitter wegens tijdoverschrijding zeg ik dan tot slot iets over de zojuist genoemde mengvorm. Ik noem als voorbeeld advisering. Volgens artikel 4:23, eerste lid, onderdelen a en b, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) dient de onderneming die adviseert de nodige klantinformatie in te winnen en er op basis daarvan zorg voor te dragen dat het advies voor zover redelijkerwijs mogelijk op de klantinformatie aansluit. Het doel daarvan is te komen tot een geschikt advies. Dit lijkt op een resultaatsverplichting, want een product is voor een klant geschikt of niet; de adviseur is echter afhankelijk van de medewerking van de klant. De bepaling in de Europese richtlijn bevatte daarover niets. Wel volgt uit de regels dat de adviseur zijn best moet doen om het juiste klantenprofiel vast te stellen. Dat is een inspanningsplicht.

Dit is de mengvorm die ik bedoel. Men kan mij tegenwerpen dat wanneer een zorgplicht twee elementen heeft – een inspanningsplicht en een beoogd resultaat – de inspanning het te bereiken resultaat inkleurt, zodat er gewoon sprake is van een inspanningsverplichting. De zwakste schakel is dan bepalend voor de sterkte van de keten, en als vrijmetselaar zou ik wellicht dat standpunt ook moeten propageren.

De mengvorm is dan ook meer een alternatief denkraam voor mezelf dan een product van de wetgever of de rechtspraak.

Zojuist dacht ik: ik hoop niet dat Rogier nog veel meer nieuwe informatie gaat geven! Ik heb mij namelijk helemaal gericht op dat mooie, uitgebreide preadvies, waarvoor veel dank. Voordat ik ging lezen besepte ik niet hoe indrukwekkend breed het spectrum van zorgplichten is. De preadviseur geeft een beeld van zorgplichten in het civiele recht, het strafrecht en het financieel toezichtrecht. Ik beperk me tot het laatste omdat dat mijn vakgebied is.

Toen ik de brede schets in het preadvies las, had ik als burger wel een gerustgesteld gevoel. Ik voelde mij goed beschermd omdat van de financiële instellingen wordt verwacht dat zij goed op mijn belangen letten en dat zij goed invulling geven aan de zorgplicht. Aan de andere kant kan ik mij voorstellen dat een financiële onderneming dat heel brede spectrum van de zorgplichten ook wel als wat beangstigend ervaart. Zo'n onderneming moet blijkbaar heel veel. Zij moet zich goed informeren over de cliënt, die haar informatie moet verstrekken, en dan komt daar nog bij dat de zorgplicht in het financieel toezichtrecht, evenals de zorgplichten in andere rechtsgebieden, niet statisch is. De invulling van de zorgplicht is zeer sterk afhankelijk van wat op dat moment in de maatschappij betamelijk wordt geacht. Zorgplichten verschieten nogal eens van kleur, iets wat voor een ondertoezichtgestelde nogal onrustig is, omdat het zich slecht verhoudt tot de rechtszekerheid. Terecht werpt Rogier Stijnen in zijn preadvies de vraag op hoe mensen moeten weten dat ze, nu maar ook in de toekomst, aan die heel brede zorgplicht voldoen.

Toch wil ik hier een pleidooi voor een dynamisch zorgplichtbegrip houden. Daartoe kom ik met twee voorbeelden die alle aanwezigen wel zullen kennen. Het eerste voorbeeld wordt gevormd door wat ooit de beleggingsverzekering heette. De meeste mensen in mijn gehoor zullen er een hebben gehad. Zes miljoen mensen in Nederland hadden een beleggingsverzekering, toen nog een vorm van verzekering, terwijl we later van een woekerpolis zijn gaan spreken. Dit illustreert voor mij heel mooi dat een product dat lange tijd volstrekt geaccepteerd is ineens van kleur kan verschieten. We schaften beleggingsverzekeringen aan en we betaalden zeer hoge kosten die verdwenen in de zakken van de verzekeraar zonder dat we er echt het beloofde rendement voor terugkregen. Ineens was het vervolgens een product dat we niet meer wilden hebben, terwijl nu nog steeds over de afwikkeling van de schade wordt gesproken.

Mijn tweede voorbeeld is het op grote schaal verlenen van consumptieve kredieten voor een caravan, een nieuwe auto, een nieuwe keuken en dergelijke. Ook van dat product maakten veel Nederlanders gebruik, maar inmiddels merken we heel veel van dit soort leningen aan als wurgkredieten, omdat de bijbehorende rentes niet binnen de zorgplicht passen. Dit laat voor mij zien dat het zorgplichtbegrip dynamisch en niet statisch moet zijn, iets wat zeker consequenties voor de rechtszekerheid heeft. Ik denk dan aan de financiële onderneming, die van de onzekerheid onrustig kan worden, maar ik vraag me ook af hoe het met de rechtszekerheid voor de consument zit. Deze mag er toch op rekenen dat het product dat hij

---

6 Heeft het preadvies van Stijnen in het NTB besproken. F. de Vries, 'Een zorgvuldige invulling van de zorgplicht vraagt meer dan alleen een juridisch perspectief', NTB 2023/130.

aanschaf ook in de toekomst nog doet wat het belooft. Graag hoor ik de opvatting van Rogier Stijnen op dit punt.

Aan de uitgebreide beschouwing van Rogier over de juridische kanten van de zorgplicht wil ik nog een perspectief toevoegen: het gedragsperspectief van de verleiding. Sinds de Nobelprijs is gewonnen door Kahneman en Tversky weten we – ik moet misschien sommigen hier teleurstellen – dat mensen niet rationeel zijn, maar zich laten verleiden door allerlei overbekende commerciële uitingen, zoals ‘drie halen, twee betalen’ en ‘snel boeken, nóg tien mensen bekijken dit hotel’. Zulke uitingen doen iets met onze hersenen, en van precies deze irrationaliteit wordt ook bij de verkoop van financiële producten heel veel gebruikgemaakt. In zijn proefschrift schrijft Kleis Broekhuizen om die reden dat je niet alleen met een juridische bril naar de zorgplicht moet kijken, maar ook vanuit het hier bedoelde gedragsperspectief. Het is niet goed dat perspectief buiten beschouwing te laten terwijl we wel degelijk weten dat de financiële consument gemakkelijk tot verkeerde beslissingen kan worden verleid. Wordt de gang van zaken alleen maar langs de juridische lat gelegd, dan kan dat er gemakkelijk toe leiden dat in de toekomst niet aan de zorgplicht wordt voldaan. Erover nadenken wat in het belang van de klant is, vergt ook kijken met de gedragsbril en invullen van de zorgplicht op een meer toekomstgerichte manier. Van belang is niet alleen wat nú gerechtvaardigd is, maar ook wat in de toekomst gerechtvaardigd zal zijn. Een dergelijke benadering verhoudt zich misschien wat minder goed tot de rechtszekerheid van de onderneming, maar in ieder geval heel goed tot de rechtszekerheid van de consument.

In het preadvies van Rogier Stijnen wordt het een en ander opgemerkt over de open norm. Hij lijkt dit een min of meer zorgelijk fenomeen te vinden, ook weer in het kader van de rechtszekerheid. Het gaat dan om een norm als ‘gij zult de gerechtvaardigde belangen van de consument in acht nemen’. Hoe, zo vraagt Rogier zich af, moet je nu weten waar het hier om gaat? Ik geef toe dat vanuit het rechtszekerheidsperspectief een zekere bezorgdheid op haar plaats is, maar ik wil hier toch ook tegenoverstellen dat er veel onderzoek is waaruit blijkt dat juist de open norm bijdraagt tot het verantwoordelijkheid nemen door ondernemingen en dat die norm bovendien leidt tot efficiëntie bij de onderneming. Het zou niet best zijn als we alles tot in de details zouden willen regelen en als die hele kleine dienstverlener aan precies dezelfde eisen zou moeten voldoen als die heel grote, multinationalaal opererende bank. Ik pleit dus voor open normen, in het vertrouwen dat die kunnen worden ingevuld op een manier die nog steeds past bij de gevraagde rechtszekerheid bij de ondertoezichtgestelde.

Zojuist refereerde Rogier al even aan de relatie tussen zorgplicht en beheerste en integere bedrijfsvoering. Financiële ondernemingen moeten een beheerste en integere bedrijfsvoering hebben, omdat zij geen dingen moeten doen die bijvoorbeeld maatschappelijk onbetamelijk zijn, zoals het financieren van witwassen en terrorisme. Mijn vraag aan de preadviseur is dan: zou de verplichting om het gedragsperspectief metterdaad te betrekken bij het invullen van de zorgplicht geen plaats moeten krijgen in de beheerste en integere bedrijfsvoering?

## Rogier Stijnen

De perspectieven van Femke en mij liggen vermoedelijk niet zo ver uit elkaar. Mijn opdracht is geweest alles binnen ongeveer veertig pagina's op A4-formaat op te schrijven, en dat is me ongeveer gelukt. Daardoor kon ik niet ook de handhaving van de consumentenbescherming in de beschouwing betrekken, ook al ben ik dan hier en daar even op het begrip 'gemiddelde consument' ingegaan. Het gaat hier niet om een statistische norm, maar om een juridische norm die naar tijd en plaats kan worden ingevuld. Mij lijkt er ruimte te zijn voor de beperkte rationaliteit van de consument, hoewel consumenten wel moeten blijven opletten. Dat dan weer wel: echt domme mensen kun je niet altijd beschermen.

In verband met generieke zorgplichten wijs ik op artikel 4:24a van de Wet op het financieel toezicht. Ik herinner mij een symposium van de Rechtbank Rotterdam in 2011, en ik heb destijds aan tafel gezeten met een clubje mensen uit het veld om over het wetsvoorstel te praten. Mijn standpunt was toen: als je iets met zo'n open norm wilt doen, is het misschien handig het ofwel over een kennelijke overschrijding te hebben ofwel eerst een aanwijzing te geven. Een aanwijzing is geen sanctie, zodat aanpassing naar een opdracht van een toezichthouder nog mogelijk is. Vervolgens heeft de wetgever allebei die dingen erin gegooid! In mijn preadvies heb ik dan ook geschreven dat ik dit te veel rechtsbescherming voor de onderneming vind. Ik ben niet voor een overdaad aan rechtsbescherming.

Meestal zijn zorgplichten, zeker als het om de bedrijfsvoering gaat, vergaande inspanningsplichten. Die kun je wel inkleuren naar huidige maatstaven, maar niet met terugwerkende kracht. Je kunt geen huidige inzichten gebruiken om een onderneming die tien jaar geleden iets verkocht op basis van publiekrecht af te rekenen. Mogelijkheden zijn er wel via het civielrecht. De Hoge Raad redeneert dat weliswaar een zorgplichtbepaling nu is ingevoerd, maar dat een onderneming ook al eerder had moeten beseffen dat zij de klant moest waarschuwen. Als een onderneming de klant niet waarschuwt, aldus de Hoge Raad, heeft zij een zorgplicht verzuimd en als zij te weinig informatie geeft, is er zelfs sprake van dwaling, waardoor niet een deel maar zelfs het geheel ongedaan moet worden gemaakt. Het civielrecht biedt veel meer mogelijkheden tot herstel dan het publiekrecht. In het publiekrecht kunnen naar mijn mening zorgplichten naar huidige inzichten worden ingevuld, maar het moet dan gaan om contracten die nu worden gesloten en niet gisteren.

## Femke de Vries

Ik denk dat Rogier Stijnen hier blijk geeft van een volledige onderschatting van wat er mis kan gaan bij het verkopen van financiële producten. Als we appels bij de groenteboer kopen die thuis van binnen verrot blijken te zijn, gaan we onmiddellijk terug en vragen we om nieuwe appels of ons geld terug. Bij financiële producten daarentegen merk je pas na tien of twintig jaar dat er iets niet deugt en welk effect dat heeft op je bestaan en op de financiering van je pensioen. Het lijkt of Rogier nu aanvoert dat nu eenmaal niet te voorzien valt dat het product na tien of twintig jaar niet zal blijken te voldoen, maar van mijn kant denk ik dat financiële ondernemingen in dit opzicht nog heel veel laten liggen.

In mijn eigen praktijk heb ik te maken gehad met de grootschalige verkoop van rentederivaten aan kleine ondernemers. Dat was een product dat bedoeld was om hen te beschermen tegen stijgende rente, maar de rente daalde, met als gevolg dat er ineens geld moest worden bijgestort. Mensen kwamen daardoor in grote problemen. Ze konden hun bedrijf niet meer beëindigen of hun kleine camping niet meer verkopen: allerlei dingen die ze hadden bedacht konden ze niet meer doen. Dat zijn schrijnende verhalen, waarbij het ging om producten die tien à twintig jaar daarvoor waren verkocht. Het grote probleem is volgens mij geweest dat financiële ondernemingen over het algemeen niet ver genoeg vooruit kijken. De acceptatie van bepaalde productkenmerken met het oog op de toekomst is van belang. Het is zaak je af te vragen of de omstandigheden waaronder een product zijn werk moet doen in de toekomst volstrekt anders zouden kunnen uitvallen, waardoor je cliënt in de problemen kan komen. In dit geval ging het om iets simpels als een ineens optredende rentedaling bij een – overigens voor de verkoper lucratief! – product dat tegen stijgende rente beschermt. Ik acht in dit verband een toetsing naar de huidige maatstaven mogelijk. Natuurlijk zitten daar ook grenzen aan, maar in het geheel niet terugkijken gaat te ver. De maatschappij wordt nu eenmaal wijzer over wat we in de relatie met de consument wel of niet acceptabel vinden. Als een financiële onderneming veel geld aan een product verdient, schept dat een verplichting, zeker tegen de achtergrond van de asymmetrie in informatie, kennis en ervaring tussen de onderneming en de consument.

### **Rogier Stijnen**

Ik ben niet helemaal duidelijk geweest. Er kunnen zich gebeurtenissen voordoen die voorzienbaar hadden moeten zijn. Het is nu zelfs op grond van aparte regels verplicht bij productontwikkeling na te gaan of het product wel zal voldoen. Stel dat een onderneming onder wetgeving die tien jaar geleden al bestond een product heeft verkocht waarvan toen nog niet helemaal duidelijk was wat de resultaten zouden worden, bijvoorbeeld omdat de onderneming niet in de portemonnee van de klant kon kijken. Als er in zo'n geval voorzienbaarheid was en het product pakt helemaal verkeerd uit, dan kan een publiekrechtelijke aanpak in de lijn liggen. Ik kan mij voorstellen dat de AFM in zo'n geval een boete oplegt.

Anders ligt dit in geval van bijvoorbeeld effectenlease of overcreditering. Als de norm er destijds in het publiekrecht nog niet was of als er nog geen echte duidelijkheid bestond, zouden toezichthouders in zulke gevallen naar mijn mening niet met terugwerkende kracht moeten kunnen handhaven. Het civielrecht biedt daarentegen wel degelijk mogelijkheden.

### **Femke de Vries**

Nog even iets over de mogelijkheden in het civielrecht. Ik kan mij voorstellen dat volgens Rogier de consument daar zijn recht maar moet halen, maar ik wijs erop dat hij dan overschat hoe problematisch die route voor de gemiddelde consument is. Deze weg is kostbaar en duurt lang. Bij financiële producten geldt dan ook nog vaak dat er een afhankelijkheidsrelatie is. Ik heb vaak ondernemers in het midden- en kleinbedrijf (mkb) meegemaakt die echt niet tegen hun bank

willen gaan procederen omdat ze dan op een gegeven moment nergens meer een lening krijgen. We hebben in ons land geen goed collectief schadeafwikkelingsmechanisme, en het civiele traject is voor de individuele consument heel lastig te bewandelen.

## **Rogier Stijnen**

Handhaving door AFM en DNB biedt geen oplossing voor individuele dossiers. Deze toezichthouders kunnen geen schadevergoedingsplicht opleggen. Er zijn overigens wel alternatieven voor de civielrechtelijke weg. In mijn preadvies heb ik op het 'Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB' gewezen en er is ook een regeling voor de effectenlease, hoewel er helaas nog steeds duizend uitspraken per jaar de deur uitgaan – de Hoge Raad maakt het ook niet simpeler! Daarnaast hebben we gelukkig het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) dat heel laagdrempelig is.

## **Michiel Scheltema<sup>7</sup>**

### ***Preadvies: M.H. Ippel & M. Scheltema, 'De rechtsstatelijke zorgplicht'***

Bij onze toelichting op het preadvies zal ik beginnen en zal Maurits Ippel mij vervolgens aanvullen. Met de titel van ons preadvies hebben we willen aanduiden dat de zorgplicht waarover wij het hebben niet een soort service is. Wij gaan, in aansluiting op een nieuwe bepaling in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), uit van de definitie 'de plicht van de overheid om burgers in het verkeer met de overheid te ondersteunen'. In onze optiek is de zorgplicht van de overheid dus niet een soort service die de overheid biedt om het leven van de burgers wat aangener te maken, maar een essentieel element om voor de burger de rechtsstaat te verwezenlijken. Zonder een goede invulling van die zorgplicht wordt de rechtsstaat voor de burger geen werkelijkheid.

Hoe komen we tot deze stelling? We gaan uit van een aantal fundamentele beginselen van de rechtsstaat en gaan na hoe die beginselen in het huidige bestuursrecht voor de burger uitwerken en of zij aanvulling van de kant van de zorgplicht behoeven. Heeft, wanneer je kijkt hoe die beginselen gerealiseerd worden, de burger genoeg aan het huidige bestuursrecht?

Als voorbeeld neem ik het rechtszekerheidsbeginsel: het beginsel dat de burger ten opzichte van de overheid moet weten waar hij aan toe is. De normale gedachte die wij als juristen hebben, komt erop neer dat de burger weet waar hij aan toe is wanneer maar op een goede manier wordt voldaan aan de legaliteits eis: de eis dat de regels waarmee de overheid werkt en die verplichtingen en rechten aan burgers toedelen, een wettelijke grondslag moeten hebben. De rechtszekerheid is in die gedachtegang heel goed gewaarborgd; de burger hoeft maar in de wet te kijken en weet dan precies waar hij aan toe is, dus hij heeft rechtszekerheid.

---

7 Preadviseur Michiel Scheltema is voormalig regeringscommissaris voor de algemene regels van bestuursrecht.

Nu hebben we deze benadering altijd al wel met een korreltje zout genomen, maar inmiddels is ook uit heel veel empirisch onderzoek gebleken dat de burger helemaal geen rechtszekerheid aan de wet kan ontlenen. Ook het proefschrift van onze voorzitter heeft een bijdrage tot dit inzicht geleverd. Het zou bij de huidige stand van de wetgeving ook weinig verstandig van burgers zijn als zij in de wet gaan kijken om te weten te komen hoe het met hun positie zit. Wij maken de wetten zo ingewikkeld en we zijn als juristen, in tegenstelling tot de gemiddelde burger, zodanig geschoold om de wetten goed te kunnen uitleggen, dat we er niet van uit kunnen gaan dat een burger ons die uitleg na kan doen. De conclusie is: de burger ontleent aan de wetgeving geen rechtszekerheid, de legaliteitseis is onvoldoende om de burger rechtszekerheid te geven, terwijl dit toch in de rechtsstaat nodig is.

Hoe moet nu de burger wél van rechtszekerheid worden voorzien? Er moeten alternatieven zijn om dat te doen wanneer het niet via de legaliteitseis lukt. De bedoeling van ons preadvies is duidelijk te maken dat hierover moet worden nagedacht en dat het bestuursrecht zich in deze richting moet gaan ontwikkelen.

Onze benadering heb ik nu geïllustreerd aan de hand van de eis van rechtszekerheid. Wij hebben ook het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid uitgewerkt, om daarmee andere aspecten van de zorgplicht duidelijk te maken. Daarbij komt niet alleen het aspect van de informatievoorziening aan de burger aan de orde, want aspecten van het ondersteunen van de manier waarop de burger met de overheid omgaat, zijn ook heel goed uit het beginsel van de dienende overheid af te leiden.

Tot zover de rechtsstatelijke grondslag. Wij signaleren daarnaast een tweede pijler die een grondslag onder onze bevindingen legt. Daarover kan Maurits iets zeggen.

### **Maurits Ippel<sup>8</sup>**

Wij hebben ook naar het privaatrecht gekeken, met het idee dat het in een consistent rechtssysteem niet de bedoeling kan zijn dat de overheid burgers slechter kan behandelen dan bijvoorbeeld een bank of een werkgever. In het privaatrecht is de standaardpositie dat partijen in een horizontale verhouding staan en binnen de grenzen van de wet en de maatschappelijke zorgvuldigheid hun eigen belang kunnen nastreven. Toch worden in het privaatrecht zorgplichten aangenomen, en wel om twee redenen: (1) asymmetrie tussen partijen: het gaat om asymmetrie in kennis, macht en middelen, zoals bij een bank of tussen werkgever en werknemer, die tot een zekere afhankelijkheid leidt. De grondslag wordt dan vaak gevonden in de redelijkheid en billijkheid; (2) een publiek belang dat bij een partij is belegd: een notaris moet bijvoorbeeld ook het publieke belang van rechtszekerheid dienen en mag daarbij niet in zijn eigen belang handelen. Er moet maatschappelijk vertrouwen zijn dat het publieke belang wordt behartigd.

---

8 Preadviseur Maurits Ippel is wetgevingsjurist bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en tijdelijk gedetacheerd bij de Dienst Analyse en Onderzoek van de Tweede Kamer.



Als je deze redenen om een zorgplicht aan te nemen toepast op de overheid, moet de dwingende conclusie zijn dat zo'n zorgplicht er in de verhouding tussen burger en overheid zonder meer is. Er is immers een verschil in macht, kennis en positie, en vaak is ook de overheid een monopolist: je kunt niet naar een andere aanbieder gaan om bijvoorbeeld je kinderopvangtoeslag te krijgen.

Deze vergelijking heeft bij ons de vraag opgeroepen of de overheid de burger minder goed mag behandelen dan we van bijvoorbeeld een financiële instelling verwachten. Een bank moet een cliënt waarschuwen voor bepaalde risico's, terwijl we er in het bestuursrecht van uitgaan dat de burger in zijn verhouding met de overheid de risico's zelfstandig uit de wet afleidt.

Deze gedachte heeft uiteraard ook consequenties voor de positie van de burger. Dit punt laat ik nu even liggen, want ik denk dat Rolf Ortlep er straks in zijn eerste reactie op ingaat.

Nadat we in ons preadvies de grondslagen hebben besproken, gaan we in de hoofdstukken 3 en 4 in op de praktische consequenties van de zorgplicht zoals wij die zien. Ik denk dat die consequenties vandaag met name bij de deelsessies naar voren zullen moeten komen. Hier volsta ik korthedshalve met het noemen van de consequenties voor het bestuur en wijs ik erop dat ook de rechter en de wetgever in het licht van een rechtsstatelijk zorgplichtbegrip naar die dingen zullen moeten kijken.

Mij blijkt inmiddels dat er nog tijd voor een korte toelichting bij deze praktische consequenties is. Welnu, het bestuur moet actief informatie verstrekken; wij spreken hier van verplichtingen. Een belangrijke notie voor het bestuur is verder dat een dienende overheid niet naar een burger moet kijken als een 'potentieel besluit', maar de problemen centraal moet stellen. Dat is toch een andere blik. De rechter van zijn kant moet zich afvragen hoe een zorgplicht kan worden verijd. Als de wetgever niet in een bepaalde richting wijst en als toepassing van de wet zonder meer een ingewikkeld resultaat oplevert, moet een zorgplichtconforme uitleg prevaleren. De bijzondere wetgever – als derde actor in dit geheel – maakt, zoals hier vanochtend al eerder bleek, heel ingewikkelde wetten, waarmee heel veel van het bestuur wordt gevegd. Soms doet zich bijvoorbeeld op het terrein van de sociale zekerheid – mijn rechtsgebied – een dusdanig vervreemdend complex voor, dat het bestuur waarschijnlijk niet tot een goede uitleg aan burgers kan komen. In zo'n geval moet de bijzondere wetgever iets doen. Behalve met bijzondere wetgevers hebben we dan natuurlijk ook nog met de Awb-wetgever te maken. De rol van die wetgever moet volgens mij in de deelsessies aan de orde komen.

## Rolf Ortlep<sup>9</sup>

Om te beginnen wil ik de preadviseurs complimenten maken. Ik weet dat dit een goed gebruik is, maar het is welgemeend, zeker uit mijn mond. Terwijl ik altijd kritiek op iedereen heb, is dat in het geval van dit preadvies minder. De kritiek die ik dan toch nog in mijn recensie heb neergelegd – Nico Verheij heeft mij voorgehouden

---

9 Heeft het preadvies in het NTB besproken. R. Ortlep, 'De Grijsaard en de Jongeling en de rechtsstatelijke Zorgplicht', NTB 2023/127.

dat een recensent altijd ook kritiek moet hebben – laat ik verder rusten. Ik kan iedereen verwijzen naar mijn recensie.

Die recensie begint met de woorden: ‘Groots en meeslepend wil ik leven! hoort ge dat, vader, moeder, wereld, knekelhuis!’. Nu moet ik zeggen dat ik nog niet had opgezocht wat ‘knekelhuis’ betekent. Gisteravond heb ik dat alsnog gedaan, maar de betekenis was niet direct mijn associatie. Ik zal de zaal niet vermoeien met wat die betekenis nu eigenlijk is; wat oudere mensen zullen het weten. Wat ook oudere mensen zullen weten, is dat voordat Maurits Ippel en ik geboren werden, Michiel Scheltema voor de VAR een preadvies heeft verdedigd, in 1975. Het preadvies ging over rechtsverwerking en Scheltema had als medepreadviseur<sup>10</sup> een andere gigant, die hier misschien wel in de zaal zit, Konijnenbelt. Scheltema’s standpunt was destijds dat het eigenlijk heel goed is dat we algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben: in de relatie tussen overheid en burger denk je vooral aan die beginselen en minder aan civielrechtelijke beginselen zoals wat toen de goede trouw heette. De goede trouw, aldus Scheltema destijds, kan moeilijk wortel-schieten in het bestuursrecht.

Nu zijn we een kleine vijftig jaar verder en inmiddels kunnen we constateren dat de goede trouw – de redelijkheid en billijkheid – wel degelijk wortel heeft geschoten, ten laatste met de rechtsstatelijke zorgplicht van het preadvies waarover we nu spreken. Hiermee leid ik mijn vraagstelling in. In de ontwikkeling van het bestuursrecht blijken allerlei deelbeginselen van de redelijkheid en billijkheid tot uitdrukking te zijn gekomen. Een van die deelbeginselen is de rechtsstatelijke zorgplicht. De zorgplicht komt namelijk in het privaatrecht voort uit de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Als je dat als een element van de redelijkheid en billijkheid in aanmerking neemt en naar de andere elementen kijkt, kun je inmiddels de volgende deelbeginselen in het bestuursrecht terugzien:

- de rechtsstatelijke zorgplicht;
- misbruik van bevoegdheid;
- rechtsverwerking;
- maatschappelijke zorgvuldigheid als het om burgerbeginselen gaat.

Maurits Ippel kondigde al aan dat ik iets over de positie van de burger zou zeggen:

- de beperkende werking, de billijkheidsuitzondering in het verband van de evenredigheid

Over dit laatste element is de laatste tijd het meeste te doen.

Tel ik deze vijf elementen bij elkaar op, dan kan ik niet anders dan constateren dat in het bestuursrecht de redelijkheid en billijkheid gewoon aanwezig is. Ik kom hiermee tot de volgende, tweeledige vraag:

Zijn de preadviseurs – een retorische vraag – het hiermee eens?

Zo ja, welke gevolgen zou dit moeten hebben voor het bestuursrecht?

---

<sup>10</sup> M. Scheltema, ‘Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking)’, in: M. Scheltema & W. Konijnenbelt, *De rechtsverwerking in het administratieve recht* (VAR-reeks LXXIV), Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 2-56.

Naar mijn mening moeten we in het licht van mijn constatering van zojuist misschien het hele huis van het bestuursrecht opnieuw inrichten. Het preadvies is naar mijn gevoel minder ambitieus dan ik had gewild. Ik had eigenlijk gehoopt dat de preadviseurs ervoor zouden pleiten het hele huis van het bestuursrecht opnieuw op te bouwen. Als we daartoe inderdaad overgaan, met als uitgangspunt de redelijkheid en billijkheid, kunnen we volgens mij in toekomst iets als de kinderopvangtoeslagaffaire voorkómen. Het startpunt van denken bij een dergelijke herinrichting is immers dat je niet uitgaat van de wet, maar van het recht.

Vervolgens mag ik nog met een minder conceptuele vraag komen. Ik richt de blik dan op consequenties voor de bestuursrechter, die er in het preadvies enigszins bekaaid van af komt. Hij wordt gezien als ‘een onvolmaakte “toezichthouder” op de naleving van de zorgplicht’. Toen ik dat las, dacht ik: ja, maar de bestuursrechter is natuurlijk wel heel belangrijk. De rechtsstatelijke zorgplicht wordt door de preadviseurs terecht omschreven als een gedragsregel. Bij gedragsregels in het recht komt een andere favoriet van mij in beeld, namelijk H. Drion, Scheltema welbekend; ik heb tot mijn vreugde bij Zijlstra in *Themis* gelezen dat Drion Scheltema’s scriptiebegeleider was en ook als zijn promotor in beeld is geweest. Drion heeft in 1973 een stuk over de rechtsregels in het privaatrecht geschreven waarin hij uiteenzet dat er drie soorten rechtsregels zijn, waarvan met het oog op de tijd nu de gedragsregels en de beslisregels vooral de aandacht verdienen. Een gedragsregel impliceert volgens Drion ook altijd een beslisregel. Het beste voorbeeld daarvan is de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in het onrechtmatigedaadsrecht. Drions stelling komt er volgens mij op neer dat ook een gedragsregel zoals een zorgplicht altijd een beslisregel impliceert. Zijn de preadviseurs het daarmee eens, en zo ja, wat voor gevolgen dient dat te hebben voor de bestuursrechter?

In het preadvies wordt ingegaan op de mogelijkheden die de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bieden en wordt gepleit voor een ‘zorgplichtconforme’ interpretatie van wet- en regelgeving. Ook daarmee komt de bestuursrechter er naar mijn mening bekaaid van af. Wat moet de bestuursrechter doen als hij constateert dat de zorgplicht is geschonden? Heeft de burger daar iets aan? Is de gedragsregel die de rechtsstatelijke zorgplicht inhoudt niet ook tevens een beslisregel?

### **Michiel Scheltema**

Misschien kan ik van mijn kant het beste iets zeggen over het feit dat ik nu over sommige dingen anders denk dan vroeger. Het prettige van ouder worden is dat je soms met een zekere tevredenheid kunt terugkijken en kunt denken: vroeger heb ik dat ook al gezegd. Dan zit er een bepaalde lijn in de gedachtegang, maar Rolf maakt duidelijk dat het soms ook wel anders kan uitpakken. Hij heeft in zekere zin gelijk. Ik kwam uit het privaatrecht en toen ik met het bestuursrecht begon, had ik het idee dat er in het bestuursrecht principes waren die erop neerkwamen dat de burger beter beschermd werd tegen de overheid dan partijen in privaatrechtelijke verhoudingen werden beschermd. Tegen die achtergrond signaleerde ik minder behoefte aan de goede trouw in het bestuursrecht. Overigens gaat het door Rolf aangehaalde preadvies van jaren geleden over een van oorsprong privaatrechtelijk begrip waarvan we bekeken hoe het in het publiekrecht zijn effect had.

Rolf heeft in dit opzicht gelijk: we kunnen niet meer goed denken dat de dingen in het bestuursrecht allemaal zo goed zijn geregeld en dat we in zekere zin de ideeën uit het privaatrecht niet nodig hebben. Uit ons preadvies blijkt dan ook een andere opvatting op dat punt. Toch moeten we het er ook niet op aansturen dat het bestuursrecht dan maar bij het privaatrecht wordt getrokken. De rechtsstatelijke beginselen waarvan wij in het preadvies uitgaan, zijn belangrijk om de verhouding tussen burger en overheid op een goede manier vorm te geven.

Van het privaatrecht kunnen we heel veel leren, maar omgekeerd neemt ook het privaatrecht ideeën uit het publiekrecht over. Ik kan bijvoorbeeld wijzen op de manier waarop het financieel toezicht nu is geregeld, met gebruikmaking van begrippen die van oudsher in het bestuursrecht tot ontwikkeling zijn gekomen. Die begrippen zijn nu ook in het privaatrecht geland. De verhoudingen komen meer naar elkaar toe.

Erkend moet worden dat ik de verhouding overheid-burger wat meer horizontaal zie dan soms in het bestuursrecht gebeurde. Tegen die achtergrond moet naar mijn mening inderdaad ook de redelijkheid en billijkheid in de bestuursrechtelijke verhouding vorm krijgen. We moeten echter niet uit het oog verliezen dat dit twee kanten heeft. Aan de ene kant is het gek, zoals Maurits daarnet al zei, dat je aan een bank een grotere informatieplicht oplegt dan de overheid aan zichzelf, maar aan de andere kant mag je van de burger verwachten dat hij een zekere betamelijkheid en zorgvuldigheid in zijn manier van omgaan met de overheid aan de dag legt. Het is bijvoorbeeld niet wenselijk dat iemand grote hoeveelheden geldsommen int alleen om het de overheid moeilijk te maken. De consequentie van de gedachtegang in ons preadvies is dat je ook aan de burger eisen kunt stellen die je niet allemaal met een wettelijke grondslag in publiekrechtelijke zin kan funderen.

**Voorzitter:** Ik zie dat Rolf Ortlep wil reageren, en ik ben geneigd hem nu meteen het woord te geven, want hij zegt in zo'n geval meestal wel iets interessants.

## **Rolf Ortlep**

Ik weet niet precies hoe ik dat moet opvatten!

Niet alles in het bestuursrecht moet nu privaatrecht worden: daar ben ik het helemaal mee eens. Een generatiegenoot van Scheltema heeft terecht het beeld 'van kleur verschieten' gebruikt. Dat was Schoordijk. Wie nu wil zeggen dat ik wel heel erg met van die oude mensen aankom, moet maar bedenken dat ze ook eigenlijk vaak wel gelijk hadden.

Nu kom ik geloof ik op iets interessants! Een deelbeginsel van de redelijkheid en billijkheid is misbruik van bevoegdheid. Dat begrip hebben we in het bestuursrecht geaccepteerd, zij het niet in een een-op-eenvertaling. De Afdeling bestuursrecht-spraak heeft gezegd dat in het bestuursrecht de drempel voor het aannemen van misbruik van recht hoger ligt omdat aan de toegang tot de bestuursrechter een groter gewicht moet worden toegekend: de burger vecht in het bestuursrecht immers tegen de overheid.

Mijn standpunt is niet dat we in het bestuursrecht privaatrechtelijke begrippen moeten overnemen. Ik betoog dat de deelbeginselen van redelijkheid en billijkheid gelding moeten hebben, zij het dat zulke concepten naargelang het rechtsgebied

een specifieke kleur krijgen. In het bestuursrecht krijgen de privaatrechtelijke deelstukken een bestuursrechtelijke kleur. Dat de relatie overheid-burger zo'n leerstuk inkleurt, neemt niet weg dat de preadviseurs en ik conceptueel op dezelfde lijn zitten.

Dit brengt mij tot het stellen van een prikkelende vraag aan Scheltema. Als hij nu, na vijftig jaar, opnieuw als architect het bestuursrecht zou moeten tekenen, zou dan de wederkerigheid of zou dan de redelijkheid en billijkheid het uitgangspunt zijn?

### **Michiel Scheltema**

Ik zie hier geen tegenstelling tussen 'wederkerigheid' en 'redelijkheid en billijkheid', maar het standpunt dat we het bestuursrecht helemaal opnieuw zouden moeten inrichten gaat mij te ver. Ik zie wel degelijk een eigen plaats voor het bestuursrecht en ik vind dat de rechtsstatelijke beginselen die in het bestuursrecht een grote rol spelen, meer accent moeten krijgen. Aan de andere kant signaleer ik in het bestuursrecht een meer legistische traditie en meen ik dat we, in navolging van het privaatrecht, ook in het bestuursrecht meer afstand van die traditie moeten nemen. Je kunt zeggen dat het privaatrecht dat al in 1919 heeft gedaan.

### **Maurits Ippel**

Ik sluit mij hierbij aan. Wat wij hebben willen weergeven, is hoe de relationele verhouding tussen de burger en de overheid materieel in elkaar zit, afgezien van wat misschien sec genomen in de wetgeving staat. Het privaatrecht biedt in dit verband wel een wenkend perspectief. Ik zie overigens ook wel risico's. Er kunnen bij de inschatting van intenties van burgers attributiefouten optreden. Men zal ervoor moeten waken iemand te snel als querulant te kwalificeren. Het is goed het hierover te hebben, maar het is nu minder aan de orde. Hoewel ambtenaren hierover nadenken, heeft het in het bestuursrecht geen plek.

**Voorzitter:** We hebben ook nog het punt van de bestuursrechter. Rolf wacht, denk ik, met spanning op wat jullie daarover gaan zeggen.

### **Maurits Ippel**

Volgens hem komt de bestuursrechter er in ons preadvies bekaaid van af, als onvolmaakte toezichthouder. Onze opmerking daarover is echter meer een feitelijke constatering. Leo Damen beschouwt het kijken naar de manier waarop de bestuursrechter ergens mee omgaat als *end-of-pipeline-technologie* en vraagt vooral aandacht voor de verhouding zoals die vorm krijgt tussen burger en bestuur in de praktijk. Wij verdedigen met onze opmerkingen over een beperking van de toegang tot het recht geen inhoudelijk standpunt; we doen een constatering. Als een burger eenmaal bij de bestuursrechter staat, moeten overigens soms wel degelijk gevolgen aan de zorgplicht worden verbonden. In de wetsgeschiedenis inzake de wijziging van artikel 2:1 Awb draait de regering er een beetje omheen, door zich af te vragen welke houding de bestuursrechter zou moeten aannemen. In het

nieuwe dienstbaarheidsbeginsel heeft de Afdeling bestuursrechtspraak primair een gedragsnorm voor het bestuur gezien. Er zijn dan niet zo veel consequenties. Ik ben het met die denkrichting niet eens. Als het bestuursorgaan de zorgplicht niet nakomt, moet de bestuursrechter rechtsherstel bieden. Dat kan neerkomen op een meer specifieke prestatie, bijvoorbeeld toegang tot een bepaalde voorziening, en soms lukt dat niet meer, waarbij dan geldt dat onrechtmatig handelen ook in het bestuursrecht tot schadevergoeding kan leiden.

Al met al denk ik dat de bestuursrechter met wat wij bepleiten uit de voeten zou moeten kunnen.

**Voorzitter:** Als Rolf hierop nog wil reageren, geef ik hem kort de gelegenheid. Ik zie dat hij vriendelijk lacht, wat van alles kan betekenen, maar hij wil vast nog wel even het woord.

### **Rolf Ortlep**

Dat kan inderdaad van alles betekenen!

Het klopt dat de wetgever soms dingen overlaat aan de bestuursrechter, maar de bestuursrechter, voornamelijk de Afdeling, zit dan ook weer naar de wetgever te kijken. Ze kijken al een hele tijd naar elkaar en er gebeurt niet zo veel! Zie je, dit krijg je nu als je mij het woord geeft...

De vraag is in ieder geval wat de burger hier uiteindelijk aan heeft. Ik denk niet dat burgers het stuk van Drion hebben gelezen. Een zorgvuldigheidnorm die tot een burgerplicht leidt, is naast een gedragsregel ook een beslisregel, en dat geldt dus ook voor de norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek: de rechter beslist op basis van die regel. Maurits wijst erop dat de burger uiteindelijk schadevergoeding kan krijgen. Is dat het enige wat hij bij schending van de zorgplicht door de overheid zou kunnen bereiken, of kan hij ook werkelijk afdwingen dat de overheid zich aan de zorgplicht houdt?

### **Maurits Ippel**

Het stuk van Drion heb ik niet voor ogen, maar ik denk in ieder geval dat de burger bij schending van een zorgplicht iets kan afdwingen. Wat de schadevergoeding betreft: stel dat iemand schuldenproblematiek heeft, maar geen toegang krijgt. Als dan de bestuursrechter constateert dat het bestuursorgaan zijn zorgplicht niet heeft nageleefd, is het niet mogelijk op een andere wijze herstel te bieden dan via een schadevergoeding. Dat heb ik bedoeld te zeggen. Aan de andere kant: als iemand te laat is voor een bijstandsuitkering omdat hij er door het bestuur niet op is gewezen, terwijl wel concrete signalen op de wenselijkheid van zo'n uitkering wezen, is een werkelijk herstel wel degelijk mogelijk, ook al staat in de wet dat de dag van aanvraag de dag van starten is.

**Voorzitter:** We hebben volgens mij een heel mooie aanzet tot de discussie in de deelsessies.

**Preadvies: ‘Zorgplichten in het omgevingsrecht. Het ontrafelen van een duizenddingendoekje en een aanzet naar een rechtszekerder gebruik.’**

Hartelijk dank dat ik hier mag staan. Ik heb zojuist van Rogier Stijnen geleerd dat de laatste toelichter van een preadvies ook even aandacht moet besteden aan de overige preadviezen en preadviseurs. Dat doe ik natuurlijk graag. Met de prachtige preadviezen en de mooie recensies zijn volgens mij alle aspecten van de zorgplichten in het bestuursrecht behandeld, waarmee we tevens kunnen zien dat er een heel brede discussie op heel veel verschillende onderdelen aan de gang is. We hebben het immers over de vraag hoe de overheid zich zou moeten gedragen en welke informatie daarvoor nodig is, maar ook over de vraag welke plichten het bedrijfsleven heeft. Dat laatste is een onderwerp waarop ik nu nader zal ingaan.

De titel van mijn preadvies doet sommigen in de zaal misschien wel de wenkbrauwen fronsen. Ik heb bij een andere bijeenkomst van de VAR wel eens toegefluisterd gekregen: het is hier de Vereniging voor Bestuursrecht, niet de Vereniging voor Milieurecht! Toch zullen er naar ik vrees in mijn bespreking wel veel omgevingsrechtelijke en milieurechtelijke aspecten zitten. Voor zover de aanwezigen niet bedreven zijn in die rechtsgebieden, kunnen ze hopelijk de koppeling leggen met het algemeen bestuursrecht, of met andere zaken die op het terrein van het bestuursrecht aan de orde zijn. De recensenten in het NTB, Kars de Graaf en Gerrit van der Veen, hebben daartoe al een aanzet gegeven.

Kars de Graaf kan hier overigens niet zijn. Wat mij opviel, is dat hij op dit moment deelneemt aan een Europees congres, en misschien is hij daar wel aan het lobbyen voor een zorgplicht in het Europese recht. Hiermee stip ik een belangrijk element van de opzet van mijn preadvies aan, namelijk de constatering dat de zorgplichtbepalingen in het omgevingsrecht een nationaalrechtelijk onderwerp vormen. Er zijn geen Europeesrechtelijke zorgplichten of verplichtingen in een richtlijn om in Nederland tot een bepaalde regeling te komen. Nederland heeft daarvoor zelf wel gelobbyd, maar heeft geen succes geboekt.

Een actuele ontwikkeling die sommigen van de toehoorders misschien hebben meegekregen, is dat ongeveer een maand geleden de Onderzoekraad voor Veiligheid een onderzoeksrapport heeft uitgebracht over industriële uitstoot, onder andere naar aanleiding van de uitstoot bij Tata Steel en Chemours. Het rapport is gepubliceerd onder het motto ‘Betere bescherming tegen industriële uitstoot is mogelijk en noodzakelijk’. Ik ben dit rapport meteen gaan raadplegen om te zien wat de Onderzoekraad over de zorgplicht zegt. De zorgplicht wordt immers beschouwd als een ‘duizenddingendoekje’, dat de mogelijkheid biedt om van alles

---

<sup>11</sup> Preadviseur Anna Collignon is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

te doen om het milieu beter te beschermen. Ik toon u op het scherm een illustratie van dit beeld:

## Zorgplicht = Duizendingendoekje

---



Welnu, het genoemde rapport, dat ruim 180 pagina's telt, heb ik enthousiast doorgenomen, en ik heb het volgende gevonden. Bij de bespreking van het wettelijk kader wordt kortweg opgemerkt dat er een zorgplicht in de Wet milieubeheer staat, maar dat juridisch gezien de verleende vergunning de reikwijdte bepaalt en dat de zorgplicht dus teruggaat en niet zorgt voor extra verantwoordelijkheden. Tot zover alle mogelijkheden van de zorgplicht! Vervolgens wordt ingegaan op de Omgevingswet. Deze is gericht op een stelselwijziging die op 1 januari 2024 zal ingaan; vermoedelijk hebben alle toehoorders daarvan wel gehoord. De algemene zorgplicht, aldus de Onderzoeksraad voor Veiligheid, zal worden uitgebreid met een specifieke zorgplicht, die dus ook naast een vergunning zal moeten gaan gelden. Opgemerkt wordt dan: 'Voor alle veranderingen geldt dat nog niet bekend is hoe ze in de praktijk gaan uitpakken.' Einde van de behandeling van de zorgplicht!

Het citaat is natuurlijk een waarheid als een koe: we weten niet hoe veranderingen gaan uitpakken, maar er is over de Omgevingswet wel heel veel te doen. De wet voorziet inderdaad in een uitbreiding van de zorgplicht. Ik zou hier bijna de gelegenheid willen aangrijpen om heel veel over de Omgevingswet te vertellen, maar ik zal dat niet doen. Wél wijs ik even op het Jaarverslag van de Raad van State over 2022, waarin wordt aangegeven dat we na de inwerkingtreding van de Omgevingswet in een periode van verminderde rechtszekerheid zullen komen. Dat is een duidelijke, maar ook heel belangrijke uitspraak. Vervolgens wordt in dit jaarverslag ingegaan op de effecten die de invoering van het digitale stelsel zal hebben, welke effecten voor nóg meer onzekerheid zullen zorgen. Ik volsta met deze constatering, die ik de zaal in ieder geval wil meegeven. Inmiddels ben ik namelijk vrij bedreven in het geven van uitleg aan cliënten en niet-bestuursrechtelijke kantoorgenoten – ik kan bijvoorbeeld uitleggen wat de oorzaken van de stikstofproblematiek zijn en hoe daarmee moet worden omgegaan – maar hoe zou ik nu begrijpelijk moeten maken dat we een periode van verminderde rechtszekerheid tegemoet gaan!



Hiermee dwaal ik enigszins af, want ik spreek nu over de Omgevingswet terwijl het onderwerp van mijn preadvies breder is. Op de rechtszekerheid kom ik straks nog terug. Ik toon u een slide waarin de vraag ‘Wat is een zorgplicht?’ centraal staat:

## Wat is een zorgplicht



U ziet op mijn slides steeds een grafische weergave, gemaakt door onze visual designer, van een fabriek, met allerlei productiemogelijkheden, maar ook met een kantoor. Voordat ik nader op de nu getoonde slide inga, grijp ik deze gelegenheid aan door te reageren op een opmerking die Rogier Stijnen zojuist heeft gemaakt: in het omgevingsrecht zien zorgplichten niet alleen maar op het bedrijfsleven of op activiteiten met een vergunning. Ik paraphraseer ter toelichting even de algemene zorgplicht uit de Wet milieubeheer. Die wet bepaalt dat eenieder – ik herhaal: eenieder – voldoende zorg voor het milieu in acht neemt. Aan die plicht moet je dan in ieder geval voldoen als je weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat je handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kan hebben. Je moet alle maatregelen treffen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om zulke gevolgen te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken. Je kunt bedrijfsmatige activiteiten in de zin van het milieurecht ondernemen met vergunning, je kunt zulke activiteiten uitoefenen zonder vergunning – waarbij dan bijvoorbeeld algemene regels gelden – maar je kunt ook als individuele burger activiteiten met nadelige gevolgen voor het milieu ondernemen. In Nederland geldt voor dit alles een verfijnd stelsel van milieuregulering. Onderdeel daarvan zijn vergunningen en algemene regels, maar er zijn ook nog regels die gelden voor handelingen die individuele burgers kunnen verrichten. De wetgever heeft gemeend dat het belangrijk is ook een vangnetbepaling te hebben: zulke vangnetbepalingen zijn zorgplichten.

Ik ga hier niet allerlei voorbeelden van zorgplichten geven en verwijs vooral naar mijn preadvies, maar ik wil wel een indruk geven. Uit heel veel evaluaties blijkt dat de zorgplichten weinig bekend waren en weinig worden ingezet. Toch zien we af en toe creatieve toepassingen. Zo is geprobeerd een zorgplicht toe te passen om handhavend op te treden tegen de verkoop van lachgaspatronen en het gebruik van lachgas, een stimulerend middel dat tevens een broeikasgas is en nadelige effecten voor het milieu kan opleveren. Ook koolmonoxide veroorzaakt door het roken van een waterpijp komt hier in beeld. Verder noem ik het woon-werkverkeer en het broeikasgas CO<sub>2</sub> dat daarmee gepaard gaat. Onlangs was er discussie over de

rugstreeppad, een discussie die ik nog niet in mijn preadvies heb kunnen bespreken. In deze discussie is de vraag gerezen of de zorgplicht aanvullende eisen kan stellen op basis waarvan door stillegging van een bouwproject tot handhaving kan worden gekomen, ook al is ontheffing verleend van het wettelijke verbod, inhoudende dat je dieren niet opzettelijk mag verstoren of doden.

Hiermee heb ik een korte greep uit een aantal voorbeelden gedaan. Ik kom dan toe aan de vraag van de zojuist getoonde slide: wat is een zorgplicht binnen het omgevingsrecht? In mijn preadvies ga ik allereerst op de definitie van zorgplicht in. Zonder alle elementen te willen behandelen, volsta ik met een verwijzing naar de criteria van de werkgroep-Zijlstra uit 2004: er moet sprake zijn van een gedragsnorm die niet uitsluitend tot de overheid is gericht, die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald belang, waarvoor gedragsalternatieven bestaan en die uiteindelijk publiekrechtelijk kan worden gehandhaafd. Zulke gedragsnormen zijn er heel veel.

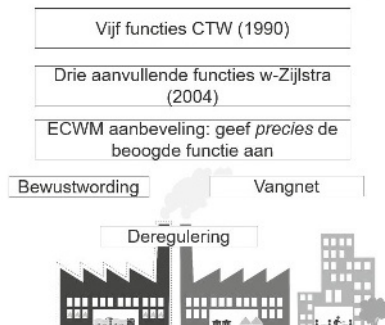
Hoewel heel veel zorg aan de formulering van deze definitie is besteed, reageerde de regering er slechts op met: hartelijk dank voor deze omschrijving, maar er zijn ook wel andere definiëringmogelijkheden. We zien ook een heel wisselende invulling van de wetgever. Ik noemde zojuist de formulering 'eenieder draagt zorg'. Die staat in heel veel bepalingen niet. Terwijl dan wel in de context van de paragraaf het woord 'zorgplicht' wordt gebruikt, heeft men in de bepaling zelf volstaan met een verbod om op bepaalde manieren te handelen. Ik stel daartegenover een bepaling in het Besluit risico's zware ongevallen die op precies dezelfde wijze vorm heeft gekregen: in de introductie staat niet dat het om een zorgplicht gaat, terwijl bij een herziening van deze algemene maatregel van bestuur ineens wordt vermeld dat die een zorgplicht inhoudt en terwijl nota bene straks in het verband van de Omgevingswet deze bepaling dan weer onder een kopje staat waaruit moet blijken dat het géén zorgplicht is! Ik signaleer een nogal wisselende invulling door de wetgever, wat het moeilijk maakt om in te zien wat een zorgplicht is en of een uniforme benadering in de lijn ligt.

Een onderdeel van de zojuist door mij genoemde definitie à la de commissie-Zijlstra is 'het betrachten van zorg'. Als ik kijk naar de manier waarop met de zorgplichten wordt omgegaan, naar de wijze waarop ze zijn geformuleerd en naar de jurisprudentie erover, blijkt dat alles heel erg gericht is op een resultaat. Is er sprake van bodemverontreiniging, dan moet die verontreiniging worden weggenomen. Weliswaar is het bestanddeel 'redelijkerwijs' aanwezig, maar het komt er toch wel vaak op neer dat er een plicht tot wegneming bestaat. Nu geef ik trouwens een verkeerd voorbeeld, want hier is sprake van een heel goed artikel met het oog op het belang van de bescherming van het milieu. Dat neemt niet weg dat we dit volgens mij eigenlijk geen zorgplicht zouden moeten noemen. Als het over zorgplichten gaat, zouden we een zuiverder benadering moeten kiezen en zouden we het moeten hebben over een inspanningsverplichting in plaats van een resultaatsverplichting. In ieder geval is discussie op dat punt volgens mij nodig. Via de band van de inspanningsverplichting zou sturing mogelijk zijn, en zou uiteindelijk een rechtszekerder toepassing kunnen worden bereikt. Het is niet goed als je enerzijds te maken hebt met een heel open norm – je moet zorgdragen voor het milieu – en als je dan ook nog eens wordt afgerekend op het resultaat. Dat zorgt ervoor dat de toepassing van de zorgplichten per slot van rekening zeer beperkt blijft.

Voordat ik daarop kom, zeg ik nog even heel kort iets over de functies:

## Functie

Functie(s) van een  
zorgplicht (meer dan een  
symbool)



Een zorgplicht moet meer dan een symbool zijn. De Evaluatiecommissie Wet milieubeheer (ECWM) heeft in 2001 aangegeven dat de zorgplichten in die wet eigenlijk alleen maar een symboolfunctie hebben. Ze bleken ook nauwelijks te worden gebruikt. Enige werkgroepen noemen de symboolfunctie wel degelijk. U ziet op de slide een werkgroep uit 1990 vermeld staan; ik ga ze nu niet allemaal noemen, want men kan hiervoor het preadvies lezen, óf vanmiddag een deelsessie bezoeken. De werkgroep-Zijlstra uit 2004 noemt als functie de bewustwording van de eigen verantwoordelijkheid, iets wat ook enigszins aan de symboolfunctie inherent is, terwijl die werkgroep er eigenlijk voor het eerst op wijst dat een zorgplicht ook de functie van vermindering van de regeldruk – deregulering, ziet u op de slide staan – kan hebben.

De ECWM pleit ervoor precies de beoogde functie aan te geven. Men moet immers weten wat met een zorgplicht wordt beoogd, om ermee te kunnen omgaan. Met deze aanbeveling heeft de wetgever weinig gedaan. Het uitspitten van de parlementaire geschiedenis leverde mij de volgende functies op:

- bewustwording: deze functie kunnen we afleiden uit de symboolfunctie; het is de vraag wat je er vervolgens aan hebt;
- vangnet: het lijkt mij goed onder deze invalshoek naar in ieder geval de huidige zorgplichten te kijken. Als zich nadelige gevolgen voor het milieu voordoen die niet op andere wijze worden gereguleerd, kan een zorgplicht als vangnet fungeren.
- deregulering: dat onderwerp komt steeds vaker aan bod, ook in het verband van de Omgevingswet.

Ik heb dus drie functies uit de parlementaire geschiedenis kunnen destilleren, terwijl er eerder acht functies zijn genoemd en terwijl twee van deze drie functies door de werkgroep zelf naar voren zijn gebracht. En dat nadat de zorgplichten al tientallen jaren worden gebruikt!

Hoe zit het dan met de toepassing? Ik toon u de volgende slide:

## Toepassing



Als we naar de huidige zorgplichten kijken, blijkt uit de eis van de rechtszekerheid te volgen dat er heel beperkte mogelijkheden voor gebruik zijn. Bij sommige zorgplichten zien we dat alleen handhavend kan worden opgetreden bij 'ernstige nadelige gevolgen' voor het milieu en als er 'geen regulering op andere wijze' mogelijk is. Ik wees er zojuist al op dat bij de aanwezigheid van een milieuvergunning die vergunning als het aangewezen instrument geldt. Het milieurecht is dynamisch, want we weten steeds meer van bepaalde stoffen en van de effecten die die op het milieu hebben. Bij zulke nieuwe ontwikkelingen is dan het instrument: aanpassing van de omgevingsvergunning voor milieu. Dat is iets anders dan terugvallen op een zorgplicht die daarnaast geldt.

Ik kom bij het derde criterium dat uit de eis van de rechtszekerheid voortvloeit. Het Activiteitenbesluit geldt op dit moment voor inrichtingen zonder vergunning. Bij de toepassing van dit Activiteitenbesluit is in het kader van een zorgplicht uitgemaakt dat er 'onmiskerbare strijd' moet zijn. We zouden ook kunnen zeggen dat zich een evidente schending van de zorgplicht moet voordoen.

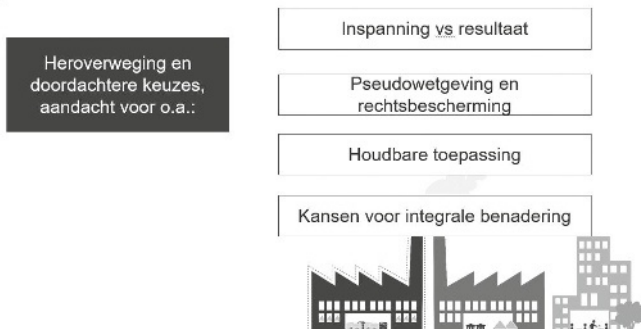
Dit beeld wijkt af van wat de wetgever voor ogen stond. De wetgever zag de zorgplichten meer als een instrument voor deregulering en ten behoeve van het dynamisch aanpakken van nieuwe ontwikkelingen. In de jurisprudentie wordt die benadering kennelijk tot op dit moment niet geaccepteerd.

De slide die in beeld is, belooft ook dat ik zal ingaan op de gevolgen voor de Omgevingswet. Ik heb er al op gewezen dat met de Omgevingswet de zorgplichten zullen worden uitgebreid. De algemene zorgplicht blijft bestaan, maar er komen ook specifieke zorgplichten, onder andere voor 'inrichtingen', die dan straks 'milieubelastende activiteiten' heten. De bedoeling van de wetgever is dat de zorgplichten ook náást een vergunning werken. Men spreekt dan van de aanvullende werking van de zorgplicht. Dat levert veel vragen op, en ik ben op dit punt in mijn preadvies dan ook nogal kritisch. Sommige instrumenten zijn bij uitstek bedoeld om rechtszekerheid te bieden. Zo kan bij de verlening van een vergunning straks een individuele afweging worden gemaakt in het kader van het belang van de bescherming van het milieu – onder de Omgevingswet de 'fysieke leefomgeving' – en zal op basis van die afweging duidelijk worden of bepaalde activiteiten toegestaan zijn en, zo ja, onder welke voorwaarden. Daarnaast zou dan nog een zorgplicht gelden die

dynamischer is en die onder andere inhoudt dat er geen significante milieuverontreiniging mag zijn. Maar als er nu net tevoren een afweging heeft plaatsgevonden met als resultaat dat zoiets in het onderhavige geval acceptabel is, zie ik weinig mogelijkheden voor die aanvullende werking van de zorgplicht.

Afsluitend kom ik tot een aantal aanbevelingen:

## Aanbevelingen



Ik meen dat er een heroverweging zal moeten plaatsvinden en dat er doordachtere keuzes moeten worden gemaakt. Een goed begin zou kunnen zijn er grondig over na te denken wat we een zorgplicht vinden. Ik kan me heel goed voorstellen dat bepaalde vangnetbepalingen worden opgenomen en dat er op een of andere manier voor wordt gezorgd dat als iets per abuis niet is gereguleerd, kan worden teruggevallen op een zorgplicht. Dit zou echter volgens mij geen apart instrument moeten zijn en al helemaal geen instrument waarbij in het geval van een eventuele verdere aanvullende werking alleen wordt gestuurd op resultaat. Op de slide wordt dit punt samengevat met de woorden 'inspanning versus resultaat'.

Als je tot een veel uitgebreidere toepassing van de zorgplicht komt, kan dit tot een verschuiving van de regeldruk leiden. Ik ben dan bij het kopje 'pseudowetgeving en rechtsbescherming'. Waar een algemene norm geldt, rijst de vraag naar de verdere invulling. Komen er dan beleidsregels of gaat het bedrijfsleven zelf met regulering aan de slag? In mijn preadvies heb ik een voorbeeld opgenomen van de gevolgen waartoe dit kan leiden. Dit voorbeeld betreft een beleidsregel op basis van een zorgplicht die door de Inspectie Leefomgeving en Transport wordt gehanteerd met het oog op onwenselijke export van bepaalde brandstoffen naar buiten de EU. Dat daartegen dan civielrechtelijk wordt geprocedeerd, kan ik mij voorstellen: men wil zich niet blootstellen aan handhaving. In ieder geval doet zich hier een verschuiving voor. Als de toepassing van zorgplichten op deze manier verder wordt uitgebreid, zouden zaken vaker bij de civiele rechter terecht kunnen komen.

Herbezinning zal ook kunnen leiden tot een meer 'houdbare toepassing'. Aan het begin van mijn toelichting noemde ik al de inzet van de zorgplicht voor de regulering van woon-werkverkeer, in verband met de CO<sub>2</sub>-uitstoot. Inmiddels is hiervoor onder de Omgevingswet een specifieke regeling. Ook onder het Activiteitenbesluit was een specifieke regeling bedacht, die echter nog niet in werking was getreden omdat er nog een bredere discussie zou plaatsvinden. In die regeling was expliciet aangegeven dat zij de mogelijkheden van de zorgplicht onverlet liet. In het

Activiteitenbesluit staat ook dat de zorgplicht onder andere ziet op verkeer van en naar de inrichting. Ik heb de toelichting erbij gepakt en gezien dat daarin heel expliciet is aangegeven dat dit verkeer onder de zorgplicht valt. Nu weet ik niet precies hoe is geprocedeerd, maar in de zaak die ik heb aangehaald, inzake het Erasmus Ziekenhuis, heeft de Afdeling in een overweging ten overvloede aangegeven dat de zorgplicht van het Activiteitenbesluit niet van toepassing kan zijn. Ik kan mij voorstellen dat ook hieraan een rechtszekerheidsgedachte ten grondslag heeft gelegen.

Dit laat zien dat de wetgever weliswaar heel ambitieus kan willen zijn door een zorgplicht een heel brede toepassing te geven, maar dat dit op veel bezwaren kan stuiten en dat de rechtspraak vanwege belangrijke andere principes zoals bijvoorbeeld de rechtszekerheid er een stop op kan zetten. Dan schiet de niet-houdbare ambitie van de wetgever uiteindelijk haar doel voorbij.

Ik zie – tot slot – ‘kansen voor een integrale benadering’. We hebben te maken met heel verschillende milieucompartimenten, maar we moeten zorgen voor een integrale afweging, waarbij in het algemeen naar de zorg voor het milieu wordt gekeken. Ik pleit dus voor een andere en bredere toepassing. Dat zal zeker nog verder moeten worden uitgewerkt.

### **Gerrit van der Veen<sup>12</sup>**

Eerst iets over timing. In overleg met Bert Marseille zal ik mijn bijdrage bekorten. Ook een punt van timing is een groot compliment van mijn kant aan het VAR-bestuur. Op dagen als deze komen doorgaans twee soorten complimenten voor: complimenten aan het adres van de preadviseurs, zeer terecht, en complimenten aan het VAR-bestuur voor de keuze van het onderwerp, ook heel vaak terecht, maar je hoort, denk ik, niet zo vaak timingscomplimenten aan het VAR-bestuur. Toch zijn zulke complimenten hier gepast, want hoe kan het nu anders dan zeer bewust uitgedacht zijn dat dit onderwerp hier vandaag op de Dag van de Zorg wordt besproken!

Nu naar de inhoud. Kars de Graaf en ik hadden de eer Anna’s preadvies over de zorgplichten in het omgevingsrecht eigenlijk ook wel in verschillende fasen te zien ontstaan en het vervolgens voor het NTB van een bespreking te voorzien. We waren bijzonder opgetogen, maar we zagen ook wel een paar aandachtspunten. Een deel daarvan betreft het privaatrecht, maar dat zal dan waarschijnlijk naar de deelsessies van vanmiddag gaan, een deel ervan betreft het publiekrecht.

De preadviseur kan natuurlijk niet om de Omgevingswet heen, en dat doet zij ook niet. Degenen die die wet nog niet hebben bekeken, moeten hem toch langzamerhand wel gaan lezen. De Omgevingswet verandert de werking van zorgplichten nogal. Kijk vooral naar de artikelen 1.6 en 1.7, artikelen die enigszins vergelijkbaar zijn met artikel 1.1a van de Wet milieubeheer. Laatstgenoemde wet hebben de aanwezigen vast al wél gelezen: artikel 1.1a luidt: ‘Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht.’ In de rest van het artikel wordt dit dan een beetje uitgewerkt.

---

<sup>12</sup> Heeft het preadvies van Collignon in het NTB besproken. K.J. de Graaf & G.A. van der Veen, ‘Zorgen over zorgplichten in het omgevingsrecht’, NTB 2023/129.

De artikelen 1.6 en 1.7 van de Omgevingswet zijn vergelijkbaar qua opzet, zij het dat zij betrekking hebben niet op het milieu, maar op de fysieke leefomgeving. Dit betekent concreet dat mogelijkerwijs veel meer handelingen onder de zorgplicht zullen worden geschaard dan eerder mogelijk was. Op dit punt wil ik twee opmerkingen maken, elk met een voorbeeld en een vraag.

1. De Omgevingswet en de bescherming van de 'fysieke leefomgeving'. Artikel 1.2 geeft aan wat er zoal onder dit begrip valt, en dat is onder andere de lucht. Kijken we naar de totstandkomingsgeschiedenis van de wet, dan zien we dat met klem ook de gezondheid een plaats heeft gekregen. Artikel 5.32 is bijvoorbeeld een bepaling die de gezondheid raakt. Als ik gezondheid en lucht combineer, kom ik op het roken. Er wordt in dit land nog best veel gerookt, zowel anaaloog als langs elektronische weg. Zou het nu met het oog op de zorgplicht van artikel 1.6 denkbaar zijn dat gemeenten optreden tegen rokers die buiten op terrassen of gewoon in drukke winkelstraten roken? We weten dat roken slecht is voor de gezondheid. Als je een pakje op straat ziet liggen, blijkt het daar met koeienletters op te staan. Kan een actiegroep in het licht van artikel 1.6 en artikel 1.7 met succes aan het gemeentebestuur vragen handhavend op te treden tegen groepen rokers in de buurt van groepen niet-rokers?
2. De verhouding tussen de zorgplicht en algemene regels in verband met vergunningen. Vaak gelden voor wat grotere bedrijven vergunningplichten. Het vervelende kan dan zijn dat zo'n vergunning niet helemaal actueel is, zodat de vraag naar de verhouding met de zorgplicht rijst. Anna Collignon geeft dit heel mooi in haar preadvies aan, waarbij zij artikel 2.11 van het Besluit activiteiten leefomgeving noemt. De jurisprudentie van de Afdeling houdt tot nu toe in dat er in gevallen waarin een activiteit met een vergunning voldoende is geregeld, geen plek is voor aanvullende regulering op basis van de zorgplicht. Hoe gaat dit nu onder de Omgevingswet zijn? Mijn voorbeeld bij dit punt is het volgende. De laatste paar jaar bestaat veel aandacht voor zeer zorgwekkende stoffen, zoals bijvoorbeeld pfas,<sup>13</sup> maar zeker niet alleen die stoffen. Als een afvalverwerker nu een vergunning heeft gekregen voor de inname van bepaalde stoffen en daarmee ook voor de uitstoot van de stoffen die met het verwerkingsproces onlosmakelijk samenhangen, kan jaren later blijken dat er in de uitstoot toch ook zeer zorgwekkende stoffen zoals pfas zitten. Moet dan het betrokken bedrijf, dat ook in de krant kan lezen dat die zeer zorgwekkende stoffen niet voor niets hun naam hebben, tot het besef komen dat het een zorgplicht heeft waaraan het zich moet gaan houden, dan wel moet het bedrijf dat alsnog doen wanneer het bevoegd gezag het op zijn plicht wijst, of mag het bedrijf wachten totdat de vergunning wordt aangepast?

---

13 Poly- en perfluoralkylstoffen.

## Anna Collignon

Wat de vraag over de rokers betreft zou ik bijna willen zeggen: breng mensen niet op ideeën! In mijn inleiding heb ik al enige creatieve toepassingen van de zorgplicht genoemd. Ik ben in ieder geval erkentelijk voor deze mooie vragen en ik zie uit naar de ongetwijfeld mooie verdere discussie vanmiddag.

De CO<sub>2</sub>- en de lachgaspatronenzaken, eerder vanochtend door mij genoemd, liepen stuk op een aantal lastige punten in het kader van de handhaving van de zorgplicht. Ik denk dat die punten er ook onder de Omgevingswet nog steeds zullen zijn. De gezondheid, die door Gerrit van der Veen ten tonele is gevoerd, is via een amendement in de wet gekomen. Ik denk niet dat daarmee de gezondheidsrisico's van een individuele persoon door acties van de individuele persoon zelf onder de reikwijdte van de fysieke leefomgeving, inclusief gezondheid, zoals bedoeld in de Omgevingswet zouden kunnen vallen. De gezondheid van derden, die eromheen staan, kan echter een element zijn dat een zeer creatieve hantering van de zorgplicht mogelijk zou kunnen maken. Als ik dan kijk naar hoe de zorgplicht eerder, in het licht van de rechtszekerheid, is toegepast, kom ik tot de conclusie dat er dan ook wel sprake moet zijn van aanzienlijk nadelige gevolgen en van onmiskenbare strijd, iets wat mij voor een enkele sigaret lastig te beargumenteren lijkt. Er zijn allerlei creatieve manieren denkbaar om met de zorgplicht om te gaan, maar ik denk dat dit uiteindelijk niet past binnen de mogelijkheden die de Omgevingswet biedt.

**Voorzitter:** De tweede vraag gaan we wat mij betreft als *cliff hanger* voor de deelsessies bewaren. Alle mensen die zich voor de deelsessies van Anna Collignon hebben opgegeven, zullen heel blij zijn dat ze daar het antwoord zullen horen gaan horen.



# Huldiging van de winnaars van de pleitwedstrijd

**Voorzitter:** Afgelopen woensdag is de jaarlijkse VAR-pleitwedstrijd gehouden. Het team van Utrecht heeft gewonnen. Graag verzoek ik dat team naar voren te komen: Mart van Esterik, Femke Huisman, Georgina van Reeken en Marinke Timmer, met als begeleiders Titia de Kramer en Rob Widdershoven.

[De genoemden komen naar voren]

[Applaus]

**Voorzitter:** Ik heb twee opmerkingen en drie vragen.

Ik ben er woensdag bij geweest. Mij viel op dat het niveau in algemene zin heel hoog was. Vroeger was er wel eens een enkel team waarvan je direct al dacht: die gaan het winnen, of die gaan ontzettend verliezen. Dat was nu niet het geval.

In de tweede plaats: ik heb het Utrechtse team 's ochtends ook in de voorronde gezien en toen was ik al sterk onder de indruk. Ik dacht: als zij in de finale komen, zal me dat niets verbazen, en als ze dan winnen, ook niet. Ik heb enorm van jullie genoten!

Dan mijn drie vragen.

Veel bestuursrechtstudenten zullen het volgend jaar graag willen winnen. Jullie vormen een team en hebben het met jullie vieren gedaan. Wat is nu jullie geheim qua samenwerking? Of is het meer zo dat jullie ondanks het feit dat jullie een team waren, hebben gewonnen?

**Teamlid:** Ik denk dat we elkaar heel goed aanvulden, wat we niet van tevoren wisten. Ik kan bijvoorbeeld goed erg veel schrijven, een ander is heel goed in uitzoeken en dan zijn er nog twee die allebei supergoed kunnen pleiten, zoals in de finale wel bleek.

**Voorzitter:** Complementariteit is dan het toverwoord. Heeft een van de anderen nog een aanvulling? Na die drie vragen van mij moeten jullie wel alle vier aan het woord zijn gekomen!

**Teamlid:** Ik sluit me daar volledig bij aan. We wisten dit niet helemaal van tevoren. We doen alle vier de master, dus we kennen elkaar al wel, maar dat je dan zo goed op elkaar aansluit was een beetje een verrassing, maar het werkte heel goed.

**Voorzitter:** Mijn tweede vraag gaat over jullie begeleiders. Kunnen jullie van elk van beiden een sterk en een zwak punt noemen?

**Teamlid:** Sowieso willen we hen straks nog even bedanken. Bij Rob zijn er sterke punten ten overvloede. Zonder zijn advies was het veel minder goed gegaan en het is een eer om in de master les van hem te krijgen. Dat heeft heel erg geholpen. Als ik dan toch een beetje kritisch moet zijn: hij kan af en toe wel een beetje veel kletsen. Je moet leren hem te onderbreken. Ik had bijvoorbeeld een keer het antwoord op een vraag waar we heel lang over aan het kletsen waren al gevonden. Toen moest ik hem echt onderbreken omdat we de oplossing al hadden.

Titia heeft ons supergoede begeleiding gegeven. Ze heeft allerlei prachtige pleit-trainingen voor ons georganiseerd. De enige tip die ik kan bedenken is dat ze een volgende keer niet tijdens de pleittrainingen op vakantie moet gaan! Dan kan ze gezellig mee.

**Voorzitter:** Nog aanvullingen?

**Teamlid:** Soms hadden we met Rob afgesproken en dan was hij onze stukken nog aan het lezen. We hebben een keer drie kwartier zitten wachten en hij kwam maar niet. Agendabeheer is misschien niet zijn sterkste kwaliteit!

**Voorzitter:** Mijn laatste vraag: zijn jullie carrièreplannen nu nog veranderd? Misschien dachten jullie dinsdag nog 'ik word ambtenaar bij de IND' en denken jullie nu iets heel anders, of andersom.

**Teamlid:** Voor mij geldt dat niet.

**Teamlid:** Ik denk wel dat we alle vier eerst nog niet zo goed doorhadden dat we in het pleiten best oké zijn. Het was leuk om mee te maken dat je zoiets kan. Het antwoord op de vraag is dus misschien dat we iets zekerder van onszelf zijn geworden in wat er mogelijk gaat zijn.

**Voorzitter:** Misschien toch een carrièreswitch of juist niet?

**Teamlid:** Ik heb wel gemerkt dat pleiten echt ontzettend leuk is, maar het was natuurlijk ook een wedstrijd waarbij je er vol voor gaat. Over de consequenties hoef je je niet veel zorgen te maken. Ik weet niet of ik in het echte leven ook zó vol achter mijn standpunt zou kunnen staan, maar we zullen zien. Ik zat wel eens aan bijvoorbeeld de rechtspraak te denken, maar misschien moet ik toch eerst de advocatuur in. Iedereen zegt trouwens dat de carrière die je kiest toch niet voor altijd is: we kunnen dus nog genoeg switchen!

**Voorzitter:** Als dit een wedstrijd 'vragen van de VAR-voorzitter beantwoorden' was geweest, hadden jullie die vast glansrijk gewonnen. Zeer bedankt. We applaudiseren nog even voor het team uit Utrecht.

[Applaus]

**Teamlid:** Toch ook nog graag een extra applausje voor Rob en Titia.

[Applaus]

# Verslag van de deelsessies over het preadvies van Maurits Ippel & Michiel Scheltema

Voorzitter: Bert Marseille

Verslaglegger: Jildou de Regt

## Eerste deelsessie

**Bert Marseille** heet iedereen welkom en geeft de zaal de gelegenheid tot het stellen van vragen. De ambitie is om tijdens deze deelsessie inhoudelijk zo veel mogelijk verder te komen.

**Henk Addink** vraagt zich af waarom de preadviseurs zich beperkt hebben tot de rechtsstatelijke kant van de zorgplicht. De burger staat centraal, er wordt gewerkt met concepten als rechtsstaat, grondrechten, etc. Waarom is er niet meer ingegaan op de democratische kant van die beginselen?

**Michiel Scheltema** antwoordt dat Maurits en hij willen laten zien dat de zorgplicht fundamenteel is voor de beginselen van de rechtsstaat: zonder zorgplicht zijn de andere beginselen niet aanwezig. De dienstbaarheid van het nieuwe artikel 2:4a Awb wordt gezien als een soort service, omdat de overheid er nu van uitgaat dat legaliteit voldoende is. De preadviseurs kozen voor deze benadering om de zorgplicht in ander perspectief te stellen dan hoe die normaliter wordt gezien.

**Maurits Ippel** vult aan dat het mensenrechtenperspectief zeker interessant is, maar dat het gezien de omvang van preadvies niet mogelijk was daar diep op in te gaan.

**Marseille** merkt op dat hij bij het lezen van het preadvies moest denken aan een onderzoek dat in Groningen is gedaan naar de uitvoering van de Participatiewet door gemeenten. Hoewel hij zich toen nog niet bewust was van de zorgplicht, kan hij nu zeggen dat sommige gemeenten voldeden, andere niet: de ene gemeente belt bijvoorbeeld de burger voordat er een ingrijpend negatief besluit genomen wordt, de andere gemeente doet dat niet. Betekent dat dat die laatste gemeente niet aan haar zorgplicht voldoet en daarmee kans loopt op berisping door de bestuursrechter? Hoe vertaal je de algemene zorgplicht naar de concrete praktijk van een bestuursorgaan?

**Ippel** antwoordt dat de principes van het preadvies moeten bijdragen aan een benadering die uitgaat van het probleem waar de burger mee zit. De burger klopt

niet zomaar aan voor een uitkering. Wijs je die aanvraag af en gaat de burger in beroep, dan moet door de bestuursrechter toetsbaar zijn wat het orgaan in concreto gedaan heeft om het recht op een uitkering vast te stellen. Het gaat niet sec om de rechtsvaststelling, maar ook hoe je daartoe komt. De zorgplicht kan daarvoor een gedragsnorm bieden. Dat betekent ook dat gemeenten verder moeten kijken dan de rechtspraak die hierover is. In zaken van de Centrale Raad van Beroep lukt het partijen vaak om tot een schikking te komen. De zaken waarin wel uitspraak gedaan wordt geven dus niet een volledig beeld.

**Scheltema** vult aan dat de verschillende toepassing van de Participatiewet ook juist tot inspiratie kan dienen, ook voor de rechter. De rechtspraak is in dit opzicht ook in beweging. Denk aan een aanvraag waarbij te weinig informatie was aangeleverd en die daarom buiten behandeling is gelaten. De rechter beoordeelde voorheen slechts of dat terecht was gebeurd. Inmiddels vindt de rechter dat het bestuursorgaan bij het bezwaar tegen de buitenbehandelingstelling ook eventuele aanvullende informatie van de aanvrager moet betrekken. De beoordeling verschuift van formeel naar materieel.

**Addie van der Hoeven** koppelt de zorgplicht aan een ervaring van een kennis van haar: diens kind stond hoog op de wachtlijst voor jeugd-GGZ, maar na haar achttiende verjaardag belandde ze weer onderaan de volwassenenwachtlijst. Volgens koos ze ervoor om haar leven te beëindigen. Hoe verhoudt dat zich tot de zorgplicht: gaat die niet veel verder dan het burgervriendelijker maken van een paar procedures?

**Ippel** bevestigt dat dit een terecht punt is. De overheid is gefragmenteerd georganiseerd, dus als je bij zo'n overgang naar volwassenenzorg als één overheid wilt optreden, dan moet je de zaak op een andere manier organiseren. Het is ook aan de wetgever om te signaleren of dat voor een bestuursorgaan uitvoerbaar is. Onder de zorgplicht valt zeker ondersteuning van de burger bij de omgang met een versnipperde overheid. Wij doen alleen geen uitspraken over hoe dat precies uitgewerkt moet worden.

**Masha Schoneveld** vraagt hoe de bestuursrechter de zorgplicht in zijn oordeel moet betrekken. Ze is van mening dat de zorgplicht met name van belang is bij de start van het contact tussen burger en bestuursorgaan. De bestuursrechter zal een eventuele verwaarlozing van de zorgplicht meewegen bij de beoordeling van het geschil, maar je zou er als burger niet als zodanig rechten aan moeten kunnen ontleen.

**Scheltema** is het ermee eens dat een geschil niet bij de rechter hoeft te komen als het bestuursorgaan vanaf het begin de zorgplicht in acht neemt. Wanneer het echter wel zover komt, moet de rechter zich afvragen: hoe kan het recht zo worden vormgegeven dat het het belang van de burger dient? In het voorbeeld van beoordeling door de rechter van besluiten waarin een aanvraag buiten behandeling is gelaten omdat de aanvrager te weinig gegevens heeft aangeleverd, kan de rechter het beginsel van de dienende overheid hanteren om dat resultaat te bereiken.

**Ippel** vult aan dat de zorgplicht ook een rol kan spelen bij de uitleg van wettelijke begrippen. Wat is een dringende reden? Wat is een feit waarvan redelijkerwijs duidelijk moest zijn dat het van invloed is op de uitkering? Daarin kan de rechter iets betekenen. Nu is het uitgangspunt legaliteit, de preadviseurs pleiten voor feitelijke rechtszekerheid. Is het feitelijk mogelijk voor de burger om te weten aan welke verplichting hij moet voldoen? Wanneer dat niet zo is, dan moet het bestuursorgaan dat vooraf aan de burger duidelijk maken. Doet het bestuursorgaan dat niet, dan kan de rechter daar consequenties aan verbinden.

**Ymre Schuurmans** heeft een vraag over de Regeling adviestoevoeging zelfredzaamheid. Moet advocatenbijstand bij het doen van een aanvraag permanent worden, wat ten koste kan gaan van de dienstbaarheid, van de zorgplicht? Of moet de last om te zorgen dat burgers een aanvraag kunnen doen volledig rusten op het bestuursorgaan?

En een tweede vraag: hoe moet een orgaan als de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND), dat restrictief beleid voert, omgaan met de zorgplicht? De politieke opdracht van zo'n orgaan lijkt zich slecht te verdragen met de zorg waar burgers het meest mee geholpen zijn.

**Ippel** bevestigt dat de adviestoevoeging een lastige kwestie is. Enerzijds wil je juridisering natuurlijk voorkomen. Anderzijds is duidelijk dat er behoefte is aan rechtshulp bij aanvragen. Daarom moeten op beide vlakken stappen gezet worden: het schort momenteel aan toegang tot rechtshulp, dat is een duidelijk probleem. Daarnaast moeten bestuursorganen goed handelen vanuit hun taak, want je zou eigenlijk geen advocaat nodig moeten hebben om als burger een aanvraag te kunnen doen.

Het restrictieve beleid is een politiek vraagstuk. De organisatie rond bepaalde thema's, met tijdelijke budgetten en wisselende financiering, zorgt ervoor dat kosten op kwetsbare burgers afgewenteld worden. Dat is beleidsmatig onwenselijk.

**Hans Verbeek** heeft een vraag over de operationalisering van de zorgplicht. Er is een verschuiving van de toepassing van en toetsing aan algemene regels naar de toepassing en toetsing aan rechtsbeginselen. Dat maakt het recht makkelijker individueel toe te passen, maar het kan botsen met het gelijkheidsbeginsel. In het preadvies wordt rechtszekerheid vooral betrokken op de informatievoorziening. Hoe kunnen gelijke behandeling én distributieve rechtvaardigheid beide gegarandeerd worden?

**Scheltema** bevestigt dat het preadvies meer gericht is op beginselen dan regels. Dat geeft het bestuur inderdaad minder rechtszekerheid. Rechtszekerheid is echter een beginsel dat dient ter bescherming van de burger, niet ter bescherming van het bestuur. Uiteraard moet het bestuur wel zijn taken kunnen uitvoeren. Als bestuursorganen hun regels beginselconform uit zouden leggen, dan zou dat al een belangrijke stap zijn.

**Ippel** vult aan dat het wel degelijk mogelijk is om het gelijkheidsbeginsel toe te passen in lijn met de zorgplicht, maar dat dat meer oog vraagt voor individuele

verschillen. Dat betekent dat bestuursorganen proactief moeten zijn om de op de burger afgestemde zorg te kunnen bieden. Nu komt het bestuursorgaan er vaak pas in een laat stadium achter wat er speelt en dat de uitkomst van de besluitvorming onbillijk was. Als je dan beleid aanpast, dient zich de vraag aan waarom je dat niet eerder hebt gedaan.

**Julia Laninga** merkt op dat het lastige aan de toepassing van beginselen is dat bij de overheid sprake is van een normlandschap met veel schotten. Besluiten kunnen grote gevolgen hebben, waarop een bestuursorgaan niet altijd zicht heeft. Je kan dus niet altijd van bestuursorganen eisen dat ze onbillijke uitkomsten voorkomen.

**Ippel** antwoordt dat een besluit van het ene bestuursorgaan consequenties kan hebben voor het effect van een besluit dat een ander bestuursorgaan neemt en dat daardoor het risico bestaat van onbillijke uitkomsten. Dat neemt niet weg dat het niet irreëel is om van bestuursorganen te verwachten dat ze besluiten op elkaar afstemmen en dat het ook bij ketenbesluitvorming mogelijk moet zijn de uitkomst aan het evenredigheidsbeginsel te toetsen.

**Rens Koenraad** vraagt zich af of het nieuwe artikel 2:1 Awb ('Een bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan') zou kunnen dienen als zelfstandige grond voor vernietiging van een besluit. Mocht dit zo zijn, zou het dan mogelijk zijn dat een bestuursorgaan alsnog aan zijn zorgplicht voldoet door middel van een bestuurlijke lus?

**Ippel** antwoordt dat de bestuursrechter in een dergelijke situatie, wanneer sprake is van een weigering of een buiten behandeling stelling vanwege te weinig informatie, moet kijken of de burger de kans heeft gekregen om de gegevens aan te vullen. Constateert de rechter dat dit niet het geval is, dan komt dat besluit voor vernietiging in aanmerking op basis van artikel 2:1 Awb.

Wat de vervolgvraag betreft: de bestuursrechter is een onvolmaakte bewaker, omdat hij pas laat bij het proces betrokken raakt. In een situatie waarin een dergelijk gebrek is ontstaan – het bestuursorgaan heeft bijvoorbeeld niet gebeld over gebrekkige informatie – is het lastig om een concrete remedie bij de bestuursrechter te vinden. Het is helaas wel het systeem dat we hebben.

**Roel Becker** merkt op dat het preadvies met name betrekking heeft op tweepartijgeschillen. Hij vraagt zich af hoe de preadviseurs de toepassing van de zorgplicht voor zich zien wanneer er drie of meer partijen betrokken zijn. In zo'n geval kan het repareren van de zorgplicht ten opzichte van de ene partij ten koste gaan van het belang van de andere partij.

**Scheltema** stemt ermee in dat driepartijenconstellaties kunnen verschillen vanwege de mogelijk tegengestelde belangen van de betrokken partijen. De mogelijkheden tot herstel zullen daardoor beperkter zijn en moeten misschien anders worden vormgegeven dan in tweepartijgeschillen, bijvoorbeeld door schadevergoeding. Dat betekent ook dat bestuursorganen extra moeten nadenken hoe ze dit in het begin aanpakken.

**Ippel** observeert dat een van grote problemen van de bureaucratie is dat er onvoldoende wordt nagedacht. In de wet is de zorgplicht vaak al verdisconteerd, maar omdat er zo juridisch wordt geredeneerd gaat men voorbij aan de kernvraag: komt een besluit tegemoet aan de belangen van betrokkenen? Het is van belang om de rechtstoepassing in de eerste lijn niet aan juristen over te laten, maar aan anderen die een *common sense* invulling geven aan het begrip responsiviteit.

**Scheltema** is het ermee eens dat de eerste lijn vaak de trend zet voor rest procedure. Daarom is de zorgplicht in dat stadium bij uitstek van belang. Juristen zijn echter niet per se het probleem, maar de manier waarop organisaties zijn ingericht, met bureaucratische regelpatronen als de norm. Nu kijkt de manager naar het aantal afgehandelde gevallen, niet naar de kwaliteit van het contact tussen ambtenaar en burger. Daar moet verandering in komen: de omgang met de burger moet zo communicatief en informeel mogelijk gebeuren.

**Ippel** vult aan dat je natuurlijk streeft naar besluitvorming die in één keer goed gaat. Het preadvies is geschreven voor de VAR-jaarvergadering, dus er is met name gekeken naar bestuursrechtelijke oplossingen. Wellicht is dat niet altijd het beste antwoord voor de eerste lijn. Interessant in dit kader is dat er een toezichthouder is aangesteld voor de Belastingdienst. En dat er concrete voorstellen liggen voor rechtsbescherming, cultuurverandering, welke waarden belangrijk zijn. Ook de Nationale ombudsman kan een goed instrument zijn.

**Frank van Ommeren** legt het verband met het burgerlijk recht. De codificatie van de redelijkheid en billijkheid wordt beschouwd als de volwassenwording van het Burgerlijk Wetboek (BW). Die hebben drie functies: bijdragen aan de uitleg van een contract, contracten aanvullen en beperken. Moet de codificatie van de rechtsstatelijke zorgplicht op vergelijkbare manier als de volwassenwording van de Awb worden gezien? Met name de functie van het beginselconform aanvullen en beperken van de wet.

Zijn tweede vraag ziet op de praktische uitvoering. Hij observeert dat de gemiddelde ambtenaar moeite heeft zich te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De zorgplicht is in feite de opdracht om de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. We wisten al dat het moest, maar het gebeurt in de praktijk lang niet altijd. Hoe moet daar verandering in worden gebracht?

**Ippel** antwoordt dat deze analyse *grosso modo* hout snijdt. De zorgplicht uit het preadvies sluit aan bij de functie die algemene beginselen van behoorlijk bestuur al hebben. Het vernieuwende is dat het ze in een bredere context plaatst en meer aandacht besteedt aan het rechtsstatelijk fundament. Ook bij de uitleg en het formuleren van gedragsnormen van het bestuur kan de zorgplicht een rol spelen. Hoe de zorgplicht functioneert als de wet knelt, wordt niet voor niets bediscussieerd in het kader van het wetsvoorstel.

**Scheltema** vult aan dat ook hij vreest dat de waarborgen uit het preadvies niet betekenen dat alle ambtenaren morgen de zorgplicht in acht nemen. Toch moet

er nagedacht worden in welke richting zij zich moeten ontwikkelen. De zorgplicht legt daarbij bepaalde accenten. Het idee dat rechtszekerheid niet aan de wet ontleend kan worden betekent dat we een andere invulling moeten geven aan het vertrouwensbeginsel. Bijvoorbeeld in het geval de wet onduidelijk is en een burger advies vraagt. Als de ambtenaar daarover zegt 'de wet is vaag, we kunnen daar geen uitspraken over doen' dan komt de onzekerheid op het bord van de burger. Dat is onjuist. De onzekerheid zou voor rekening van de overheid moeten komen.

**Reinier van Zutphen** grijpt terug op een vraag aan het begin van deze sessie. De overheid betracht terughoudendheid in het sturen hoe gemeenten de uitvoering aanpakken. Dat betekent dat er veel verschillen zijn tussen gemeenten. Moet de discussie over de invulling van de zorgplicht gevoerd worden tussen burger en gemeente? Of tussen gemeente en overheid? Moet de zorgplicht in de ene gemeente hetzelfde opleveren als in de andere gemeente?

**Ippel** antwoordt dat er bij decentraliseren nu eenmaal verschillen ontstaan. Bepaalde beleidsmatige verschillen zijn uiteraard toegestaan. Als centrale overheid kan je daarnaast wel eisen stellen aan medebewind, door meer sturend op te treden als wetgever.

**Scheltema** vult aan dat financiële regelingen die deels bij overheid, deels bij gemeenten liggen het zeker ingewikkeld maken. De zorgplicht heeft echter juist als doel dat mensen op een goede manier geholpen worden, zodat de ingewikkeldheid van de regelgeving niet voor hun rekening komt. Het is onacceptabel wanneer in de ene gemeente goed wordt meegedacht met burgers en in een andere gemeente veel minder of helemaal niet, zodat een landelijke regeling in de ene gemeente veel meer belangstelling krijgt dan in andere. Burgers moeten voldoende geholpen worden om te krijgen waar ze aanspraak op hebben. Dat aanspraken per gemeente kunnen verschillen hoort erbij, maar niet dat de kans dat een aanspraak wordt verzilverd in de ene gemeente kleiner is dan in de andere.

**Van Zutphen** vervolgt met een concreet voorbeeld. Wat doe je als ambtenaar met een aanvraag waarvan de stukken niet compleet zijn? De zorgplicht aan het loket: hoe ziet die eruit?

**Scheltema** antwoordt dat je in z'n situatie moet streven naar het volledig maken van de aanvraag. Het hangt van de situatie of hoe je dat moet doen. Als duidelijk is dat iemand de aanvraagprocedure niet begrijpt, dan bel je.

**Bart Jan van Ettehoven** is benieuwd naar de verhouding tussen dienstbaarheid en zorgvuldigheid. Het nieuwe dienstbaarheidsbeginsel komt niet voor niets in hoofdstuk 2 van de Awb, terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel in hoofdstuk 3 staat: daar is de rechtsmacht van de bestuursrechter aan gekoppeld. Als we willen dat de bestuursrechter gaat bijdragen aan de concretisering van het dienstbaarheidsbeginsel, moet je de bevoegdheid van de bestuursrechter dan niet breder maken dan het besluit alleen, zodat hij zich ook kan uitspreken over de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking?



**Scheltema** is blij dat deze koppeling gemaakt wordt. Het enkele feit dat het nieuwe dienstbaarheidsartikel in hoofdstuk 2 terechtkomt, betekent dat je buiten de besluitproblematiek gaat en dat de rechter dus ruimer gaat kijken. In de discussie over de rechtsmacht van de bestuursrechter is de zorgplicht eigenlijk een extra argument om het besluitbegrip minder bepalend te maken voor toegang tot bestuursrechter.

**Ippel** denkt daar net zo over. De beperkte toegang tot de bestuursrechter komt steeds meer onder druk te staan. Het feit dat die discussie voorlopig nog niet is afgerond, zou de bestuursrechter er niet van moeten weerhouden ook te bekijken wat er gebeurd is in het voortraject.

**Berthy van den Broek** heeft een voorbeeld uit de afwikkeling van de mijnbouwschade in Groningen. Daar is een functie gecreëerd als onderdeel van het service-loket: de zaakbegeleider. Dat is een functionaris die mensen informatie geeft en helpt bij het invullen van hun aanvraag. Daarnaast heeft hij een signaleringsfunctie en kan hij doorverwijzen. Zou dit een voorbeeld kunnen zijn van de uitwerking van de zorgplicht?

**Ippel** bevestigt dat dit een mooi voorbeeld is. Het werkt niet altijd goed, bij de hersteloperatie toeslagenaffaire kregen mensen pas na twee jaar een zaakbegeleider. Wellicht is het een antwoord op de vraag van Ymre Schuurmans: geen advocaat als toevoeging, maar een zaakbegeleider.

## **Tweede deelsessie**

**Anoeska Buijze** memoreert dat Maurits Ippel tijdens de plenaire behandeling van de preadviezen zei dat het toch niet zo kan zijn dat de overheid slechter zorgt voor haar burgers dan een private ondernemer voor haar klanten. Buijze deelt het sentiment, maar klopt het? Voor een bank gaat het uiteindelijk om geld verdienen, maar de overheid behartigt het publiek belang, en dat kan soms vergen dat je de burger niet heel erg bij de hand neemt, omdat andere belangen zwaarder wegen. Is de positie van de overheid daardoor wel goed vergelijkbaar met die van private ondernemers?

**Maurits Ippel** zegt dat er bepaalde zaken zijn die de overheid sowieso moet borgen. Als je verwacht van burgers dat ze hun gedrag afstemmen op bepaalde regels, dan moet je hun daar ook toe in staat stellen. In beide gevallen is sprake van een bepaalde zorg van de machtige partij ten opzichte van de niet machtige partij. Ippel ziet dus niet dat de vergelijking mank zou gaan.

**Michiel Scheltema** beaamt dat. Hij geeft als voorbeeld banken die geen product mogen verkopen aan iemand van wie onzeker is of die de implicaties ervan begrijpt. Voor de overheid geldt bij het toekennen van een persoonsgebonden budget (pgb) hetzelfde. De overheid kan dat alleen doen als zij er zeker van is dat degene aan wie het wordt verstrekt, in staat is het te beheren.

**Buijze** reageert door te zeggen dat de antwoorden behulpzaam zijn om verder te denken over het verschil en de overeenkomst tussen de positie van de overheid en de private ondernemer.

**Scheltema** voegt aan zijn antwoord nog toe dat hij niet voor niets het voorbeeld van het pgb noemde. De overheid hoeft dat niet aan iedereen aan te bieden. Van belang is dat de overheid ervoor moet zorgen dat zij weet of degene aan wie zij het aanbiedt in staat is dat op een verantwoorde manier te gebruiken.

**Rob Widdershoven** stelt het verschil tussen twee- en driepartijensituaties aan de orde. Het preadvies lijkt sterk geschreven op tweepartijensituaties waarin de burger een armlastige is – en niet voor tweepartijensituaties met een zelfredzame burger en voor driepartijenverhoudingen. In dat soort situaties voorziet Widdershoven juridisering, omdat daar het risico bestaat dat burgers heel precies gaan kijken aan welke verplichtingen de overheid moet voldoen en dat in procedures bij de rechter gaan aanvoeren met als consequentie: meer juridisering, en precies bij de verkeerde groepen, die het niet nodig hebben te worden geholpen met een zorgplicht. De vraag is dus of je niet zou moeten differentiëren. Die vraag is ook van belang in het licht van de discussie over de interpretatie van artikel 6:11 Awb, over de verschoonbaarheid van termijnoverschrijdingen. Moet je niet meer variatie hebben in wat je van de overheid en van de burger eist, al naar gelang de groep waar je mee te maken hebt?

**Scheltema** antwoordt dat zorgplichten andere eisen stellen aan de overheid in twee- dan in driepartijenverhoudingen. Maar ze zijn niet zonder belang in driepartijenverhoudingen. Er zijn allerlei voorbeelden van gemeenten die erin slagen om in ruimtelijke geschillen met meerdere partijen, door in gesprek te gaan met partijen en hen met elkaar in gesprek te brengen, die geschillen tot een oplossing te brengen. Dat geeft aan dat ook in driepartijensituaties een zorgplicht van de overheid betekenis heeft.

**Ippel** geeft nog een aanvulling over driepartijensituaties. De manier om erover na te denken is dat het beginsel van de dienende overheid niet alleen is gericht op het individu, maar ook op de gemeenschap als geheel, en dat is in driepartijensituaties vaak aan de orde. Met betrekking tot de professionele partijen ten opzichte van burgers met minder doenvermogen is het gelijkheidsbeginsel van belang. Dat impliceert dat je differentieert in de zorg die je als overheid in verschillende situaties moet bieden. De ratio van de zorgplicht is een zekere afhankelijkheid van de overheid, en voor zover die in bepaalde driepartijenconstellaties in mindere mate aanwezig is dan in tweepartijenverhoudingen, heeft dat invloed op de invulling van de zorgplicht.

**Bert Marseille** vraagt aan Rob Widdershoven waar diens angst precies zit. Dat codificatie van de zorgplicht ertoe leidt dat daar allerlei commerciële bureaus op duiken, met een verdienmodel dat oneigenlijk gebruik van zorgplichten benut om de overheid klem te zetten?

**Widdershoven** zegt dat er een reële kans is dat dat gaat gebeuren. Een gevaar is dat door juridisering van het dienstbaarheidsbegrip allerlei mensen gaan profiteren die daar voor eigen gewin oneigenlijk gebruik van maken.

**Jaap Polak** zegt dat het preadvies hem voor tweepartijenverhoudingen aanspreekt, ook vanwege de vergelijking met het privaatrecht, maar dat hij, net als Rob Widdershoven, aarzelingen heeft bij de toepassing in driepartijengeschillen. In veel zaken die hij als rechter voorbij ziet komen, zie je dat derden, bijvoorbeeld bewoners van een wijk die een bepaald plan tegen willen houden, ongelooflijk goed zijn om daar alle mogelijke argumenten voor te vinden. Hij is bang dat een dienstbaarheidsbeginsel ervoor gaat zorgen dat ook argumenten worden aangevoerd in de trant van, 'bestuursorgaan, u had mij ook nog moeten wijzen op die en die verplichting, want daar was ik niet van op de hoogte'. Er is dus het risico dat dit soort driepartijengeschillen nog verder juridiseren, ten koste van het realiseren van de instrumentele functie van het bestuursrecht.

In reactie op de opmerking van Polak zegt **Scheltema** dat hij het probleem van het zand in de machine strooien ziet. Daar moeten we naar kijken, hoe daar een oplossing voor te vinden. Van belang is trouwens dat in het preadvies de verhouding overheid-burger ook meer vanuit het privaatrecht wordt bekeken. Dan kan het niet meer zo zijn dat je als burger de maatschappelijke zorgvuldigheid ten opzichte van iedereen in acht moet nemen, behalve ten opzichte van de overheid, omdat daar geen wettelijke grondslag voor zou zijn. Dat is niet meer aanvaardbaar. Juist omdat we afstappen van het legalistische beginsel dat alles in de wet moet staan, kan van de burger worden verwacht dat hij niet alleen zijn buurman met alle egards behandelt, maar ook de overheid. Om die reden kunnen er scherpere grenzen gesteld worden aan het handelen van de burger ten opzichte van de overheid.

**Leo Damen** zegt dat de ongeschreven burgerplichten waar Ippel en Scheltema het over hebben, een bepaald burgerbeeld impliceren. Met wat voor type burgers wil je rekening houden, en kun je op grond van ongeschreven burgerplichten tegen bepaalde burgers zeggen dat ze hun processuele mogelijkheden maar niet moeten benutten? En dan gaat het niet over die bureautjes, want het is terecht dat daar wordt gekeken hoe die juridisch van de weg gereden kunnen worden.

**Scheltema** zegt dat het burgerbeeld lange tijd te veel is geweest dat burgers per definitie in staat zijn rationele afwegingen te maken. Kijk je naar de uitvoering van de Participatiewet, dan zijn we steeds meer gaan ontdekken dat dat beeld niet reëel is. Dus moet je differentiëren. Als voorbeeld: wat doe je als een aanvraag onvolledig is? Als gemeente moet je dan kijken in hoeverre de betreffende burger hulp nodig heeft, en zo ja: wat voor soort hulp.

**Damen** reageert door te zeggen dat je dan op het klassieke leerstuk van de ongelijkheidscompensatie komt. Dat gaat ervan uit dat je ongelijkheid moet compenseren naar de mate van ongelijkheid. Damen hoort dat de preadviseurs ook zeggen.

**Scheltema** zegt dat dat één kant van de zaak is. Maar het komt ook voor dat de overheid op het punt van informatievoorziening ten opzichte van alle burgers tekortschiet. Ongelijkheidscompensatie kan dus onderdeel zijn van de zorgplicht: het vereist dat je differentieert tussen burgers.

**Renée van Bommel** vraagt zich af of je niet iets zou kunnen met het beginsel van misbruik van bevoegdheid. Dat wordt – terecht – heel streng ingevuld. Maar zou het toch niet mogelijk moeten zijn dat net wat sneller in te zetten?

**Ippel** zegt dat dat zou kunnen, maar hij wijst er ook op dat het een praktisch onmogelijke ambitie is om mensen die vanuit niet bonafide motieven procederen (bijvoorbeeld: ze willen geen asielzoekers in de buurt, maar zeggen dat ze tegen het bouwplan zijn vanwege hun uitzicht) volledig buiten de deur te houden, tenzij je heel erg gaat ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van mensen die zo'n procedure beginnen. Daar zou je van weg moeten blijven.

**Meike Pakkert** zegt dat ze aansloeg op een voorbeeld dat eerder op de dag werd gegeven dat als je uit een aanvraag kunt afleiden dat iemand laaggeletterd is, het voor de hand ligt dat je als ambtenaar de telefoon pakt. Maar dat kan toch sowieso – is het dan nodig om het wettelijk te regelen?

**Scheltema** zegt dat dat klopt, maar Maurits Ippel en hij hebben in het preadvies willen laten zien dat de overheid er te gemakkelijk van uitgaat dat iedereen wel zonder hulp met de overheid kan communiceren. Je ziet ook dat ambtenaren denken dat ze bepaalde dingen niet mogen (bijvoorbeeld: bellen met bezwaarmakers), omdat nergens expliciet in de wet staat dat dat mag. Om die houding bij de overheid op dat punt te wijzigen, kan het helpen om wat nu al mogelijk is, in wettelijke bepalingen te expliciteren, omdat dat kan bevorderen dat het ook daadwerkelijk gebeurt.

**Ippel** zegt dat hij het nog wat breder wil trekken. Bestuursorganen doen nu al veel aan informatievertrekking, zonder dat ze daar juridisch toe verplicht zijn. Informatieverstrekking, hulp, wordt vaak als iets vrijblijvends gezien, terwijl het een noodzakelijke voorwaarde is en het geen vrijblijvend karakter zou mogen hebben.

**Marleen van Dalen** vraagt wat in de visie van de preadviseurs het gevolg is als de overheid onvoldoende voldoet aan de verplichtingen die uit de zorgplicht voortvloeien. Zij zegt ervan uit te gaan dat als niet aan de materiële voorwaarden wordt voldaan, het niet voldoen aan een zorgplicht er niet toe kan leiden dat een aanspraak toch wordt gehonoreerd.

**Ippel** zegt dat verschillende situaties moeten worden onderscheiden. Zo kan de behoefte aan bijstand eerder ontstaan dan het moment dat de aanvraag wordt

ingediend, terwijl als hoofdregel geldt dat bijstand niet eerder wordt toegekend dan vanaf het moment van de aanvraag. Als een bestuursorgaan op dat punt niet voldoet aan zijn zorgplicht, waardoor de aanvraag pas wordt ingediend op een moment dat al lang en breed sprake is van behoefte aan bijstand, dan zou dat ertoe kunnen leiden dat de uitkering op een eerder moment dan het moment van de aanvraag moet worden toegekend. Bij arbeidsongeschiktheid kan het anders liggen. Er kan een situatie zijn dat je zegt: jij bent niet arbeidsongeschikt, maar we hebben te laat aan jou gemeld dat je geen recht hebt op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Dan kun je uiteraard niet een uitkering verstrekken, maar je zou misschien wel kunnen kijken of je iemand financieel moet compenseren, omdat sprake is van onrechtmatig handelen waardoor die aanvrager schade heeft geleden.

**Marseille** vraagt of de preadviseurs die kant op willen. Dat het niet voldoen aan een zorgplicht leidt tot procedures over schadevergoeding. Wordt het dan allemaal niet te veel gejuridiseerd?

**Ippel** zegt dat schadeplichtigheid, zeker in abstracto, de consequentie kan zijn als de overheid niet voldoet aan diens zorgplicht.

**Marseille** zegt dat hij het wel ingewikkeld zou vinden als de zorgplicht ertoe leidt dat allemaal discussies ontstaan over schade die het gevolg is van het niet voldoen aan die verplichting, nog los van de vraag hoe je vaststelt of sprake is van schade en zo ja, hoe veel die dan bedraagt.

**Ippel** antwoordt dat als je een zorgplicht afdwingbaar wilt maken, de consequentie kan zijn dat het niet voldoen aan een zorgplicht leidt tot een verplichting tot de vergoeding van de schade van degene die daar de dupe van is.

**Scheltema** zegt dat van belang is dat vragen over het wel of niet voldoen aan zorgplichten niet te veel in de juridische sfeer worden getrokken. Schadevergoeding is ook niet het eerste waar je aan zou moeten denken en het zou niet aantrekkelijk zijn als het bestaan van zorgplichten tot allemaal procedures over immateriële schade zou leiden. Maar als iemand reële schade heeft geleden doordat hij verkeerd of onvoldoende is voorgelicht door een bestuursorgaan, dan ligt het meer voor de hand dat de overheid de consequenties daarvan ondervindt dan de burger. Welke consequenties dat zijn, hangt af van de concrete situatie.

**Louis Honée** komt terug op het voorbeeld van de ambtenaren die niet wilden bellen omdat nergens in de wet staat dat dat mag. Dat is misschien een wat komisch voorbeeld, maar het laat wel zien dat een bepaald rechtstatelijk denken er bij die ambtenaren goed in zit. Als iets niet in de wet staat, dan mag je dat ook niet zo maar doen. Gaat een in de wet vastgelegde algemene zorgplicht die eist dat de overheid van alles moet doen en die ook kan leiden tot afwijkingen van de wet, niet in tegen allerlei rechtsstatelijke beginselen? Honée ziet daar wel een spanning.

**Scheltema** zegt dat er inderdaad een zekere spanning kan ontstaan. Een zorgplicht is echter niet zo maar iets aardigs, iets wat leuk is voor de burger, maar waar de

overheid verder niet heel sterk aan gebonden is. Het is een van de beginselen van de rechtsstaat. De zorgplicht houdt onder meer in dat de burger op de hoogte moet worden gebracht van zijn rechtspositie. Gebeurt dat niet, dan heeft dat consequenties. Dat de zorgplicht een rechtsstatelijk beginsel is, heeft ook gevolgen voor de invulling van andere rechtsstatelijke beginselen. Zo betekent het bestaan van een zorgplicht dat het vertrouwensbeginsel een wat andere en genuanceerdere toepassing zou moeten krijgen.

**Ippel** zegt dat een vraag is of de zorgplicht niet de deur openzet voor een soort paternalisme van de overheid, zo van: 'wij zorgen voor u, maar we gaan ook allerlei gegevens verwerken'. Er zitten zeker ook beperkende principes aan de zorgplicht en dat is met name wat benoemd wordt als het vrijheidsbeginsel. Zo moet de burger grip houden op informatie die over hem wordt verwerkt en hij moet op de hoogte zijn van wat er met zijn aanvraag gebeurt. Hij moet daar invloed op kunnen uitoefenen en betrokken worden bij bepaalde keuzes die die overheid naar aanleiding daarvan moet maken.

**Peter de Vrieze** vraagt zich af hoe het gelijkheidsbeginsel steviger kan worden verankerd in de Awb. Of is het een beter idee om dat juist niet te doen en het te laten bij een zorgplicht.

**Ippel** zegt dat de achterliggende norm bij het gelijkheidsbeginsel gelijke toegang tot het recht is, maar hij kan zich voorstellen dat je van een meer formele naar een meer materiële invulling van het gelijkheidsbeginsel gaat.

**Oswald Jansen** zegt dat hij tijdens de discussie moest denken aan het beginsel van de dienende overheid en dat bij hem de vraag opkwam of de individuele ambtenaar niet veel meer het aangrijpingspunt zou moeten voor het realiseren van de zorgplicht dan de overheid als institutie. De Uitvoeringsorganisatie Herstel Toeslagen (UHT) biedt een voorbeeld. De communicatie tussen overheid en burger vindt daar voornamelijk plaats door geautomatiseerde processen. Dat geldt bijvoorbeeld voor berichten over uitstel van besluitvorming. Het bericht dat de beslistermijn niet wordt gehaald, gaat vergezeld van een formulier dat de burger kan invullen om de overheid in gebreke te stellen en dwangsommen te laten verbeuren. De dienende overheid heeft de burger geautomatiseerd gefaciliteerd en vervolgens komen er duizenden procedures bij de rechtbank die alleen maar gaan over de formele aspecten van besluitvorming. Willen we daar naartoe? Of zou het intermenselijke contact met de ambtenaar meer centraal moeten staan?

**Scheltema** zegt dat in een aantal opzichten de ambtenaar het aangrijpingspunt zou moeten zijn. Ambtenaren spelen een cruciale rol bij de invulling van de zorgplicht. Dat neemt niet weg dat de burger in veel gevallen problemen met de overheid krijgt omdat de overheid zich versplinterd heeft georganiseerd. Dat kan de individuele ambtenaar niet oplossen. De risico's die dat met zich meebrengt, zouden niet bij de burger moeten worden gelegd.

**Marseille** vraagt hoe het voorbeeld van de UHT, die aanvragers faciliteert bij het gebruik van hun mogelijkheden de overheid in gebreke te stellen, zich verhoudt tot de zorgplicht. Wat eist de zorgplicht van de overheid als die te laat is? Eist de zorgplicht niets? Of dat de overheid de burger erop wijst dat hij de overheid in gebreke kan stellen? Of zelfs dat de overheid, als die er zeker van is dat de beslistermijn niet zal worden gehaald, proactief aan de burger de dwangsommen uitkeert die ze zou moeten toekennen als hij daarom vraagt? Of gaat dat laatste te ver?

**Ippel** zegt dat je als bestuursorgaan uiteraard het liefst tijdig wilt handelen. Dat lukt niet altijd. Het preadvies vraagt aandacht voor iets wat in het kader van feitelijke rechtszekerheid van groot belang is: grip op het proces. Daar denken wij meer aan als we denken aan dienstbaarheid, en het gaat wel heel ver om, als je als bestuursorgaan te laat bent, de burger te voorzien van een voorgevuld formulier om de overheid in gebreke te stellen. Dat gaat voorbij aan wat voor ons de kern van dienstbaarheid is.

**Tissa van den Akker** zegt dat haar ervaring als ambtenaar is dat het voor burgers in hun contact met de overheid enorm uitmaakt met wie ze spreken. Dezelfde burger kan aan haar een heel ander verhaal vertellen dan aan haar collega. En er zijn burgers die überhaupt geen contact met de overheid willen. Die spreken liever met een onafhankelijker iemand die voor hun dat contact kan verzorgen en hun informatie over hun rechten en plichten kan leveren. Zou het, als we burgers bescherming van de zorgplicht willen bieden, voor die burgers niet gemakkelijker moeten worden gemaakt een beroep te doen op bijstand in hun contact met de overheid? Bijvoorbeeld door een enigszins los van de overheid fungerende organisatie die als intermediair tussen burger en overheid op kan treden?

**Ippel** zegt dat hij bij de vraag van Van den Akker moet denken aan het concept van de *taxpayers advocate*, iemand die burgers kan begeleiden in fiscale geschillen. Maar het is de vraag of dat een model is dat altijd toepasbaar is. Als bestuursorgaan moet je dienstverlening bieden die is afgestemd op de persoon die je tegenover je hebt. Als er vervolgens een conflict ontstaat, dan zou je meer naar de onafhankelijke advisering toe moeten. Een voorbeeld van een model dat ook zou kunnen werken is dat van de zaaksbehandelaars, waar in de vorige sessie over is gesproken, die een zekere onafhankelijkheid hebben ten opzichte van de overheidsorganisatie waaraan ze verbonden zijn.

**Marseille** vraagt hoe de preadviseurs aankijken tegen het verband tussen de zorgplicht die zij voorstaan en de verzameling van de 22 behoorlijkheidsnormen waar de Nationale ombudsman mee werkt. Is wat de preadviseurs willen niet gewoon een-op-een een veralgemenisering van die behoorlijkheidsnormen?

**Scheltema** zegt dat het preadvies niet beoogt de gedachte naar voren te brengen dat de zorgplicht gelijkgesteld kan worden met de behoorlijkheidsnormen van de Nationale ombudsman. Het preadvies steekt het meer fundamenteel en rechtsstatelijk in. Aan de eisen van de rechtsstaat is niet voldaan wanneer de overheid niet aan

haar zorgplicht voldoet. Een behoorlijkheidsnorm klinkt toch eigenlijk minder dat je het echt moet doen dan normen die uit de rechtsstaat voortvloeien.

Doel is niet dat de zorgplicht juridisch wordt ingevuld. Maar het is geen vrijblijvende norm. Als er niet aan wordt voldaan, moet dat juridische consequenties kunnen hebben. Maar de nadruk moet wel liggen op zaken als het bieden van informatie aan burgers en het zoeken van oplossingen van problemen van burgers waar meerdere overheidsinstanties bij betrokken zijn.

**Ippel** noemt nog de rol van de bijzondere wetgever. De wetgever moet nadenken over hoe je normen kunt stellen die minder versplinterd geattribueerd zijn en die gemakkelijker uitvoerbaar zijn voor bestuursorganen. Lukt het om dat te realiseren, dan wordt de zorgplicht voor bestuursorganen ook makkelijker toepasbaar.



# Verslag van de deelsessies over het preadvies van Arre Zuurmond, Mariette Lokin en Trude Mulder<sup>1</sup>

Voorzitter: Juliette van der Jagt

Verslaglegger: Niels Smits

## Eerste deelsessie

Voorzitter **Juliette van der Jagt** heet de zaal en de preadviseurs welkom en stelt het programma van de deelsessie vast. Nut en noodzaak van de Algemene informatie-wet staat centraal tijdens deze deelsessie. Er is ook ruimte voor vragen en diepere discussies over het preadvies. **Fatma Çapkurt**, de recensente van het preadvies van Zuurmond, Lokin en Mulder, begint de sessie met een vraag: Om burgers integrale dienstverlening te kunnen bieden wil je bij verschillende domeinen persoonsgegevens kunnen koppelen en analyseren. Dat brengt wellicht ook een gevaar met zich mee: als je wettelijk legitimeert dat bestuursorganen gegevens mogen koppelen voor positief bestuurshandelen, kan dat ook voor negatief bestuurshandelen: handhaven. Hoe kunnen we hierin een balans creëren?

**Arre Zuurmond:** Ik gebruik een simpel model: ben je *rechthebbend*, ja of nee en krijg je waar je recht op hebt, ja of nee. Als de informatiepositie niet goed is, betekent dat, dat rechthebbenden niet krijgen waar zij recht op hebben en niet-rechthebbenden krijgen waar ze geen recht op hebben (de rode kwadranten, linksboven en rechts-onder). Daar moet je wat aan doen, het bestuur heeft altijd de plicht om hier onderzoek naar te doen.

	Rechthebbend	Niet-rechthebbend
Niet krijgen	Pro-Actie	
Krijgen		Herstellen

<sup>1</sup> Door omstandigheden viel niet steeds te herleiden wie tijdens de deelsessies bepaalde vragen hebben gesteld. Voor zover dat niet viel te herleiden, wordt de vragensteller aangeduid als 'een deelnemer aan de discussie' of 'een deelnemer', of wordt gesproken over 'een vraag uit de zaal'.

Een deelnemer aan de discussie merkt op dat er in dat geval veel meer waarborgen moeten komen.

**Zuurmond** geeft aan dat waar de overheid geld kan halen bij haar burgers, er een ontzettend goede informatiepositie is gecreëerd. Daar waar er moet worden betaald aan de burger, is het andersom. Als voorbeeld wijst hij op de regeling kwijtschelding gemeentelijke belastingen. Je moet als burger een aanvraag indienen om hiervoor in aanmerking te komen. Nadat deze aangevraagd is, controleert de Belastingdienst alle gegevens. Bij discrepanties wordt dat als fraude aangemerkt. Zuurmond is het met deze gang van zaken niet eens: in een dergelijk geval heb je als overheid aan uitlokking gedaan. Je hebt eerst 'domme vragen' gesteld (vragen naar informatie waarover overheidsorganen al beschikken) en hierdoor burgers in de situatie gebracht dat ze verkeerd kunnen antwoorden. Vervolgens ga je als overheid burgers beschuldigen van het feit dat ze verkeerd hebben geantwoord.

Een deelnemer aan de discussie stelt de vraag: Dit is in de keten. Zou het aanleiding kunnen zijn om te controleren bij andere toeslagen of fraude is gepleegd?

**Zuurmond** geeft aan dat het niet alleen in de keten is. Bij controles gebeurt dit iedere keer bij allerlei bronnen.

**Mariette Lokin** vervolgt: Het is belangrijk om onderscheid te maken tussen het delen van gegevens en het koppelen van bestanden. Als je proactief wilt handelen, dan kan een bestuursorgaan de gegevenspositie die het heeft over bepaalde personen, delen met een ander bestuursorgaan. Dat is heel wat anders dan een grote hoeveelheid bestanden met historische gegevens koppelen en daar patronen uithalen om potentiële fraudeurs op te sporen. We hebben het hier over de eerste situatie, niet over de tweede.

**Zuurmond** stelt voor om een Kruispuntbank naar het voorbeeld in België te creëren. Hij geeft aan dat de Kruispuntbank gegevens routeert van de ene overheidsorganisatie naar de andere, voor hergebruik. Dat hergebruik is wettelijk verplicht. Iedere gegevensstroom is getoetst: welke gegevens voor welk doel, is het noodzakelijk, is het veilig? Op die manier hebben ze heel stringent geregeld dat er democratisch toezicht is op de vraag: 'waar worden deze gegevens voor gebruikt?'. Zuurmond geeft daarbij aan dat als je gegevens nodig hebt van een ander orgaan om een fraudeonderzoek te doen, dat niet lukt als je daar geen grondslag voor hebt. Er is een wettelijk ingesteld comité dat gegevensuitwisselingen beoordeelt. Een dergelijk comité zouden de preadviseurs ook in de Algemene informatiewet willen opnemen.

**Lokin** licht toe: Wettelijke grondslagen voor verwerking van persoonsgegevens moeten er in België evengoed zijn. België is echter eerder begonnen om dit goed te regelen en heeft het ook goed geoperationaliseerd met een infrastructuur.

**Lokin** geeft aan dat de Algemene informatiewet een betere sturing op standaardisatie en de generieke voorzieningen faciliteert, die het idee van de Kruispuntbank

mogelijk maken. Lokin geeft aan dat wat in het preadvies beschreven is – een comité dat bij knelpunten in gegevensuitwisseling advies kan geven – overigens niet precies is hoe het bij de Kruispuntbank verloopt.

Een volgende vraag uit de zaal is: Is er ook iets te zeggen over de kosten van zo'n Kruispuntbank?

**Lokin** geeft aan dat de vraag is of je daarmee het gesprek moet beginnen. Zij zegt dat het vreemd is dat er zoveel discussies zijn geweest over kosten van de Woo, terwijl geld en tijd ook hadden kunnen worden besteed aan het op orde brengen van de informatiehuishouding. Lokin: Dus het is ook de vraag: waar wil je je tijd en geld aan besteden?

**Van der Jagt**: En misschien kan het ook wat opleveren? Je zult kosten moeten maken, maar uiteindelijk heb je er wel baat bij. **Zuurmond** en **Lokin** beamen dit.

**Lokin** geeft een voorbeeld over wat het naast de kosten ook kan opleveren: Je ziet dat organisaties als DUO, IND en de Belastingdienst allemaal hetzelfde partner-begrip gebruiken. Ze maken allemaal zelf opnieuw een analyse hoe ze dit partner-begrip gaan afleiden. Het is zonde én een gevaar als daar tussen organisaties toch verschillen in sluipen.

Vanuit de zaal komt een vraag over de Kruispuntbank waar je als burger in bezwaar gaat. Is dat bij de databank of bij de gemeente?

**Zuurmond** geeft aan dat bij elke beschikking gekeken moet worden op welke grond tot die beschikking is gekomen. Dat moet op dit moment ook. Gegevens zijn nu ook al gekoppeld.

De vragensteller vervolgt: Dus dat betekent dat de gemeente inzage krijgt in alle gegevens?

**Lokin** geeft aan dat de organisatie die het uitvoert de gegevens krijgt van de Kruispuntbank om vervolgens eventueel toe te kennen.

**Çapkurt**: Waar wil je precies rechtsbescherming tegen? Als je een voorziening niet hebt gekregen kan je bezwaar aantekenen. Voor het gebruik van onjuiste gegevens door het bestuursorgaan, kan je het bestuursorgaan niet verantwoordelijk houden. Dus daarvoor moet je bij de bronhouder zijn.

**Zuurmond** geeft aan dat de preadviseurs dat iets anders zien. Er is een voorziening, Meldpunt Fouten in Overheidsregistraties (MFO). Het MFO neemt de verantwoordelijkheid over zodat je als burger niet naar andere bestuursorganen moet. Het MFO dwingt het oorspronkelijke bestuursorgaan om gegevens te corrigeren.

**Çapkurt** merkt op dat juristen erg geneigd zijn te kijken naar het besluit. In het bestuursrecht kijken we eigenlijk weinig naar het proces van onrechtmatige

gegevensverwerking. In het kader van dienstverlening moet het bestuursorgaan de burger helpen om te zorgen dat de burger niet in de knel komt door de informatieve problemen van de overheid.

**Lokin** geeft aan dat je rechtsbescherming moet inbouwen in het proces, by design.

**Caroline Blokhuis:** Kan het niet zo zijn dat als je van een voorziening gebruik maakt, je dan als gemeente zelf de opdrachtgever bent en niet de verwerker?

**Lokin** is het hier mee eens en geeft aan dat die partij verantwoordelijk is voor de juistheid van dat gegeven. Het 'teruggooien' zou dan niet moeten kunnen.

Een deelnemer vraagt zich af of er niet al een mechanisme voor die uitwisseling is.

**Zuurmond** geeft aan van niet. In België spreken ze van attesten. Zo'n attest (bericht) heeft een juridische status en geeft de gebruiker van gegevens de bevoegdheid om te zeggen: 'ik ben hiervan uitgegaan dus het is goed'. In België is er voor 1 miljard aan administratieve lasten bespaard omdat die bewijsstukken niet meer in de dossiers hoeven. Zuurmond geeft hierbij aan dat het bovendien eleganter is om het aan de voorkant goed te doen.

Een deelnemer zegt de discussie iets breder te willen trekken: Tot nu toe hebben we het vooral gehad over de gegevensuitwisseling tussen bestuursorganen voor een bepaalde beschikking. Maar het betoog in het preadvies lijkt breder. Over het algemeen is een van de grote omliggende problemen: verkokering van informatiestromen en ook verkokering van welke informatie nodig is voor bepaalde processen. Ook verkokering in taken en bevoegdheden van bepaalde bewindspersonen ten aanzien van de informatievoorziening. Met betrekking tot de gegevensuitwisseling tussen bestuursorganen kan ik jullie goed volgen: je wilt een bepaalde integrale visie. Wat ik lastiger volg uit jullie betoog is de noodzaak voor een integrale visie voor de rest van de processen. Hoe hebben jullie dit afgewogen?

**Zuurmond** geeft aan dat er een verdeling is te maken in zes werkprocessen (beleid, uitvoering, toezicht, kennis, registratie en bedrijfsvoering). Elk werkproces heeft andere afspraken. Het idee van de preadviseurs is dat er een sturende bevoegdheid moet zijn om die afspraken na te komen. In het beleidsproces zijn de oplossingen anders dan in het uitvoeringsproces. Als voorbeeld: in het beleidsproces is er voor zowel een document als een gegeven een creator/user. Het document vliegt alle kanten op waardoor niet meer valt te reconstrueren wie of wat er mee gedaan is. Onze stelling is: houd documenten bij de bron en zorg dat diegenen die er iets mee moeten doen een link krijgen in plaats van een kopie, ten behoeve van de overzichtelijkheid.

De deelnemer zegt dat 'uitvoering van beleid' niet specifiek genoeg is.

**Zuurmond** geeft aan dat het bij het werkproces uitvoering gaat om vergunningen of uitkeringen. Deze zijn altijd gebaseerd op gegevensverzamelingen en het gaat altijd om grote aantallen.

**Frank van Tienen:** De informatiehuishouding moet op orde worden gebracht. Hoe kijken jullie naar de vraag van de handhaafbaarheid?

**Lokin** geeft aan hierbij naar de kant van de sturing te kijken. Het is niet nodig verschil te maken tussen beleidsproces of uitvoeringsproces. Sturing op het hoogste niveau is nodig om te zorgen dat die stappen gezet worden. Als voorbeeld noemt Lokin de IOS-nota 1988/1989, de probleemanalyse digitaliseren. Die analyse zie je terugkomen in alle stukken. Open op Orde en POK refereren hier ook aan, maar de realisatie komt er niet. Lokin: Er moeten interbestuurlijke gesprekken worden gevoerd over hoe we dit gaan doen, maar dit lijkt toch vrij ingewikkeld. Het is natuurlijk ook niet zo dat deze wet alles gaat oplossen, dat iedereen ineens gaat bewegen. Handhaving is een ingewikkeld gegeven. Het speelt zich namelijk op verschillende niveaus af. Je ziet ook dat de angst voor de handhaver leidt tot krampbeleid zoals bij verwerking van gegevens. Het kan ook in de weg zitten.

**Zuurmond** geeft aan: De wet is niet het enige wat we doen. We zijn ook bezig met specifieke architectuur voor elk van de werkprocessen rondom IHH. Voor het werkproces beleid zijn we bezig met 'de werkplek van de toekomst'. De huidige werkplek is hopeloos verouderd: er is geen samenhang en het bestaat uit verschillende applicaties en werksystemen. We willen de werkplek radicaal moderniseren, om ervoor te zorgen dat de professionals ook gefaciliteerd worden om Woo-by-design en Privacy-by-design en Archiving-by-design op een goede manier uit te kunnen voeren.

**Van der Jagt** vraagt aan de preadviseurs wanneer de informatiehuishouding op orde is en de doelstelling is bereikt.

**Zuurmond** legt uit dat informatiehuishouding een permanent proces is en blijft. Zuurmond betoogt, met een knipoog, dat het woord 'huishouding' daarom misschien niet per ongeluk is gekozen. Ook wijst hij erop dat we van een reactieve overheid naar een proactieve overheid moeten.

**Lokin** voegt daaraan toe dat geprobeerd kan worden een soort basispositie te creëren. Lokin: Binnen nu en zoveel jaar willen we bepaalde functies geïmplementeerd hebben. Wanneer is de informatiehuishouding op orde is iets zoals 'wanneer zijn we AVG-proof?'. Dat is ook nooit een momentopname.

Een deelnemer vraagt: Is het een optie om ervaringen uit andere landen te gebruiken en op kleine schaal uit te proberen?

**Zuurmond** geeft aan dat dit zeker een optie is. Zuurmond: Belgen en Denen hebben op sommige punten een goede informatiepositie. Maar: een prachtig huis in België

kan je niet zomaar in Nederland neerzetten. Sommige concepten kunnen niet worden overgenomen, maar we kunnen wel leren van deze concepten.

**Lokin** vervolgt dat voor het Kruispuntbank-concept het idee is dat hiervoor twee regelingen in beginsel worden uitgewerkt. Wellicht binnen de kaders van de SUWI-keten.

**Roel de Lange:** Staatsrecht is een design-vak. Je moet juristen leren om als ontwerpers te denken, en als architecten. Dat zie ik jullie doen. Dus het is interessant om te kijken: wat zijn de *best practices*?

**Zuurmond:** En bij design moet je ook nog nadenken: ga ik van de huidige situatie uit en ga ik daar design op loslaten, of ga ik van de gewenste situatie uit en laat ik daar het design op los? Wij proberen dat laatste.

**Van der Jagt** brengt de discussie over de Algemene informatiewet terug naar het thema: 'Wat is de nut en/of noodzaak van een Algemene informatiewet?'

**Karin Schreuder** heeft daarbij een vraag: Is het niet een kunstgreep om naar een Algemene informatiewet als instrument te grijpen? Het lijkt heel aantrekkelijk, maar het gaat erom dat de informatiesystemen die er al zijn beter op elkaar aansluiten en wellicht een groot systeem voeden. Het is wellicht een verlegenheidsoplossing.

**Zuurmond** reageert: We hebben een federatief beeld, maar vanuit eenzelfde concept. Je hebt een vorm van standaardisatie nodig (dat is niet hetzelfde als centralisatie), om een infrastructuur te krijgen die interoperabel is.

**Schreuder** vervolgt: Wat ik net hoorde over de Kruispuntbank en het niet opnemen van achterliggende documenten waarop feitelijke informatie gebaseerd is vind ik moeilijk. Dan krijg je een gegeven waar 'Kruispuntbank' op staat. Moet je dat dan maar aannemen? Dat voelt niet goed.

**Zuurmond** geeft daarbij aan dat bij grote complexe systemen sowieso meer systeemtoezicht is en dat daarbij niet iedere individuele casus te controleren valt.

**Schreuder** reageert op Zuurmond: Maar dat is dus wel de taak van een rechter.

**Zuurmond** vervolgt en geeft aan dat het nog maar de vraag is of het op termijn de taak van de rechter is. **Zuurmond:** De rechter kan zeggen: ik wil wel dat u een goed systeem en systeemtoezicht hebt, omdat ik anders niet kan nagaan of de uitkomst van de individuele casus goed is. Het staat u natuurlijk vrij om de onderliggende documenten op te vragen, die documenten zijn er namelijk wel. Maar voor een massaal proces is het niet efficiënt en onverstandig om te doen.

**Esther Nijhof:** Wat het probleem nu vaak is als het gaat om toezicht: met alleen systeemtoezicht kom je in een situatie van POK.

**Zuurmond** vult aan: Systeemtoezicht is niet het enige, casuïstiek hoort hierbij. Ook onafhankelijke partijen die zaken aan de orde kunnen stellen horen hierbij. Bovendien, buiten de Kruispuntbank kan je terug naar oorspronkelijke stukken. Het punt is: je moet dat niet binnen massale processen doen.

**Nijhof** merkt op dat er op dit moment al een inzage- en correctieverzoek kan worden gedaan.

**Zuurmond:** Je kan dat doen, maar in België log je in en dan staat het er. Je hebt dus geen inzageverzoek nodig.

**Nijhof:** Het recht is er dus in principe al.

**Lokin** geeft daarbij aan dat je niets aan het recht hebt. **Lokin:** Je hebt wel iets aan een plicht voor de overheid. Hiervoor is een wezenlijk andere inrichting van de informatiehuishouding nodig. Dat is de crux van de wet: we creëren dat de rechten en plichten geldend te maken zijn.

**Nijhof** voegt toe: Een plicht van de overheid komt voort uit rechten van de burgers. Het recht is er dus, maar de uitvoering moet dus beter.

**Zuurmond** beaamt dit en geeft daarbij aan dat de voorzieningen voor de uitvoering van die rechten beter moeten.

**Çapkurt:** De kracht van deze wet is dat de overheid de informatie moet gebruiken om de burger te dienen. Ik denk dat bestuursorganen zich nu afvragen of er een bevoegdheid is om een verwerking te verrichten, en zo niet dan doen ze de verwerking niet. Çapkurt zet haar argument kracht bij door een voorbeeld over de AIO, de aanvullende inkomensvoorziening ouderen, te geven. Er zijn op dit moment 50.000 ouderen die geen gebruik maken van die voorziening. De SVB kan die ouderen niet benaderen, omdat ze geen inkomensgegevens heeft. UWV heeft die gegevens wel. Echter, de gegevens worden niet uitgewisseld omdat er geen grondslag voor uitwisseling is.

**Zuurmond** geeft aan dat daar ook zijn boosheid zit omdat hij als oud-Ombudsman van Amsterdam de negatieve effecten van overheidshandelen gezien heeft.

**Çapkurt:** De Awb gaat uit van een burger die een aanvraag doet. Als je niet weet dat je ergens recht op hebt, dien je geen aanvraag in.

**Zuurmond:** Het is soms eigenlijk echt te gek dat we die aanvraagverplichting in sommige regelingen hebben afgesproken. Dat hadden we echt anders kunnen doen.

**Helen Hukshorn** vervolgt de discussie: Hebben jullie een idee hoe ver de Algemene informatiewet gaat waar het het verplicht opleggen van standaarden betreft?

**Lokin** geeft aan dat wordt aangesloten bij de Wet digitale overheid, waar dit is geregeld.

**Hukshorn:** Wordt dan eerst een overkoepelende architectuur geregeld en doe je dat binnen andere wetgeving die daaronder is geregeld?

**Zuurmond** geeft aan dat dit gedeeltelijk ook sectoraal gebeurt. Er moet door BZK wel op een gemeenschappelijke infrastructuur worden gestuurd, maar niet op de inhoudelijke keuzes van die sectoren. In België zijn er verschillende kruispuntbanken voor verschillende sectoren, met de standaarden die voor de sectoren gelden.

Gelet op de tijd sluit **Van der Jagt** de sessie af en bedankt de preadviseurs en alle deelnemers.

## **Tweede deelsessie**

Voorzitter **Juliette van der Jagt** heet de zaal en de preadviseurs welkom en stelt het programma van de deelsessie vast. Nut en noodzaak van de Algemene informatiewet staat centraal tijdens de deelsessie. Er is ook ruimte voor vragen en diepere discussies over het preadvies.

**Fatma Çapkurt** start de sessie: Aan de informationele zorgplicht van de overheid ligt transparantie van overheidsinformatie ten grondslag. Wat vinden jullie als preadviseurs van de transparantieverplichting van de overheid en haar invulling hiervan op dit moment? Hierin vind ik ook interessant: de algoritmeregisters. Is de informatie ook begrijpelijk en toegankelijk voor alle doelgroepen?

**Mariette Lokin** merkt op dat de wijze waarop algoritmes nu worden gepresenteerd in het algoritmeregister, niet bijdraagt aan transparantie. Er staan beschrijvingen in van wat organisaties doen, maar een algoritme is er niet in te ontdekken. Voor individuele burgers heeft het weinig toegevoegde waarde. Het idee van transparantie is goed, maar er moet in het proces van het ontwikkelen van ICT gezorgd worden dat algoritmen traceerbaar zijn naar wetgeving. Dan kun je, volgens Lokin, ook echt uitleggen hoe een geautomatiseerd besluit tot stand is gekomen en kun je als het ware een 'algoritmeregister op maat' realiseren.

**Arre Zuurmond** voegt daaraan toe dat het algoritme transparant moet zijn in de besluitvorming, maar ook het onderscheid tussen data en algoritme. De overheid moet aangeven: dit zijn de gegevens die wij gebruikt hebben en dit zijn de uitkomsten die dat oplevert. Verder zou de burger de algoritmes ook moeten kunnen betwisten.

**Çapkurt** voegt toe dat Zuurmond op heel veel verschillende niveaus het over algoritmes heeft, en ook over 'right to challenge'. De burger kan en mag de overheid uitdagen. Çapkurt: Maar er zijn natuurlijk weinig burgers die deze algoritmes kunnen of willen controleren. Ik zou zelf niet eens algoritmes die de Belastingdienst inzet durven te betwisten.



**Zuurmond** geeft aan dat als je informatie of algoritmes transparant maakt, er altijd een groep is die het helemaal doorgrondt en die de confrontatie wel wil aangaan.

Een andere deelnemer stelt: Volgens mij moet je de wetgever gaan challengen: er is behoefte aan simpele regels. Moeten we niet terug naar de wetgever en automatiseren?

In reactie hierop zegt **Marte van der Loop**: Dan wordt de wetgeving belangrijker dan het doel waarvoor je wetgeving maakt.

**De deelnemer** legt uit dat hij bedoelt dat wanneer je algoritmes gaat maken en de wetgeving niet goed is, er een grote brij ontstaat met automatiseren.

**Zuurmond** vraagt zich af of er niet een veel radicalere keuze moet worden gemaakt. Een zekere mate van harmonisatie zou ook al veel doen.

**Van der Loop** reageert op Zuurmond: Als je begrippen gaat harmoniseren om die reden, raak je nuances kwijt. We moeten er geen zelfstandig beginsel van maken.

**Zuurmond** reageert daarop door te zeggen dat sommige begrippen steeds net anders worden gedefinieerd. Daarin heb je een zekere mate van standaardisatie nodig. Dus van een begrip met zestig componenten naar elf componenten bijvoorbeeld. Dat is volgens Zuurmond al overzichtelijker.

**Annemarie Drahmman**: Wat zou de reikwijdte van de informatieve zorgplicht kunnen zijn? Zou die zorgplicht niet verder kunnen gaan? Een zorgplicht ten aanzien van het creëren van informatie om aan de informatiebehoefte van de burger te voldoen en de burger hierin te voorzien?

**Lokin** geeft aan een beetje legis-centrisch te zijn. Lokin: Wat mij betreft moet de informatiehuishouding meebewegen met de burger en dat bepaalt de informatieve zorgplicht.

**Zuurmond** geeft aan hierin veel verder te willen. Zuurmond: Het gaat eigenlijk veel verder dan de vraagstukken tussen overheid en burger. In dit geval gaat het ook over relaties tussen burger en bedrijf, het maatschappelijke verkeer.

**Drahmann** vervolgt: Als je naar Nederlandse wetgeving kijkt dan heeft de burger recht op informatieobjecten. Dit is meestal in de vorm van documenten. Als de burger een aanvraag doet, krijgt hij 40 à 50.000 pagina's zonder enige toelichting. Wat is hierin een informatieve zorgplicht?

**Zuurmond** geeft aan dat hij blij is met de huidige staatssecretaris Digitalisering en Koninkrijkrelaties. De staatssecretaris investeert in IDO's: informatiepunten digitale overheid. Wie informatie en hulp zoekt bij het omgaan met de digitale overheid kan daar terecht.

**Pieter Ippel** heeft een vraag over burgerperspectief: Je zou een goed samengestelde burgerraad kunnen hebben om mee te praten. Wat is jullie mening daarover, hebben jullie iets aan burgerraadpleging?

**Zuurmond** zegt dat dit een belangrijke vraag met kanttekeningen is. Belangrijk omdat je het voor de burgers doet en omwille van de transparantie. Bij de paradigmatische vernieuwingen die de preadviseurs voor ogen hebben, is de kans klein dat ze die uit een burgerraadpleging halen, geeft Zuurmond aan.

**Ippel** geeft aan dat dit een technocratische benadering is. Ingewikkelde zaken worden vaker aan burgerraadplegingen voorgelegd en daar komen soms verrassende dingen uit.

**Zuurmond** reageert instemmend: Dan heb je het over de uitkomsten en de gevolgen. Maar de wiskundige modellen, onder de motorkap, zijn voor de meeste mensen niet meer te volgen.

**Ippel** vervolgt: Ik ben voor IDO's. Hebben jullie daar ook over nagedacht? Regelen jullie niet alleen zaken onder de motorkap, maar ook de chauffeur?

**Lokin** geeft aan dat de preadviseurs in de Algemene Informatiewet niet gaan uitschrijven wat toegankelijkheid is en hoe dat er precies uit zou moeten komen zien, maar zij denkt wel dat je met verschillende uitvoeringsorganisaties en bestuurslagen, maar ook burgerpanels, het gesprek moet voeren en vragen wat er precies nodig is binnen dit domein. Alleen dan kan er geleverd worden. Maar ook: hoe wil de burger de informatie dan ontvangen? Hoe ziet dat eruit: is het een app of kan een burger iemand bellen? Dit regelt de Informatiewet niet, maar er kan wel een richting worden gegeven aan het bestuur, geeft Lokin aan.

**Zuurmond:** Ik organiseer keukentafelsessies overal in het land, over onderwerpen die te maken hebben met de verbetering van de informatiehuishouding binnen de overheid en de verbetering van de informatiepositie van burgers. Ook de Algemene Informatiewet is daar aan de orde gekomen.

**Kaspar Scheltema** gaat door over proactieve dienstverlening: Hoe zouden we de burger meer kunnen ontzorgen? Hoe zouden we bestuursorganen kunnen verleiden om vanuit de gemeente toegang te kunnen geven tot de instanties waar zo'n persoon mee te maken heeft? Je wil advies op maat bieden, hoe richten we dit in? Biedt de huidige wetgeving daar genoeg ruimte voor?

**Zuurmond** geeft aan dat hij denkt dat daar nog wel iets voor nodig is: een 'geenloket'-benadering (proactieve dienstverlening). Daarmee kan het niet-gebruik van regelingen drastisch worden gereduceerd. Een tweede lijn is een individuele dienst, individuele casussen laten oplossen. Het Instituut voor Publieke Waarden (IPW) heeft een instrument opgezet: een multiprobleemvoorziening door casemanagers. Deze managers moeten namens alle overheidsorganisaties een gezamenlijk antwoord kunnen geven aan de burger.

Om dienstverlening volautomatisch te kunnen laten draaien zou de Awb moeten worden aangepast en is er informatiekundig een enorme verandering nodig.

**Sebastiaan Hamans** stelt een vervolgvraag: Zorgplicht werkt ook horizontaal, in die zin dat bestuursorganen ook aan elkaar veel meer informatie moeten ontsluiten. Moeten bestuursorganen niet eerst bij 'collega'-bestuursorganen langs voordat er een besluit wordt genomen?

**Zuurmond:** In zekere mate is die 'horizontaliteit' nodig, maar wel maatwerk gebonden.

**Jan Willem Severijnen** reageert op het voorgaande: Er werd net gezegd dat het aanvraagbegrip uit de Awb zou moeten worden gehaald. Dat is echter niet nodig omdat ook ambtshalve besluiten kunnen worden genomen.

**Lokin** reageert daarop door te nuanceren dat het aanvraagbegrip niet per se uit de Awb moet worden gehaald. Ze geeft aan dat het op dit moment een aanvraagparadigma is.

**Çapkurt** wijst in dit verband op de AIO, de Aanvullende inkomensvoorziening ouderen. Er zijn op dit moment 50.000 ouderen die geen gebruik maken van deze voorziening. De SVB kan die ouderen niet benaderen, omdat men daar de inkomensgegevens niet heeft. Het UWV heeft die gegevens wel. Echter, de gegevens worden niet uitgewisseld omdat er geen grondslag voor uitwisseling is. Çapkurt stelt vervolgens: Volgens mij moet je in dit soort gevallen denken: wat is hierin de specifieke zorgplicht van de overheid?

**Lokin** geeft aan dat moet worden gezien of we in de UAVG een basis kunnen maken voor het delen van gegevens, waarin proactiviteit wordt gezien als verenigbaar doel. Volgens mij moeten we daar een voldoende grondslag creëren voor hergebruik van gegevens voor dat doel.

**Çapkurt** geeft aan dat wellicht niet voor iedere gegevensdeling een wettelijke grondslag nodig is, maar dat de gegevensdeling ook gebaseerd kan zijn op wederzijdse wettelijke bestuurs- en besluitbevoegdheid.

**Reinier van Zutphen** geeft aan dat er naar een 'way-out' wordt gezocht. Volgens Van Zutphen moet een proactieve houding kunnen en is de terughoudendheid gebaseerd op denken dat niets mag: we moeten kijken naar wat wel kan en grenzen opzoeken.

**Zuurmond:** Ik denk dat we dat ook als morele plicht moeten zien als overheid.

**Van Zutphen** stemt hiermee in: Er zijn nu situaties waarbij twee regelingen tegen elkaar in kunnen werken, wel zeven jaar lang. Het actief brengen bij de mensen wat er mogelijk is, zoals in het preadvies uiteengezet, is de grootste verandering.

**Zuurmond** geeft aan dat weigeren van gebruik van regelingen altijd mag en kan. Zuurmond: Voor een proactieve overheid is het nodig dat de informatiehuishouding op orde is, de informatiehuishouding moet naar een veel hoger niveau dan het nu is. We moeten hier niet mee wachten, maar gaan doen.

**Nina Bontje:** Hoe denken jullie over multischuldenproblematiek binnen deze casus? Het delen van gegevens en informatie tussen organisaties die te maken hebben met het innen van schulden: is dat 'proactieve dienstverlening' of krijg je dan te maken met een hele grote groep mensen die zegt dat dit privacyschending is?

**Lokin** legt uit dat een systeem zo zou kunnen worden ingericht dat er een vraag aan andere organisaties wordt gesteld: kennen jullie deze persoon, ja of nee. Een 'hit-system'. Als blijkt dat deze persoon bekend is, dan kan je afstemmen 'hoe gaan we dit doen?' Lokin: Het kan wel stigmatiserend werken, dat is het dilemma.

Een deelnemer aan de sessie gaat hierop door: Wat wordt vergeten is dat zulke mensen vaak door tien organisaties achterna wordt gezeten.

In reactie daarop geeft **Zuurmond** aan dat het ontwerp is (en moet zijn) dat er één belletje moet worden gepleegd, in plaats van tien.

De deelnemer aan de sessie concludeert dat de regiefunctie dus ook belangrijk is.

**Van der Jagt** brengt de discussie over de Algemene informatiewet terug naar het thema: Bent u voor of tegen een Algemene informatiewet en wat is de nut en/of noodzaak?

**Van der Loop** stelt dat met het voorstel voor een Algemene informatiewet energie wordt gestopt in de verkeerde zaken: met de Woo zijn we ook lang bezig geweest en die wordt niet nageleefd. Waar zitten de belemmeringen om de Woo na te leven?

**Zuurmond** geeft aan dat het ontbreekt aan instrumentarium en sturing. De sturingscapaciteit moet worden versterkt zodat de Woo-procedures sneller kunnen.

**Van der Loop** geeft aan dat een visie ontbreekt bij BZK. Het Meerjarenplan was bedoeld voor de hele overheid, zodat van elkaar geleerd kon worden. Het had al lang af moeten zijn, nu zit men in een afwachtmodus.

**Zuurmond** antwoordt: We moeten zorgen voor implementatie. De Algemene informatiewet is een van de instrumenten. Zuurmond geeft aan ook bezig te zijn met een zestal architecturen voor zes verschillende archetypes/werkprocessen. Ook wil hij graag het Kruispuntbankconcept implementeren. Zuurmond geeft aan dat de wet nodig is ten behoeve van de sturingscapaciteit.

**Frank van Ommeren** gaat dieper in op de functie van de Algemene informatiewet: Wat wil je in die wet regelen, wat is hard nodig? Waarom kan dat niet in een bestaande wet? Behoeft aan algemene wetgeving zie ik niet meteen en een

algemene wet tot stand brengen is bovendien veel moeilijker dan het realiseren van specifieke wetgeving.

Een deelnemer vult aan: Waar zitten de lacunes die we zoeken om de informatieve zorgplicht in te vullen?

**Lokin** geeft aan dat de lacune vooral in informatiedeling zit, in grondslagen (gegevensbescherming, AVG). Lacunes zitten ook in het feit dat informatie vaak praktisch moeilijk deelbaar is door systemen die niet op elkaar afgestemd zijn. Lokin: Voor mijn gevoel zijn de verschillende wetten niet tegenstrijdig, maar er zitten andere belangen onder en die moeten nu eenmaal afgewogen worden. Eén grote wet is ook geen oplossing, want dat neemt de complexiteit niet per se weg, dat laat bijvoorbeeld de Omgevingswet zien. De afweging van belangen, bijvoorbeeld van openbaarheid en privacy, moet je dan ook nog steeds maken.

**Zuurmond** vult Lokin aan: De VNG heeft aangegeven dat, waar het gaat om toezicht, ze last hebben van het feit dat er aparte wetten zijn. Daar schijnen tegenstrijdigheden te zijn die tot veel administratieve last leiden. Ik begon mijn betoog vanochtend met: als je beleid wilt uitvoeren heb je vier instrumenten nodig. Bevoegdheden, geld, personeel en informatie. Voor drie van de vier middelen bestaan algemene wetten. Voor informatie niet.

**Van Ommeren** wijst op de Comptabiliteitswet.

**Lokin** vindt dit een goed voorbeeld: De begrotingscyclus is in de Comptabiliteitswet heel strikt geregeld, de positie van de minister van Financiën is heel sterk. Dat is haast zo vanzelfsprekend dat niemand die wet kent.

**Zuurmond** beaamt dit: De positie van de minister van Financiën is sterk ten aanzien van de financiële functie, maar de positie van de minister van Binnenlandse Zaken ten aanzien van informatie schiet echt tekort.

**Van Ommeren:** Is daar een grote algemene wet voor nodig? Waarschijnlijk kan je dit ook ergens regelen in bestaande specifieke wetten of regelingen.

**Lokin** geeft aan: Als het om toekenning van overheidsbrede bevoegdheden voor sturing gaat, moet het wel een algemene wet zijn. Wat ik me nog wel kan voorstellen is dat wat je hier regelt voor de informatiehuishouding (onder de motorkap) samenvoegt met de wetgeving voor de digitale overheid (WDO).

**Van der Jagt** geeft aan dat de tijd om is en bedankt de preadviseurs en de deelnemers van de tweede deelsessie.

# Verslag van de deelsessies over het preadvies van Anna Collignon

Voorzitter: Rolf Ortlep

Verslaglegger: Mike Winterwerp

## Eerste deelsessie

**Rolf Ortlep** heet iedereen welkom en zegt dat de vraag van Gerrit van der Veen, die plenair is gesteld, nog behandeld moet worden.

**Anna Collignon** behandelt de tweede vraag van Gerrit van der Veen. De vraag luidt: wat als er onder de Omgevingswet een bedrijf is dat nieuwe inzichten krijgt in de schadelijkheid van stoffen die al zijn vergund, bestaat op basis van de zorgplicht dan een plicht om daar actief op te handelen als je als bedrijf doorhebt dat sprake is van andere schadelijke gevolgen dan je van tevoren had ingeschat?

**Gerrit van der Veen** geeft aan dat dat inderdaad zijn vraag is.

**Collignon** ziet de zorgplicht zo, dat door middel van het stelsel van aanpassingen van vergunningen tot wijzigingen kan worden gekomen. Maar wat als het bedrijf die kennis heeft en de overheid niet? Dan meent Collignon dat de zorgplicht alleen zou moeten zien op de informatieverschaffing. Zij meent niet dat er achteraf gehandhaafd kan worden op het feit dat geen maatregelen zijn getroffen.

**Van der Veen** denkt dat uit de huidige wet volgt wat Collignon zegt, maar stelt dat het nog maar de vraag is of je je als bedrijf mag blijven beroepen op vergunningvoorschriften en dus blijft dan de vraag overeind of er geen bredere reikwijdte gaat komen voor de zorgplicht in de Omgevingswet. Hiervoor zijn ook aanknopingspunten te vinden in de toelichting op de wet.

**Collignon** stelt dat die aanknopingspunten helder in de toelichting te zien zijn, maar dat in de huidige regels vergelijkbare aanknopingspunten zijn, die uiteindelijk niet zo zijn uitgelegd. Zij ziet voldoende aanknopingspunten om, net zoals in het huidige recht, lichtelijk voorbij te gaan aan de toelichting gelet op de rechtszekerheid.

**Renée van Bommel** vraagt zich het volgende af: stel dat in het Nederlandse recht iets nog niet is geregeld, maar vanuit het Europees recht komen er richtlijnen aan

waar verdergaande normen in zijn opgenomen en het bedrijf doet niets. Zou dan nog een aanvullende werking van de zorgplicht kunnen gaan gelden?

**Collignon** stelt dat dat in theorie een mooie vraag is, maar we een verfijnd stelsel kennen. Als het gaat over andere regels dan: (1) richtlijnen die al omgezet moeten worden of (2) ontwikkelingen binnen de best beschikbare technieken, dan bestaat al een plicht om dat binnen vier jaar te implementeren.

**Sander Kole** vraagt het volgende: als enkel de civielrechtelijke norm daadwerkelijk wat kan betekenen – mede door de overgangstermijnen in het publiekrecht – leidt dat er dus toe dat bijvoorbeeld Greenpeace (met een collectieve actie) zou moeten handhaven?

**Collignon** stelt dat er ook veel goede redenen kunnen zijn voor een overgangstermijn, zo kan een mogelijkheid worden geboden voor bedrijven om zich aan te passen. Als bedrijven dan extra vervuilen, binnen het kader van de toegestane activiteiten, begrijp ik dat daar veel over te zeggen valt. Zelf is zij van opvatting dat dat dan wel zou moeten mogen.

**Jan Reinier van Angeren** vraagt zich af of het antwoord van Collignon systematisch is in te bedden in wat Rogier Stijnen heeft gezegd in de plenaire sessie: in het financieel recht is het anders, daar krijg je een vergunning als je aan bepaalde voorwaarden voldoet, de normen staan dan in de wet. Daar past dan wellicht wel in dat je zorgplichten strikter hanteert. In de Omgevingswet staan de zorgplichten in de vergunning en daarom vraagt dat om een andere benaderingswijze.

**Collignon** ziet het niet zo dat je de kapstok van de vergunning hebt en de zorgplicht daaronder, zoals Stijnen stelde. In het omgevingsrecht heb je de vergunning en daarnaast nog een zorgplicht.

**Renée van Bommel** vraagt zich af hoe het hebben van een specifieke en algemene zorgplicht zich verhoudt tot de rechtszekerheid. Waarom treedt de een wel terug en de ander niet?

**Collignon** meent dat er aanknopingspunten zijn om omwille van de rechtszekerheid de algemene zorgplichtsnorm terug te trekken.

**Annemarie Drahmman** vraagt zich af of een bedrijf wel passief kan blijven stilzitten als het bedrijf de kennis heeft dat producten ziekmakend zijn; zou er niet een minimale zorgplicht moeten zijn om in zo'n geval de overheid actief te informeren?

**Collignon** kan zich goed voorstellen dat met informatieverplichtingen wordt gewerkt, maar dat is wat anders dan actief bepaalde maatregelen treffen. Het hele idee van activiteiten is dat ze schadelijk kunnen zijn en dat we die gevolgen in bepaalde mate acceptabel achten. De vraag is waar de grens ligt en in hoeverre je daar actief op moet acteren als bedrijf, terwijl er een individuele afweging is gemaakt dat die effecten aanvaardbaar zijn. Daarnaast kunnen we het hebben over

nieuwe kennis, volgens mij zit het dan vooral in de slagkracht van de overheid om de vergunning aan te passen. Informatie is vaak al bekend bij de overheid. Het stelsel zoals we het nu kennen met aanpassen van de vergunningen zou leidend moeten zijn.

**Jaap Polak:** onder de nieuwe wet zou handhaving weinig tanden hebben, Gerrit van der Veen denkt dat dat onder omstandigheden anders kan. Bij Maurits Ippel en Michiel Scheltema is de zorgplicht veel omvattender, terwijl Anna Collignon een klassieke rechtszekerheidsbenadering heeft: als normen niet hard zijn, mag je niet handhaven. De vraag wordt gesteld of Collignon het fundamenteel oneens is met de wijze waarop door Maurits Ippel en Michiel Scheltema invulling wordt gegeven aan de zorgplicht of dat het verschil is, dat het hier om het driepartijenbestuursrecht gaat, terwijl het bij Michiel Scheltema en Maurits Ippel om het tweepartijenbestuursrecht gaat.

**Collignon** denkt dat juist als de zorgplicht voor een ander dan de overheid geldt, daar de botsing met de rechtszekerheid kan ontstaan. Als je als overheid een zorgplicht hebt, strekt dat zich ook uit tot het schetsen van de duidelijke normen voor rechtssubjecten.

**Claes van Deutekom** vraagt zich af hoe de praktijk omgaat met de handhaving van een eventuele zorgplicht, voordat het bij de Afdeling komt.

**Collignon** werpt op dat in de huidige praktijk ook zorgplichten bestaan, bijvoorbeeld de mogelijkheid om maatwerkvoorschriften voor te stellen op grond van het Activiteitenbesluit. Dat kan onder de Omgevingswet straks ook, dan kan een discussie worden gevoerd over de voorschriften en zit men niet direct in de handhavingssfeer.

**Tissa van den Akker** is benieuwd hoe gereageerd zou moeten worden als iemand een handhavingsverzoek indient gestoeld op een open norm.

**Collignon** stelt dat de eerste vraag is of de norm überhaupt is geschonden. De volgende vraag, hoe je zou moeten reageren, ziet eigenlijk op de vraag hoe je kan handhaven op iets dat al is toegestaan. Eerder is er immers al een vergunning verleend. Het druist tegen de rechtszekerheid in om dan via handhaving de activiteit te verbieden.

**Van der Veen** constateert dat de basiszorgplicht van artikel 1.6 en 1.7 heel erg vaag is. Moet het bestuur niet gaan uitleggen wat de zorgplicht is? Zou het in dit kader te overwogen zijn om minder rigide te worden voor de doctrine van het besluitbegrip?

**Collignon** sluit zich hierbij aan. Het enkele feit dat er vervolgens kan worden gehandhaafd, betekent niet dat sprake is van gelijkstelling met een besluit. Het is niet de bedoeling straks heel veel bestuurlijke rechtsoordelen met een besluit gelijk te stellen, maar het komt wel heel erg tegemoet aan een wens vanuit de praktijk en de overheden.



**Van Angeren** vraagt of het introduceren van een aanwijzing geen uitweg kan zijn, waarbij eerst een aanwijzing moet worden gegeven en daarna eventueel de aanwijzing kan worden gehandhaafd en deze aanwijzing als besluit is aan te merken.

**Collignon** bevestigt dat dat geen verplichte voorstap is. Voor zover het binnen het huidige stelsel niet al op een andere manier kan worden geregeld voelt zij hier sympathie voor.

**Valerie van 't Lam** vraagt zich af hoe het in de praktijk zou werken als je de zorgplicht uitgelegd krijgt, zouden we dan niet toe moeten naar iets wat dwingender is?

**Collignon** stelt dat er gevallen zijn waarin het bestuursorgaan wil doorpakken en niet welwillend is om iets te construeren, zodat allereerst een oordeel van de rechter kan worden verkregen.

**Sander Kole** is benieuwd naar hoe de zaken omtrent de rugstreeppad en vleermuizen zouden uitpakken.

**Collignon** valt het op dat geen aandacht wordt besteed aan de vraag of de zorgplicht wel geldt in de zaak over de vleermuizen en spouwmuren, omdat er andere regelgeving geldt, namelijk het verbod in hoofdstuk 3. In de strikte uitleg van de zorgplicht die Collignon aanhangt, zou je moeten zeggen dat de zorgplicht terugtreedt omdat er andere regels gelden.

De eerste stelling wordt in stemming gebracht, deze luidt:

*Stelling 1: Het omgevingsrecht kent geen zorgplichten maar wel vangnetbepalingen met open normen.*

Deze stelling is niet met een meerderheid aangenomen, het is om het even.

**Gert-Jan Elsen** stelt dat per soort zorgplicht zou moet worden bekeken wat de betekenis ervan is.

**Collignon** benadrukt dat in het verleden heel lang is getwijfeld over de invoering van een zorgplicht. Ze haalt uit de toelichting dat de algemene zorgplicht dient te werken als een vangnetbepaling en dat deze terugtreedt als er een specifieke regel geldt.

**Van Angeren** stemde tegen de stelling omdat in het omgevingsrecht een open norm juist de bron is van de norm en niet het vangnet. Zo is de zorg voor een goed milieu de bron en daaruit komt bijvoorbeeld dat een filter vervangen moet worden. Concrete normen vloeien voort uit de algemene norm.

**Collignon** wil hier nog wel verder over nadenken.

**Van Bommel** stelt dat als je een filter zou moeten vervangen, dan gaat dat verder dan een inspanningsverplichting, dat is gewoon een resultaatsverplichting.

**Collignon** is het hiermee eens en plaatst dit dan ook niet in het kader van de zorgplicht. De discussie wordt tekort gedaan als we het hebben over bepaalde voorschriften die zeggen dat je aan *good housekeeping* moet doen en dit vervolgens scharen onder de categorie zorgplichten.

**Elsen** zegt dat specifieke zorgplichten soms niet alleen maar zorgplichten zijn. Het is onhandig dat de wetgever dit zo aanduidt, want dat leidt tot een semantische discussie.

**Collignon** is het hier mee eens.

**Meike Pakkert** vraagt zich af of er sprake is van een motiveringsrisico als er meer wordt gehandhaafd op een zorgplicht.

**Collignon** denkt dat de eis van rechtszekerheid nog steeds bestaat. In het kader van motiveringseisen denkt ze dat altijd gemotiveerd moet worden waarom, achteraf op basis van een open norm lijkt dat haar lastiger. Collignon vindt het geen goede ontwikkeling, in het kader van de bescherming van de fysieke leefomgeving, dat een vergunning wordt verleend zonder dat daaraan handen en voeten worden gegeven. Op voorhand zou de aanvrager van een vergunning al moeten weten wat de zorgplicht inhoudt. Het lijkt haar niet juist om een activiteit toe te staan met in het achterhoofd dat later een halt kan worden toegevoerd op basis van de niet-uitgekristalliseerde zorgplicht.

**Van den Akker** werpt op dat de Omgevingswet wellicht ook in het leven is geroepen om te kunnen handhaven op onvoorziene ontwikkelingen.

**Anna Collignon** herhaalt dat de vergunning dan zal moeten worden aangepast, zoals het huidige systeem al toelaat.

**Van der Veen** vraagt zich af of artikel 5.32 van de Omgevingswet er niet bij kan worden gepakt. Dat geeft namelijk een handvat voor de zorgplicht; dan zit er in ieder geval het woord 'ernstig' in.

**Collignon** stelt dat dat ook nu al zo kan worden ingekleurd en daar de zorgplicht niet voor nodig is. Als er onacceptabele gevolgen voor het milieu zijn, mag een verleende vergunning worden ingetrokken onder het huidige recht.

**Ortlep** vraagt of er nog laatste opmerkingen zijn.

**Wouter-Jan Oosten** neemt mee dat het preadvies een oproep van Collignon zou kunnen zijn om zuiverder om te gaan met zorgplichten.

**Collignon** wil als eindboodschap meegeven dat zij geen principiële probleem heeft met bepaalde vangnetbepalingen of open normen die op voorhand niet helemaal zijn in te vullen. Maar zij denkt dat we een kans missen door niet verder te kijken naar hoe deze 'zuivere zorgplichten' kunnen worden vormgegeven.

## **Tweede deelsessie**

**Anna Collignon** werpt allereerst de vraag van Gerrit van der Veen op: is de zorgplicht een goed instrument voor de situatie dat bedrijven willens en wetens kennis achterhouden met betrekking tot de schadelijkheid van bepaalde stoffen?

Collignon stelt dat al een toetsing vooraf heeft plaatsgevonden en dat wanneer er nieuwe inzichten worden verkregen, het huidige en toekomstige stelsel al voldoende instrumenten biedt om tot wijziging of intrekking van de vergunning te komen. Ze vindt het te ver gaan om op basis van de zorgplicht te kunnen handhaven wanneer aan de vergunningvereisten wordt voldaan. Wel wordt gesteld dat een zorgplicht zou kunnen zijn dat er bepaalde informatie moet worden verschaft door een bedrijf.

**John Olivier** vraagt zich af of bij de beantwoording van de vraag, uit een oogpunt van interne rechtsvergelijking, het civielrechtelijke en strafrechtelijke perspectief ook niet moet worden meegenomen. Een bedrijf wil niet het risico lopen dat een civiele procedure wordt aangespannen. Dat geldt ook voor mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon die eigenaar is van het bedrijf en de betrokken bestuurders.

**Collignon** benadrukt dat het de vraag is of het bestuursrecht oplossingen biedt. Als terug wordt gegaan naar het bestuursrecht is de vraag dus of daar een zorgplicht zou moeten zijn om op basis hiervan actief te kunnen handhaven door de overheid.

**Coen van Reeken** ziet eigenlijk een pleidooi voor algemene regels en tegen de vergunningplicht. Vanuit de overheid zijn algemene regels wenselijker, zodat een bedrijf zich niet kan verschuilen achter de vergunning.

**Collignon** ziet het niet als een pleidooi voor algemene regels, in de individuele vergunning zou juist moeten worden geregeld wat nodig is.

**Van Reeken** stelt dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin een bedrijf weet dat stoffen schadelijker zijn dan de informatie die bij de overheid bekend is. Het is vanuit overheidsperspectief dan handiger om algemene regels te kunnen hanteren.

**Collignon** vraagt zich af of algemene regels het systeem echt makkelijker maken. Want ook dan moet men weten dat er emissiegrenswaarden van bepaalde stoffen bestaan en of deze zijn overtreden.

**Jelle van de Poel** stelt de vraag of het probleem in de handhaving van de zorgplicht zit of dat Collignon een principiële probleem heeft met de zorgplicht.

**Collignon** ziet de meest knellende punten in het kader van handhaving. Tegen de specifieke zorgplichten in het Besluit activiteiten leefomgeving, zoals deze op dit moment volgens het ministerie zou moeten worden toegepast. Dat ziet inderdaad met name op de handhaving. Waar zij ten tweede ook een principiële probleem mee heeft, is het bestaan van twee systemen naast elkaar. Namelijk enerzijds de vergunning die kan worden geactualiseerd en anderzijds de zorgplicht die wellicht voortgaat op de voorschriften in de vergunning.

**Olivier** werpt op dat een dergelijke open norm in feite in strijd is met het legaliteitsbeginsel.

**Robbert Bruggeman** vraagt of de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob) geen basis biedt voor handhaving in plaats van de algemene zorgplicht, als de casus een strafrechtelijk element bevat, zoals bij het willens en wetens achterhouden van bepaalde informatie zo kan zijn.

**Collignon** zegt dat het hier zou gaan om nieuwe informatie. Als achteraf een strafrechtelijke procedure zou worden gestart, bestaat inderdaad het risico van de Wet Bibob die boven het hoofd van een bedrijf hangt. Maar Collignon ziet dat niet als eerste actieve element in het bestuursrecht.

**Bas de Ruiter** is verbaasd over de manier waarop de discussie wordt gevoerd. Hij stelt dat het toch niet ongebruikelijk is dat de vergunningverlenende autoriteit aansprakelijk wordt gesteld voor bepaalde schade.

**Collignon** vindt dit een interessant punt en zegt dat het civiele recht inderdaad een rol kan spelen. Als bij het verlenen van de vergunning al een bepaalde afweging is gemaakt om de vergunning te verlenen, heeft dit een zeker vrijwarend effect in het civiele recht.

**Roel Becker** vraagt of Collignon ook bezwaren ziet vanuit de Trias Politica.

**Collignon** ziet daar wel enkele bezwaren in, maar ziet ook dat de wetgever bevoegdheden bij uitvoeringsinstanties legt als er een zorgplicht is. In de Omgevingswet en het Besluit activiteiten leefomgeving is te zien dat invulling soms ook aan de rechter wordt gelaten. Omwille van de rechtszekerheid meent Collignon dat de werking van de specifieke zorgplicht onder het Besluit activiteiten leefomgeving beperkt moet worden.

**Olivier** stelt de vraag of gemeenten en provincies voldoende zijn toegerust om invulling te geven aan de zorgplicht.

**Collignon** ziet de capaciteitsproblemen, maar ook de kennis en kunde die bij bijvoorbeeld omgevingsdiensten aanwezig is.

**Liesbeth Berkouwer** wil graag nog terug naar de actualisatieplicht en samenhangende bevoegdheid. De vraag wordt gesteld wat het betekent voor de eventuele

aanvullende werking van de zorgplicht als wordt vastgesteld dat geen gebruik mag worden gemaakt van de bevoegdheid om te actualiseren.

**Collignon** begrijpt dat hierin de functie van de aanvullende werking van de zorgplicht kan worden gevonden. Maar zelf is zij van opvatting dat de wetgever dan een expliciete keuze had moeten maken en het stelsel voor aanpassingen van vergunningen had moeten aanpassen. Het verlenen van een vergunning om vervolgens een half jaar later te stellen dat daar andere regels aan verbonden moeten worden, is volgens Collignon niet te rijmen met de rechtszekerheid.

**Berkouwer** zegt dat zij zich kan voorstellen dat bepaalde ontwikkelingen aan de orde kunnen zijn waardoor zich een casus kan voordoen waarin dit anders is.

**Collignon** stelt dat als de tijd ertoe leidt dat er concrete informatie naar boven komt, op basis hiervan een vergunning kan worden aangepast of ingetrokken.

**Michiel van Emmerik** denkt dat artikel 8 EVRM een positieve verplichting mee kan brengen voor de overheid om te voorkomen dat bedrijven ernstige milieuschade aanrichten. De hiermee verbonden vraag is of dit niet meebrengt dat een overheid ook gaat handhaven op basis van het civiele recht of strafrecht.

**Collignon** zegt dat aanpassing van de vergunning een bestaand instrument is, maar het de vraag is of dat voldoende is. Het gaat om de informatie om te zorgen dat overheden effectief hun instrumenten kunnen inzetten. Dat is anders dan de manier waarop de zorgplicht nu is ingekleed.

**Addie van der Hoeven** vraagt of het aanpassen van de vergunning niet eenvoudiger zou kunnen, bijvoorbeeld als het gaat om de lozingsvergunning van bedrijven en een onvoorziene lage waterstand.

**Collignon** stelt dat dit aansluit op haar betoog, nu voorschriften gewijzigd kunnen worden en daar geen apart instrument voor nodig is. Collignon meent dan ook dat niet naast het bestaande stelsel nog een stelsel van zorgplichten zou moeten worden opgetuigd.

**Henk Gierveld** stelt de vraag of vanwege de Omgevingswet en alle veranderingen die daarmee gepaard gaan, uitvoering en handhaving helemaal in de knel komen met als gevolg dat dit de doodsteek wordt voor de zorgplicht.

**Collignon** denkt dat dit zo is en vindt dat een goede zaak. Zij kan zich namelijk niet vinden in de manier waarop handhaving wordt gebruikt in het kader van de zorgplicht in de Omgevingswet. Zo zou een overactieve gedeputeerde van veel van deze open normen gebruik kunnen maken en dat doet afbreuk aan de rechtszekerheid.

**Bart Jan van Ettehoven** stelt dat het pleidooi van Collignon ziet op het vergunningsstelsel versus de zorgplicht. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waar wel de zorgplicht speelt, maar vergunningen helemaal niet. Bijvoorbeeld in het geval

van rampen, asbest of het dumpen van chemisch afval. Dan word je opeens geconfronteerd met schade aan het milieu waartegen acuut moet worden opgetreden. De zorgplichten spelen daar een rol en kunnen daar volgens Van Ettehoven een nuttige functie vervullen.

**Collignon** stelt dat in het geval van asbestpanden, de open norm inderdaad wel goed lijkt te werken omdat er geen regulering in andere wetgeving is. Ook als het gaat om bodembescherming ziet Collignon het belang daarvan in. Ze vraagt zich alleen af of dit daadwerkelijk een zorgplicht is.

**Van Reeken** constateert dat het in zijn visie tot nu toe meevalt met het aantal overactieve gedeputeerden.

**Collignon** haalt de zaak omtrent de rugstreep aan. Zo is een bouwproject stilgelegd vanwege een vermeend risico voor de rugstreep. In deze casus werd geconstateerd dat geen sprake was van een overtreding van een specifiek verbod, maar is de gemeente gaan handhaven op basis van de zorgplicht. De rechter heeft het besluit geschorst. Wat Collignon hierbij opvalt, is dat weinig aandacht werd besteed aan de vraag of de zorgplicht in de Wet Natuurbescherming wel aanvullende werking heeft op het verbod. Collignon haalt vervolgens de zaak over vleermuizen in spouwmuren aan, waarin iets soortgelijks speelde. Zo zijn vleermuizen ook beschermd onder de Wet natuurbescherming. De vraag is hier wederom of de algemene zorgplicht een aanvullende werking heeft. Collignon geeft aan dat zij zich goed kan voorstellen dat deze algemene zorgplicht terugtreedt als er andere specifieke regelgeving is.

**Angelique van Es** oppert dat als de onderzoeksplicht niet is ingevuld, soms niet valt vast te stellen of de soort al dan niet is gedood. De zorgplicht kan daar dan een aanvullende werking hebben.

**Collignon** kan zich voorstellen dat dat zo in de uitvoering werkt en dat het voor de handhaving handig is om dergelijke onderzoeken op voorhand te hebben, maar zij vraagt zich af of je hier daadwerkelijk de zorgplicht voor nodig hebt. Achteraf constateren of het verbod al dan niet is overtreden kan via het wettelijke stelsel.

**Van de Poel** oppert dat voorkomen moet worden dat die vleermuizen überhaupt doodgaan.

**Collignon** antwoordt dat dan kan worden gekeken naar preventieve handhaving.

De eerste stelling wordt in stemming gebracht; deze luidt:

Stelling 1: Het omgevingsrecht kent geen zorgplichten maar wel vangnetbepalingen met open normen.

Er volgt geen eenduidige uitslag.

**Becker** heeft voor de stelling gestemd. De voorbeelden die hij in het preadvies heeft gelezen schaaft hij eerder onder de categorie van vangnetbepalingen.

**Collignon** vult dit aan door toe te lichten dat de wetgever eigenlijk een extra argument heeft gegeven. Onder de Omgevingswet bestaat namelijk de algemene zorgplicht, daarnaast zit er een verbodsbepaling in waarvan expliciet wordt gesteld dat het geen zorgplicht is. Dit geeft aan dat de wetgever er ook wisselend over denkt.

**Olivier** vraagt of het geen eerste stap zou kunnen zijn om de Aanwijzingen voor de regelgeving aan te passen.

Na instemmende geluiden uit de zaal vervolgt **Collignon** dat zij denkt dat er onbedoeld een verkeerde omzetting heeft plaatsgevonden. Zo ziet het verbod enkel op significante verontreinigingen, terwijl in het stelsel van de Wet bodembescherming bijna alles wordt aangepakt. Dit laatste systeem lijkt haar wenselijker.

# Verslag van de deelsessies over het preadvies van Rogier Stijnen

Voorzitter van de deelsessies: Thomas Sanders

Verslagleggers: Claudia Dijkstra en Luuk den Hertog

## Eerste deelsessie

**Thomas Sanders** heet iedereen van harte welkom bij deze deelsessie en verwijst naar een punt dat naar voren kwam in de recensie van Femke de Vries, over het pleidooi van Stijnen om de aansprakelijkheidsbeperking van De Nederlandse bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) overboord te gooien. Sanders is benieuwd of daar in de zaal een mening over bestaat.

**Rogier Stijnen** stelt dat Femke de Vries een draai aan zijn verhaal geeft. Volgens De Vries zou er geen reden zijn om ervan uit te gaan dat toezichthouders AFM en DNB niet zorgvuldig te werk gaan. Stijnen vindt dat een omkering van wat in het preadvies is opgeschreven. Waar het om gaat, is dat de bestuursrechter een optreden van de toezichthouder alsnog als onrechtmatig kan bestempelen, ook als de toezichthouder zelf denkt dat het optreden wel juist is. De onderneming lijdt door het handelen van de toezichthouder schade in de vorm van bijvoorbeeld een negatieve publicatie, maar de toezichthouder is immuun op grond van artikel 1:25d Wet op het financieel toezicht (Wft) en ondervindt geen nadeel, tenzij de toezichthouder opzettelijk of met grove schuld zijn taken niet vervult, maar dat doet geen enkele toezichthouder.

**Oswald Jansen** trekt de lijn van De Vries door. Naar zijn mening verwijst De Vries naar het moment dat de immuniteit werd ingevoerd. De Vries stelt dat het in de financiële sector om zulke grote belangen gaat dat toezichthouders te terughoudend zouden handelen wanneer er geen immuniteit voor hen zou zijn. De aansprakelijkheidsmogelijkheden zijn dan niet te overzien als de immuniteit niet zou zijn ingevoerd. Jansen vraagt zich af of Stijnen niet gevoelig is voor dit argument. **Stijnen** zegt niet gevoelig te zijn voor dit argument en verwijst naar het feit dat de AFM en DNB – anders dan bijvoorbeeld de Autoriteit Consument en Markt – b-organen zijn. Dit betekent dat zij niet onder de paraplu van de staat vallen, die normaliter aansprakelijk is.

**Andries Doets** onderschrijft de zorgen die leven in de markt. Marktpartijen kunnen met lege handen komen te staan wanneer zij reputatieschade hebben geleden, maar de zaak tegen de toezichthouder wel hebben gewonnen. De situatie wordt in



zijn optiek niet hersteld door de rechtmatigheidstoets van de bestuursrechter. De onderneming heeft immers kosten moeten maken en moeite moeten doen om de procedure te voeren. Zolang de onderneming daar geen vergoeding voor krijgt, is geen sprake van herstel. Doets trekt een lijn met de *moral hazard* die bestaat in de financiële wereld. Dit begrip houdt in dat banken te snel gered worden en zich daardoor niet laten tegenhouden om grote risico's te nemen. Ditzelfde gevaar ligt op de loer wanneer de toezichthouder immuniteit heeft. De afsluitende vraag hierbij is waarom er niet is ingegaan op Europese jurisprudentie over lidstaataansprakelijkheid. **Stijnen** zegt dat hij gelimiteerd was in het aantal pagina's van het preadvies. Hij had het graag uitgebreider meegenomen, maar het paste niet. Wel heeft hij opgeschreven dat de overheid aansprakelijk is bij gekwalificeerde schending van Unierecht en dat de uitsluiting in de Wft wellicht daarmee in strijd is.

**Rob Widdershoven** is benieuwd naar de beperkte aansprakelijkheidsstelling voor opzettelijke schending. Dit kwam allemaal voort uit de zaak *Peter Paul* uit 2004 van het Hof van Justitie, waaruit volgt dat opzettelijke schending niet kan worden toegepast voor zover dat minder aansprakelijkheid oplevert dan een gekwalificeerde schending van het Unierecht. Volgens Widdershoven zou dat de regel moeten zijn. Hij vraagt zich af waarom dit nog geen regel is. **Stijnen** is het met Widdershoven eens en stelt dat een stilzittende toezichthouder minder snel schadeplechtig zal zijn dan een toezichthouder die ten onrechte actief is. De bedoeling van de wetgever was om het gemakkelijker te maken voor de toezichthouders, maar dat heeft dus een omgekeerd effect gehad, bijvoorbeeld bij de belangenafweging door de voorzieningenrechter of een schadetoebrenkend besluit van de toezichthouder moet worden geschorst.

**Doets** vraagt zich af of het Unierechtelijk nog uitmaakt wat de strekking van de bepaling is en of de bepaling moet zien op het beschermen van de belangen van consumenten. Het is immers de onderneming die in de meeste gevallen schadevergoeding wil, terwijl de bepaling dan mogelijk ziet op de consument. **Stijnen** geeft aan hier niet over te hebben nagedacht.

Vanuit de zaal wordt vervolgens naar voren gebracht dat de gebruikelijke criteria voor aansprakelijkheid zouden gelden in de situatie waarin de aansprakelijkheidsbeperking van de toezichthouder er niet was geweest. Daarbij zou men zich kunnen afvragen wat het toevoegt aan de lat van *Vie d'Or*. Als dat verschil klein is, komt de vraag op waarom de aansprakelijkheidsbeperking mee zou moeten worden genomen in de belangenafweging door de voorzieningenrechter. Volgens **Stijnen** is dit onjuist. De *Vie d'Or*-zaak ziet juist op het nalaten van de toezichthouder om iets te doen. Wanneer een toezichthouder nalaat iets te doen, dan heeft de onderneming daar alleen maar profijt van. Voorlopige voorzieningen zien alleen op ondernemingen die tegen het handhavingsbesluit van de toezichthouder opkomen.

**Jansen** vraagt zich af of een financiële aansprakelijkheidsstelling bijdraagt aan effectiviteit van de zorgplicht van de overheid om zorgvuldig te handelen jegens een onder toezicht gestelde en of juist niet moet worden gepleit voor een snelle, makkelijke manier om aansprakelijkheidsstelling te gaan incasseren. **Stijnen** antwoordt

dat dit een retorische vraag is, omdat de toezichthouder zal proberen zorgvuldig te handelen. Het punt is juist dat de onderneming niet moet blijven zitten met schade, ook bij zorgvuldige toezichthouders.

**Hans Aerts** presenteert de open normen als mogelijke oplossing. Door deze open normen zal de toezichthouder *soft laws* gaan opstellen waar de onderneming zich aan moet houden, juist om de zorgplicht te handhaven. **Rogier Stijnen** stelt dat het de bedoeling van de Wft is om de bevoegdheden van de toezichthouder in te perken tot het nemen van beschikkingen. *Guidance* bestaat nog wel; dat moet worden ingevuld door de toezichthouder. Het probleem is daarbij dat grote partijen niet meer durven te procederen, aangezien ze dan direct een conflict hebben met de toezichthouder. Alleen kleine partijen procederen nog.

**John Olivier** stelt de vraag wie de portemonnee moet trekken. Wordt het risico verdisconteerd in de prijs, of moet de belastingbetaler dit betalen? **Stijnen** stelt dat hier verschillend over kan worden gedacht en stelt de vraag waarom dit alleen in het financieel toezicht zou moeten gelden. Volgens **Aerts** gebeurt dit op alle speelvelden. De ondernemer mag immers zelf zijn bedrijf voeren, maar toezicht hoort erbij. Wanneer het dan misgaat, is het niet logisch dat de belastingbetaler hiervoor opdraait. **Peter Eijssvoogel** vindt dat het juist van de normstelling afhangt. Wanneer het misgaat, moet volgens hem naar het opgestelde risicoprofiel worden gekeken. **Aerts** oppert de mogelijkheid van een fonds voor onder toezicht gestelden. Uit dat fonds moeten de boetes dan worden betaald. **Stijnen** stelt dat als er een boete wordt geïnd, dit ten goede komt aan de toezichthouder en dus niet aan de staat. Dan kan verdisconteerd worden dat de schadevergoeding voor onterecht handhaven hieruit kan worden betaald. Hij vindt dit met het oog op het *égalité*beginsel een goede oplossing. **Doets** stelt dat de eerste 4,5 miljoen naar de toezichthouder gaat, alles daarboven gaat naar de schatkist van het Rijk.

**Quirine Tjeenk Willink** vraagt of er in de financiële wereld een verschil zal optreden. Haar cliënten zijn zeer terughoudend om te procederen. Procederen brengt immers weer negatieve publiciteit met zich mee. **Stijnen** ziet hier zeker een punt in. Hij legt uit dat banken niet kunnen procederen omdat ze een langdurige vergunningrelatie met de toezichthouder hebben. Alleen kleinere financiële ondernemingen procederen nu nog om wat nieuws te proberen. **Eijssvoogel** vindt dat procederen tegen de toezichthouder behoort bij een volwassen toezichtrelatie. Het is echter de vraag of de relatie na procederen kan standhouden. Alle media-aandacht bij zo'n procedure speelt daar ook in mee.

**Sanders** introduceert een ander onderwerp: *chilling effect*. Hij vraagt zich af wat het effect van de aansprakelijkheidsbeperking is op de wijze van de handhaving van de zorgplicht. Er is meer vrijheid voor de toezichthouder bij aansprakelijkheidsbeperking om de zorgplicht te handhaven, want hij is ingedikt. Sanders vraagt zich af of dit in de praktijk ook zo is. De gehele zaal denkt dat het onveranderd is gebleven. Na een kort moment van instemmende stilte stelt **Doets** dat er wel een wijziging is, maar dat deze niet is gekoppeld aan de aansprakelijkheidsbeperking. Er is gedachtegoed dat de toezichthouder meer moet durven; goed toezicht brengt

mee dat je ook moet durven handhaven. Dit is in lijn met het gedachtegoed van de Amerikaanse wetenschapper Sparrow. Sparrow zegt dat je als toezichthouder voorbij moet durven te gaan aan hetgeen in de wet staat als je iets onwenselijk acht. **Eijsvoogel** stelt hierbij dat de keuze om te handhaven van meerdere factoren afhankelijk is. Het zou de normaalste zaak van de wereld moeten zijn dat de toezichthouder met de onderneming in gesprek gaat, ondanks dat dit niet in de wet is geregeld. **Jansen** brengt naar voren dat hij ziet dat toezichthouders liever geen beslissingen nemen die besluiten opleveren. Volgens **Anke Prompers** is Sparrow in de kast gestopt bij de ACM, althans ze zijn er niet dogmatisch mee bezig. Ze stelt dat toezicht houden lastig is vanwege de complexiteit en aantallen. Daarom is het juist goed dat de rechter er nog eens kritisch naar kijkt.

**Stijnen** verwijst naar de zorgplicht omtrent de integere en beheerste bedrijfsvoering. Hij stelt dat een van de onderdelen van deze zorgplicht is dat de onderneming ervoor zorg draagt dat haar medewerkers zich zodanig gedragen dat zij niet onmiskenbaar in strijd handelen met de maatschappelijke zorgplicht uit artikel 6:162 BW. Deze kapstokbepaling zou naar zijn mening ingekleurd kunnen worden met het gedachtegoed van Sparrow.

**Sanders** gaat naar de stellingen die in het preadvies zijn opgenomen. In het bijzonder wil hij zich richten op stelling nummer zes: *De vrijwel generieke uitsluiting van aansprakelijkheid van de AFM en DNB levert een te hoog risico op voor financiële ondernemingen waarop zorgplichten rusten en dit kan voor de voorzieningenrechter meewegen in de belangenafweging.* Sanders is benieuwd naar wat de zaal ervan zou vinden als de aansprakelijkheidsbeperking eraf zou worden gehaald.

De eerste die zich erover uitspreekt is **Eijsvoogel**. Hij zegt dat de vraag niet zou moeten zijn erop of eraf, maar waar de drempel ligt. **Stijnen** stelt dat je aan de hand van oude rechtspraak de beperking niet nodig had. Hij zit vooral met de beperking die ertoe leidt dat de onderneming na handhaving met de kosten kan blijven zitten.

**Widdershoven** stelt dat stelling 3 over de verhouding van de poortwachtersfunctie van de banken bij witwassen interessant is. Banken moeten op basis van deze functie allerlei mensen die als verdacht worden aangemerkt buiten de deur houden. Dit leidt ertoe dat mensen die met cash geld betalen worden gediscrimineerd, aangezien dat al snel als verdacht wordt bestempeld. Hij vraagt zich af wat de wetgever zou moeten doen om dit op te lossen, als dit al een taak van de wetgever is. **Rogier Stijnen** antwoordt dat er verschillende toetsen zijn. Wanneer afscheid wordt genomen van bestaande klanten is er een ex-tunctoetsing, bij afwijzing van een beoogde klant kijk je dan weer ex nunc. Zonder betaalrekening functioneren is tegenwoordig bijna onmogelijk. De optie om geld op te nemen kan dan niet meer worden geboden. De banken zijn dan angstig om geconfronteerd te worden met handhaving. Wanneer de wetgever niet ingrijpt, dan zal een groep mensen tussen wal en schip vallen en dus geen betaalrekening kunnen openen. **Aerts** stelt dat het een kwestie is van uitleg van voorschriften. Is veel geld cash opnemen per definitie al verdacht? **Stijnen** laat dit in het midden.

Vanuit de zaal wordt naar voren gebracht dat België hier misschien een oplossing voor heeft. In België is een speciale bank opgericht die op dit gebied *tailor made* toezicht uitoefent. Dit is een speciaal orgaan dat in het leven is geroepen om mensen die geen normale betaalrekening kunnen krijgen, toch van een betaalrekening te kunnen voorzien. **Stijnen** wijst erop dat er in Nederland alleen iets is geregeld voor consumenten. Hier hebben we dit probleem ondervangen door convenanten op te stellen tussen private partijen en banken die er alsnog voor zorgen dat de meeste consumenten een betaalrekening kunnen openen. Hij vindt het idee van dit speciale orgaan in België een interessante gedachte. **Stijnen** waarschuwt nog voor *derisking* door banken. We moeten ervoor waken om iedereen die anders is, gelijk uit het banksysteem te gooien. Dat leidt tot discriminatie. **Wouter Poot** vraagt zich af of er niet al een toezichthouder bestaat op dit punt. Als voorbeeld noemt hij de Autoriteit Persoonsgegevens. Deze instantie kan zonder aanvullende wetgeving ook al bij de banken kijken.

**Stijnen** vindt dat het te vrijblijvend is wat er nu gebeurt; de banken hebben te veel vrijheid. De klant moet procederen en daardoor heel lang wachten op een rekening. Daarom vindt hij dat ingegrepen moet worden. DNB doet dat tot nu toe niet, die kijkt vooral of de banken hun poortwachtersfunctie uit hoofde van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme naleven. Daardoor is er onvoldoende aandacht voor de maatschappelijke functie van de banken. Dat vindt Stijnen erg kwalijk.

**Oliver** vraagt zich af of Stijnen de Wft te complex vindt. **Stijnen** stelt dat de wet inderdaad te complex is. Onder de wet krijg je steeds te maken met clusters van ondernemingen waarop bepaalde zorgplichten rusten. Men moet dus telkens de hele wet en allerlei AMvB's door om te weten wat voor de specifieke onderneming geldt. Stijnen zegt dat dit voortvloeit uit de Europese richtlijnen. Die richtlijnen zijn sectoraal van opzet. Die heeft Nederland allemaal willen omzetten in de Wft. Dat maakt het onoverzichtelijk.

Hiermee is de eerste deelsessie over het preadvies van Rogier Stijnen ten einde gekomen. **Sanders** sluit de sessie af en dankt iedereen voor de deelname aan de discussie.

## **Tweede deelsessie**

**Thomas Sanders** heet iedereen welkom bij de tweede deelsessie over het preadvies van Rogier Stijnen. Er wordt kort teruggeblikt op de eerste deelsessie. In de eerste deelsessie werd vooral op de aansprakelijkheid van de toezichthouder ingegaan. **Rogier Stijnen** is benieuwd naar de vragen van de deelnemers van deze sessie.

**Jan Reinier van Angeren** vertelt bij het lezen van het preadvies terug te hebben gedacht aan het verbod op *short selling* van de AFM in 2008. Er stond destijds een bepaling in de Wet op het financieel toezicht (Wft) waarin misleidende gedragingen als marktpartij verboden waren. De AFM merkte *short selling* vervolgens aan als een 'misleidende gedraging'. Van Angeren is benieuwd wat Stijnen hiervan vindt.

**Stijnen** vindt dit ‘volstreckte lariekoek’. Hij vertelt dat er vervolgens een regeling is gekomen waarmee dit is gerepareerd. Volgens **Van Angeren** was de impact hiervan groot: de gehele markt hield zich eraan, omdat er angst leefde om een boete te riskeren. **Stijnen** begrijpt dat de markt zich eraan hield. Het is volgens hem uiteindelijk de rechter die bepaalt hoe de open norm moet worden ingevuld. De toezichthouder kan *guidance* geven. Als de toezichthouder beleid maakt waarin *short selling* onder een ‘misleidende gedraging’ wordt geschaard, dan is het wachten tot hier een club tegen opkomt.

**Van Angeren** vraagt zich af of het systeem van open normen in het financieel recht niet leidt tot een systeem waarbij makkelijk kan worden gezegd dat de zorgplicht wordt geschonden door ‘pseudowetgeving’ in het leven te roepen waar de markt zich toch aan houdt. **Stijnen** begrijpt dit punt. Hij stelt dat de bepalingen over marktmanipulatie niet gaan om de zorgplicht. Stijnen maakt een bruggetje naar de zorgplicht en focust daarbij op gedragstoezicht. Bij gedragstoezicht kan het bijvoorbeeld gaan om integere bedrijfsvoering, zorgvuldige advisering, het tegenaan van overkreditering of geen verkeerde producten op de markt brengen. Dat valt tegenwoordig onder de kapstok van een beheerste en integere bedrijfsvoering. **Van Angeren** gaat in op de overkreditering en vertelt dat de banken op een gegeven moment onderling een gedragscode hebben gemaakt. Daarin stond dat er geen sprake was van overkreditering als vier keer het jaarinkomen werd verstrekt. De AFM hanteerde die code vervolgens als gedragsnorm; bij een krediethypotheek die hoger lag dan vier maal het jaarinkomen was sprake van een overtreding. Van Angeren vraagt zich af of dit soort gedragsbepalingen niet tot dit soort gedrag van de AFM leiden.

**Stijnen** stelt dat er een element van *comply or explain* in de gedragscode zat. Later, in 2013, is in een tijdelijke regeling over hypotheeken een vergelijkbare norm gesteld, waarin ook een element van *comply or explain* zit. Er mag dus worden afgeweken, maar dat moet gemotiveerd gebeuren. Stijnen stelt geen problemen te hebben met dergelijke gedragsnormen, omdat de markt op twee manieren aan de toezichthouder kan ontkomen: door zich aan de gedragsnorm te houden of door goed gemotiveerd van de gedragsnorm af te wijken. Volgens **Van Angeren** zou ook kunnen worden gezegd dat de gedragscode niet zou moeten gelden voor alle banken in het geval een bank zich in een andere sector bevindt dan een normale bank. De ene bank kan een krediethypotheek van zes of zeven keer het jaarinkomen aan cliënten akkoord achten, maar dan is direct sprake van een risico op overkreditering. De norm is overkreditering en er moet per geval worden beoordeeld of er overtreding van die norm plaatsvindt, stelt Van Angeren. Dit soort zorgvuldigheidsnormen leiden ertoe dat in de markt een standaard ontstaat.

**Stijnen** stelt dat er nu wetgeving is, omdat uiteindelijk in 2013 een tijdelijke regeling is opgesteld. Volgens **Van Angeren** worden er eerst standaarden door de markt opgesteld. Daarna komt pas wetgeving. Hij vraagt zich af of dit niet de verkeerde volgorde is. **Stijnen** heeft hier geen problemen mee. De gedachte van een open norm is dat de wetgever de toezichthouder op afstand heeft gezet en de markt zelf een invulling kan geven aan die norm. De toezichthouder kijkt hier vervolgens naar,

in plaats van er direct met ‘gestrekt been’ in te gaan. **Van Angeren** vindt dat te veel zorgplichten in een bepaalde sector ertoe leiden dat de sector zelf op zoek gaat naar hoe die norm moet worden ingevuld of dat de toezichthouder de zorgplicht invult door een verbod te stellen, zoals bij *short selling*. Hij vindt het interessant dat dit dan later pas in wetgeving wordt neergezet. Hij vraagt zich af of al die zorgplichten in de financiële sector niet tot een voor de markt onwenselijke en onduidelijke situatie leiden.

Volgens **Stijnen** hebben zorgplichten voordelen voor de wetgever en de markt. De markt mag zelf bepalen hoe aan de norm wordt voldaan. De wetgever hoeft niet alles al specifiek te reguleren en kan makkelijker reageren op nieuwe ontwikkelingen. Om duidelijkheid te krijgen over de uitleg van de norm door de toezichthouder kan worden geprocedeerd. Stijnen begrijpt dat de drempel om te procederen voor sommige ondernemingen te hoog is. **Van Angeren** bevestigt dit. Volgens hem procederen ondernemingen liever niet. Dit heeft volgens **Stijnen** te maken met de vergunningrelatie en de mate waarin AFM en DNB zich in dit verband schuldig maken aan chantagepraktijken.

**Annemieke Zwanenburg** brengt naar voren dat partijen in het financiële toezicht heel terughoudend zijn om naar de rechter te gaan om de zorgplicht aan de orde te stellen. Dat komt onder andere door de relatie tussen de onderneming en de AFM. Daarnaast trekt de AFM de integere bedrijfsvoering of de geschiktheid van een bestuurder in twijfel als een onderneming aangeeft te willen procederen. Het heeft bovendien een effect op de reputatie van de onderneming. Zwanenburg acht de gang naar de rechter een laatste remedie. Ze vraagt zich af of Stijnen geen andere manieren ziet om een zorgplicht te normeren dan via de rechter. **Stijnen** ziet hier geen andere manieren voor. Een optie zou kunnen zijn om vergunningverstrekking en toezicht uit elkaar te halen, maar dat kost veel geld. Heel af en toe zijn er interessante uitspraken, waardoor de markt weet waar ze aan toe is, maar dit duurt vaak jaren. De keuze om wel of niet te procederen ligt bij de onderneming.

**Simon van Oort** brengt naar voren dat er bij het creëren van een zorgplicht met enige open normstelling altijd een partij zal zijn die die norm invult: de rechter, de toezichthouder of de markt. De daadwerkelijke invulling gaat altijd naar een ander niveau. Van Oort ziet een oplossing in het koppelen van de zorgplicht aan een lijst met geconcretiseerde gevallen die in ieder geval onder die zorgplicht vallen. **Stijnen** stelt dat dit al gebeurt. Bij ‘integere bedrijfsvoering’ is sprake van een kapstokbepaling. Er is bijvoorbeeld een norm dat een onderneming moet voorkomen dat zij of haar werknemers zich gaan gedragen op een manier die indruist tegen hetgeen maatschappelijk betamelijk is. Hiermee is een bestuursrechtelijke kapstok gecreëerd om een civielrechtelijke norm te handhaven. Er hangen ook andere dingen onder deze kapstokbepaling. Integere bedrijfsvoering is bijvoorbeeld meestal in het geding als een onderneming haar klanten niet waarschuwt, het provisieverbod overtreedt, onzorgvuldige adviezen geeft, de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) overtreedt door klanten niet goed te screenen, sanctieregelgeving overtreedt en ook de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) overtreedt. Het is een hele kapstok waar alles

onder kan vallen. Het zijn zowel open als gesloten normen die dan gezamenlijk met zich meebrengen dat de integere bedrijfsvoering in het geding is. Dat kan tot gevolg hebben dat de vergunning van de onderneming wordt ingetrokken en de bestuurders worden afgetoetst. Uiteindelijk kan niet iedere norm volledig worden ingevuld, maar veel wel.

**Sanders** benoemt dat het jammer is dat de Whc niet is betrokken in het preadvies. **Stijnen** beaamt dit, maar stelt dat hij gebonden was aan een maximaal aantal pagina's voor zijn preadvies. Hij had graag de koppeling van de Whc met het Burgerlijk Wetboek (BW) besproken. Bepalingen uit het BW, zoals oneerlijke en agressieve handelspraktijken, worden gehandhaafd via het bestuursrecht. Hierbij moet het wel gaan om een groep consumenten, geen individuele consument. Stijnen vindt dat dit ook als uitgangspunt zou moeten gelden voor de AFM en DNB als zij toezicht houden in het kader van de Wft; de toezichthouder is er niet voor om één klant te beschermen, maar moet gaan voor het 'grotere plaatje'.

**Sanders** stelt dat dit verband houdt met de eerste stelling van het preadvies: *De handhaving van zorgplichtbepalingen in het financieel-economische domein is nodig uit een oogpunt van publiek belang, maar toezichthouders moeten zich bij de handhaving beperken tot het publieke belang en zich dus niet bezighouden met individuele klachten van consumenten.* **Stijnen** vervolgt dat het voorkomt dat een consument die verzoekt om handhaving geen belanghebbende is. In dat geval wordt een verzoek niet als een aanvraag gezien en de reactie daarop van de toezichthouder ook niet als een besluit, waardoor het bezwaar niet-ontvankelijk is. Maar via de recente rechtspraak over afgeleid belang kunnen aandeelhouders soms wel afdwingen dat de toezichthouder een besluit neemt. **Sanders** voert aan dat ze dan een stichting kunnen oprichten.

**Sanders** is benieuwd waarom Stijnen vindt dat de toezichthouder zich niet bezig zou moeten houden met de bescherming van individuele consumenten. **Stijnen** geeft aan daar nog niet helemaal uit te zijn. Volgens hem zijn de AFM en DNB er niet voor om zich op dossierniveau bezig te houden met handhaving. Hij refereert aan een bepaling uit Verordening (EG) nr. 261/2004 waaruit volgt dat de consument een schadevergoeding kan krijgen als een vliegtuig niet of te laat vertrekt. Luchtvaartmaatschappijen keren dat niet uit zichzelf uit. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft naar aanleiding hiervan prejudiciële vragen gesteld. Uit de beantwoording volgt dat luchtvaartmaatschappijen niet via het bestuursrecht gedwongen kunnen worden schadevergoeding uit te keren. Zolang er civielrechtelijk een mogelijkheid bestaat om aanspraak te maken op die schadevergoeding. De wetgever heeft bewust een apart systeem voor bestuurlijk handhaven gecreëerd en aan de andere kant de civielrechtelijke kant voor de consument. Er zijn genoeg mogelijkheden voor individuele consumenten om in actie te komen, vindt Stijnen, dat hoeft de toezichthouder dan niet ook nog te doen.

In reactie daarop vraagt **Freek Spienburg** zich af hoe de afwezigheid van een individueel verzoekrecht om te handhaven zich verhoudt tot het feit dat de toezichthouder in beginsel zelf bepaalt welke zaak wel of niet kan worden opgepakt. **Stijnen** reageert dat hij vindt dat de toezichthouder moet kijken naar een groep

consumenten en niet naar een individuele consument. Omgekeerd zou de individuele consument dan ook vooral naar de civiele rechter moeten in plaats van een handhavingsbesluit uitlokken. Stijnen geeft aan hier te worstelen met het belanghebbendebegrip; hij is er nog niet uit.

In het verlengde daarvan wil **Sanders** stilstaan bij de derde stelling van het preadvies: *De aan banken toebedeelde poortwachtersfunctie tot het voorkomen van witwassen schuurt met de maatschappelijke zorgplicht van banken om betaalverkeer te faciliteren en leidt tot het ongewenste neveneffect dat de seksbranche – waarin veel contant geld omgaat – in de illegaliteit wordt geduwd. Hier ligt een taak voor de wetgever.* Sanders vraagt aan de deelnemers van de deelsessie of zij vinden dat banken in staat zijn om dit zelf op te lossen of dat de wetgever hier iets aan moet doen.

Als reactie op de stelling stelt **Van Angeren** dat dit een bekend probleem is. Hij geeft het voorbeeld van de situatie waarin hoge eisen worden gesteld aan het krijgen van een bankrekening. Hier wordt op dit moment veel civiel over geprocedeerd. Voor de banken is het aantrekkelijk om deze procedures te voeren, omdat banken zich kunnen verschuilen achter de uitspraak van de rechter. Als de rechter vindt dat de bank de consument moet accepteren, dan kan DNB hiertegen niet handhaven. Van Angeren vraagt zich af of het niet beter zou zijn als DNB op basis van de zorgplicht een grotere rol neemt en zelf aan banken aangeeft welke bankrekeningen al dan niet moeten worden gesloten, in plaats van dat dit heel lang aan de markt en de civiele rechter wordt overgelaten. **Stijnen** reageert dat dit niet aan de markt zou moeten worden overgelaten, omdat veel mensen en bedrijven dan nodeloos moeten procederen. Dat is een nare spagaat. Hij begrijpt dat banken doen aan *de-risking* en bezig zijn met *compliance*. Het probleem is dat het aan het inzicht van de bank wordt overgelaten: als de bank vergaand wil *de-risken*, dan staat een deel van de cliënten 'op straat' en die moeten dan procederen. Om duidelijkheid te creëren zou er meer *guidance* moeten zijn en meer moeten worden gekeken naar de menselijke maat. Het zou dan ook beter zijn als bijvoorbeeld de wetgever meer duidelijkheid zou geven.

**Stijnen** vindt dat dit onderwerp meer aandacht verdient. Een goed mens dat tussen wal en schip valt, krijgt geen rekening. Een deel procedeert, maar ook een deel niet. Die laatste groep wordt dan gedwongen de illegaliteit in te gaan. **Simon van Noort** reageert dat het onderwerp al op de agenda staat: er zijn Kamervragen gesteld over de situatie van de moslims en de situatie van sekswerkers staat genoemd in het regeerakkoord. **Stijnen** bevestigt dat er wel iets wordt gedaan, maar het probleem is voorlopig nog niet opgelost.

**Sanders** vraagt zich af of de oplossing zit in het beperken van de zorgplicht van banken, omdat banken op dit moment hun zorgplicht wellicht breder interpreteren dan de bedoeling is. **Stijnen** kan zich hier wel in vinden. **Van Angeren** voegt daaraan toe dat banken aan risicobeheersing doen; ze sturen liever mensen weg uit voorzorg dan dat ze het verwijt krijgen dat ze het niet goed hebben gedaan. Van Angeren grijpt hierbij terug op het punt dat hij eerder naar voren bracht, namelijk dat hij zich afvraagt of zorgplichten met veel open normen meer genormeerd zouden moeten worden. **Stijnen** reageert hierop dat de excessen moeten worden



aangepakt, maar dat niet gelijk 'het kind met het badwater moet worden weggegooid'. **Sanders** stelt dat dit 'alles dichttimmeren' zich moeilijk verhoudt tot deregulering. **Stijnen** beaamt dit en zegt dat hij niet voor meer regulering is, maar dat bij excessen de overheid wel moet ingrijpen.

In reactie op Van Angeren vraagt **Paul Adriaanse** zich af of hij een pleidooi houdt om de zorgplicht nader in te vullen of af te schaffen. Volgens Adriaanse gaat het hier om op Europees niveau geregelde Wwft-zaken, hetgeen om een ander afwegingskader vraagt dan op puur nationaal niveau. **Van Angeren** is het hiermee eens. Hij reageert dat de poortwachtersfunctie van banken inderdaad volgt uit het Unierecht. Omdat het gaat om een richtlijn is er in de implementatiewetgeving volgens Van Angeren het een en ander mogelijk.

**Van Angeren** stelt dat er door open normen bij zorgplichten de ongewenste situaties ontstaat dat de civiele rechter moet oordelen over de uitleg van publiekrechtelijke normen. Hij geeft als idee dat wellicht in het financiële toezichtrecht meer naar eenzelfde systeem als in milieuwetgeving zou moeten worden toegewerkt, voor zover mogelijk, waarin alle normen in de vergunning worden vastgelegd. Dit lijkt **Stijnen** helemaal niets, omdat er dan rare vergunningen zouden komen. Volgens Stijnen kan het bovendien niet in een vergunning worden vastgelegd, omdat het in het financiële toezicht om een heel ander speelveld gaat dan in het milieurecht.

**Adriaanse** stelt in reactie hierop de vraag of het noodzakelijk is dat een dergelijke vergunning alles reguleert. Hij vraagt zich af of een vergunning niet ook al zou kunnen worden ingetrokken als de financiële onderneming zich niet aan algemene regels houdt. Hij refereert als voorbeeld aan een subsidiebeschikking die ook kan worden ingetrokken als niet aan de algemene subsidieregels wordt voldaan.

**Stijnen** stelt dat dit wat hem betreft zou kunnen. Zodra een financiële onderneming stelselmatig niet aan de regels van de Wft voldoet, dan kan de vergunning worden ingetrokken op basis van het feit dat de onderneming geen integere bedrijfsvoering heeft. **Adriaanse** vraagt of de vergunning dan gericht moet zijn op de regels die de grondslag vormen voor intrekking. **Stijnen** stelt van niet, omdat het vereiste van integere bedrijfsvoering een algemene regel is die voor alle typen financiële ondernemingen geldt. Daar wordt aan getoetst op basis van de wet, niet op basis van de vergunningvoorschriften.

**Van Angeren** voegt toe dat vergunningen intrekken voor kleine financiële ondernemingen voorstelbaar is, maar voor systeembanken is dat ondenkbaar. **Stijnen** heeft hiernaar ook in zijn preadvies verwezen, namelijk dat een beroep op het gelijkheidsbeginsel door financiële ondernemingen veelal wordt verworpen omdat de situatie niet vergelijkbaar is met die van een systeembank.

Wat opvalt, is dat in de financiële sector meestal de kleine financiële ondernemingen, die niets te verliezen hebben, procederen, stelt **Stijnen**. Grotere systeembanken zullen niet snel procederen. **Sanders** vindt dit een zorgwekkende conclusie; in een sector waarin zorgplichten belangrijk zijn, durven grote partijen kennelijk

niet te procederen over de reikwijdte van die zorgplichten vanwege de relatie met de toezichthouder. **Van Angeren** bevestigt het beeld dat de betrouwbaarheidstoetsing in de financiële sector een beletsel is om te procederen. De reputatie van de bestuurders staat ook op het spel.

Bij de eerste deelsessie hing in de lucht of DNB en AFM dreigen met een betrouwbaarheidstoetsing van het bestuur als het wil procederen, stelt **Sanders**. **Van Angeren** heeft dit in de praktijk nog niet meegemaakt. **Stijnen** denkt dat dit niet alleen maar geruchten zijn, maar dat het daadwerkelijk gebeurt. **Sanders** vraagt zich af of die angst ooit geobjectiveerd kan worden. **Stijnen** denkt van niet. Soms komt er een informeel briefje vanuit de toezichthouder met de suggestie dat een onderneming zich van een bestuurder ontdoet, waarover niet geprocedeerd kan worden omdat het geen besluit is. Het is een dringende suggestie, maar geen besluit. Als een financiële onderneming echter geen gevolg geeft aan de brief, volgt uiteindelijk wel een besluit waarover geprocedeerd kan worden.

**Van Angeren** voegt toe dat hier een zelfversterkend effect is. Bij de beoordeling van de betrouwbaarheid wordt gekeken of de persoon bestuurder is geweest van een instelling die is geconfronteerd met handhavingsmaatregelen. Hierdoor is het in het financiële recht onwenselijk om een last onder dwangsom uit te lokken. **Arco Rob** stelt dat de bestuurder zijn naam dan in het onbekende kan houden door een voorlopige voorziening aan te vragen tegen het publicatiebesluit. Volgens Rob wordt hierover wel geprocedeerd. Als de bestuurder de zaak wint, blijft zijn naam onbekend. Volgens **Zwanenburg** moet een bestuurder bij de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets opgeven of hij in het verleden te maken heeft gehad met handhavingsmaatregelen. De reputatie van de bestuurder weegt mee.

**Sanders** verwijst naar de tweede stelling van het preadvies van Rogier Stijnen, waaruit zijn enthousiasme voor het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) blijkt. De tweede stelling luidt: *Omdat inzet van het publiekrecht bij zorgplichtbepalingen in het financieel-economische domein is dat het publieke belang – waartoe ook de collectieve belangen van consumenten worden gerekend – wordt beschermd, blijft de toegang tot de burgerlijke rechter (en een laagdrempelig klachteninstituut als Kifid) onmisbaar.* **Stijnen** vertelt dat Kifid nu ongeveer 15 jaar bestaat en behoorlijk geprofessionaliseerd is. Inmiddels motiveert Kifid uitspraken op een niveau zoals de civiele rechter het doet. Kifid kan bindende uitspraken doen. Het voordeel van Kifid is dat het voor consumenten heel goedkoop is, ongeveer 100 euro griffierecht.

**Zwanenburg** vraagt of Kifid een idee kan zijn voor financiële ondernemingen, bijvoorbeeld voor de bankbestuurders, die op een toegankelijke manier de reikwijdte van de zorgplichten aan de orde kunnen stellen. **Stijnen** vindt dit een leuk idee, maar ziet het niet voor zich. Een bankbestuurder kan via het civiel recht procederen over bijvoorbeeld zijn ontslag. Ook via het bestuursrecht kan hij opkomen tegen een aanwijzing.

**Van Noort** stelt dat er om begrijpelijke redenen weinig geprocedeerd wordt, waardoor de rechtsbescherming minder benut wordt en er weinig uitleg over normen

komt. Hij vraagt zich af of er niet een mogelijkheid is voor meer *guidance* en discussie over interpretatie. Volgens **Stijnen** zou het handig zijn als de toezichthouder *guidance* geeft over open normen. Daarvan kan dan echter ook worden gezegd dat het niet fijn is dat de toezichthouder de normen invult. Aan de andere kant kan dat ook worden gezegd als de markt de normen invult. De waarheid zal ergens in het midden liggen. Het voordeel van zorgplichten is dat de onderneming zelf kan invullen hoe ze eraan voldoet. Stijnen bevestigt dat het gaat om een ingewikkeld speelveld. Uiteindelijk komt er rechtspraak over, maar als ondernemingen er niet over procederen blijft dat onder de pet.

**Sanders** vraagt ter afsluiting aan Stijnen of een consument bij schending van de zorgplicht beter via het bestuursrecht of via het civiel recht kan procederen. Volgens **Stijnen** kan een consument beter naar Kifid gaan. De bestuursrechtelijke weg is een omweg. Er moet eerst een handhavingsverzoek gedaan worden, dan moet de toezichthouder nog in beweging komen en dan is het hopen dat de toezichthouder wat gaat doen. Pas als de toezichthouder dat niet doet, kan men naar de bestuursrechter. En alsnog moet men naar de burgerlijke rechter voor schadevergoeding, want via het bestuursrecht kan de onderneming niet worden gedwongen tot schadevergoeding aan de consument. Wel kan een handhavingsbesluit of oordeel van de bestuursrechter een rol spelen in de civiele zaak.

**Sanders** rondt de deelsessie af en dankt Stijnen voor zijn deelsessie.

**Stijnen** bedankt iedereen voor zijn aanwezigheid en deelname.

# Bekendmaking van de winnaar van de VAR-Scheltemaprijs 2023

**Dorien Brugman, voorzitter van de jury, draagt het juryrapport voor**

Geachte aanwezigen. Het is een grote eer bekend te mogen maken wie deze prijs in 2023 heeft gewonnen, ook al is het dan op een moment dat u allemaal eigenlijk naar een borrel snakt. Ik spreek namens de gehele jury, die behalve uit mijzelf bestaat uit Rens Koenraad en Rolf Ortlep – twee zeer belezen heren – en die is bijgestaan door onze fantastische secretaris Yacintha Habicht. De traditie wil dat ik u nog even in spanning houd. Ik begin met de opmerking dat de winnaar in de zaal schijnt te zitten; zelf zie ik alleen maar een donker gat. Misschien bent ú het dus wel! Over ongeveer zeven en een halve minuut weet u het; ik heb het uitgeprobeerd.

Hoe is de jury tot haar besluit gekomen? Zoals het een jury van een bestuursrechtelijke vereniging betaamt, heeft ze daarbij het recht – in dit geval het reglement – en de zorgvuldigheidsnormen in acht genomen. Eerst iets over het reglement. Ik toon u een sheet<sup>1</sup> waarop ik uit dat reglement enige elementen heb gelicht die voor de jury kernvereisten waren:

## Vereniging voor bestuursrecht

### Reglement VAR-Michiel Scheltema prijs

1. De VAR stelt eens per vier jaar een geldprijs van 3000 euro beschikbaar aan de auteur van een *oorspronkelijk werk*, gepubliceerd in de *voorafgaande periode van vier jaar*, dat naar het oordeel van de jury een *bijzonder waardevolle* bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het *Nederlandse bestuursrecht*.

5. Tot het Nederlandse bestuursrecht wordt gerekend het *algemeen* deel van het bestuursrecht, de *bijzondere* delen alsmede de invloed van het *Europese* recht daarop.

De jury vond dit mooie en terecht geldende criteria en zag in ieder geval geen reden voor afwijking *contra legem*. Dat scheelt weer!

Dan iets over de zorgvuldigheid van de procedure. Op 30 augustus 2022 – de verjaardag van Rolf Ortlep; sommigen weten dat het van belang is dat ik dit even

---

<sup>1</sup> De lezer lette in het bijzonder op de geursiveerde woorden, Red.

noem – had de jury haar constituerende vergadering. Vervolgens is onderzoek ver-richt, zijn leeslijsten opgesteld en is een geheim beoordelingsmodel ontwikkeld. Verder is een openbare oproep op LinkedIn geplaatst: eigenlijk werd er dus een soort openbare voorbereidingsprocedure gehanteerd.

Hieruit is een aantal kandidaten naar voren gekomen. Ik zeg er ook maar bij dat twee kandidaten meteen weer uit de procedure zijn gegooid, namelijk de voorzitter van deze vereniging en een lid van onze jury, Koenraad. Het leek ons te zot dat een van die twee er met de prijs vandoor zou gaan! In de periode hierna zijn de jury-leden heel veel gaan lezen.

In de tweede bijeenkomst van de jury, op 20 januari 2023, toen Bert Marseille in de bus naar Oosterbeek zat,<sup>2</sup> zouden we een *long list* van tien kandidaten vaststellen naar wie we nader onderzoek zouden doen. Ik wil er niet te veel bij stilstaan, maar deze vergadering werd ruw onderbroken en vervolgens afgebroken na het ontzettend verdrietige bericht van het overlijden van Ben Schueler, een van de knapste bestuursrechtjuristen van onze tijd.

Toch heeft de jury enige tijd daarna de draad weer opgepakt en haar onderzoek voortgezet. Het beslissende juryberaad vond plaats op maandag 17 april 2023. We waren het er heel gauw over eens dat de keuze zou gaan tussen drie personen: mannen, verklap ik alvast. Het waren drie kandidaten die – wat ik maar even in goed Nederlands formuleer – het *hard-core* bestuurs(proces)recht een warm hart toe-dragen en die de juridische dogmatiek niet schuwen. In deze woelige tijden vond de jury dat heel belangrijk.<sup>3</sup>

Wie van de drie kwam de prijs toe? Dat was nog een lastige afweging. De jury heeft heel serieus overwogen de prijs postuum aan Ben Schueler toe te kennen. Zijn briljante geest heeft prachtige publicaties voortgebracht. Maar die publicaties zijn vooral verschenen in de periode voordat hij staatsraad werd, en dus voor onze peil-periode. Daarover gesproken: staatsraad of rechter worden is natuurlijk prachtig en eervol, maar het vergroot niet je kans op deze prijs! Een aantal zeer getalenteerde vrouwelijke bestuursrechtswetenschappers is daarvan slachtoffer geworden. Maar ja, ook Ben heeft in de periode 2019-2022 dus weinig geschreven, behalve waar-schijnlijk heel veel uitspraken. Wel schijnt hij een heel belangrijke hand te hebben gehad in het rapport van een VAR-commissie over de uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter, maar dat rapport verschijnt dan weer pas binnenkort, dus ‘te laat’ voor deze prijs. Conclusie: Ben is wat de toepassing van het reglement betreft niet de uitverkorene, maar in wat hij heeft gedaan en geschreven en voor wie hij als mens was, is hij volgens de jury zeker een winnaar.

De jury heeft ook heel serieus overwogen de prijs aan Lukas van de Berge toe te kennen. Lukas heeft in 2016 een briljant proefschrift<sup>4</sup> geschreven, vond de jury. Maar dat is dan ook weer net voor onze peilperiode. Wellicht had Lukas in 2019 de

---

2 Vgl. de rede van de voorzitter, aan het begin van dit verslag.

3 Zie inmiddels: Y. Habicht & M.C.A. Hermans, ‘De nood is hoog! Over het belang van juridisch-dogmatisch onderzoek en het bijdragen aan het oplossen van maatschappelijke opgaven’, *Ars Aequi*, september 2023. Thematisch verslag van een rondetafelgesprek over het belang van juri-disch-dogmatisch onderzoek op de hoofdgebieden van het Nederlandse recht.

4 L. van de Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding: naar een relationeel bestuursrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

prijs moeten winnen, maar daar gaan wij niet over: die beslissing heeft formele rechtskracht, en de laureaat van 2019 was natuurlijk ook een fantastische winnaar. Toch willen we nog iets over Lukas zeggen. Hij zag als een van de eerste bestuursrechtswetenschappers het belang van het concept van responsiviteit. Je kunt hem haast een mannelijke Cassandra noemen, want het heeft even geduurd – om precies te zijn een toeslagenaffaire – voordat zijn verhaal echt op waarde werd geschat. Hij heeft de afgelopen jaren een gestage stroom aan mooie artikelen gepubliceerd, zowel in nationale als in internationale tijdschriften,<sup>5</sup> en zijn VAR-preadvies uit 2020 mag er ook zijn. De jury hoopt dat deze eervolle vermelding – want die krijgt hij – hem inspireert om in de toekomst nog heel veel mooie, originele stukken over het Nederlandse bestuurs(proces)recht te schrijven. Lukas heb ik in dit ‘donkere gat’ dat Mission heet nog helemaal niet gezien, maar ik feliciteer hem.

Maar de prijs gaat dus ook niet naar hem. Naar wie dan wel?

De winnaar is iemand die in de peilperiode ten eerste drie prachtige stukken heeft geschreven waarin hij op gedegen, bijna uitputtende wijze de stand van het bestuurs(proces)recht op een bepaald deelonderwerp uiteenzet. Deze stukken vormen een solide basis voor wetenschappelijke discussie en geven daarin op een waardevolle manier inbreng: ze zijn op een goede manier sturend en hebben impact in het wetenschappelijk discours. Tegelijkertijd zijn deze stukken van groot belang voor de praktijk, door de grondigheid, diepgang en bruikbaarheid. De winnaar is analytisch ijzersterk en zijn stukken lezen als een trein.

Maar dat is niet het enige. De winnaar schrijft ook nog bijdragen voor kronieken, houdt meerdere relevante handboeken bij en schreef in de relevante periode vele andere nationale en internationale publicaties. Verder is hij dé kenner van het Europees bestuursrecht. Als de winnaar lesgeeft, zie je dat zijn liefde voor het vak ervan afspat. Hij heeft een grote ‘jeugdselectie’ om zich heen verzameld die hij met enthousiasme heeft opgeleid en begeleid. Met de jongste jeugd van de selectie heeft hij deze week nog een andere topprestatie geleverd.<sup>6</sup> Zijn ‘volgers’ schijnen zelfs een studiekering rond hem te hebben opgericht onder de naam De Oorsprong.

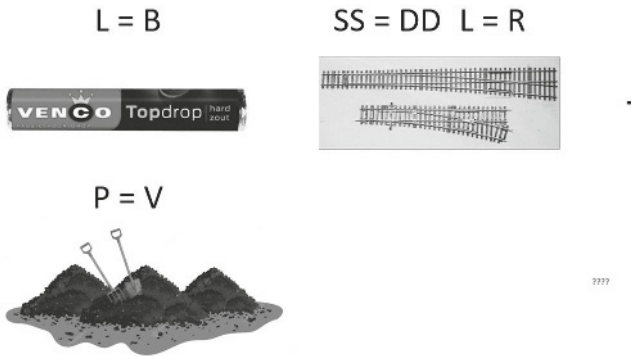
Hoort bij Lukas van den Berge het woord responsiviteit, bij deze auteur denk je meteen aan evenredigheid, waarmee ook is toegelicht waarom bij het besluit van de jury het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen.

---

5 Te vinden op zijn medewerkerspagina van de UU; [www.uu.nl/staff/LvandenBerge/Publications](http://www.uu.nl/staff/LvandenBerge/Publications).

6 Zie Huldiging van de winnaars van de pleitwedstrijd, eerder in dit verslag.

De winnaar is dus, voor wie het nog niet doorheeft:



Ik durfde geen sheet met zijn naam erop te maken. Puzzelt u maar even mee.

Het is **Rob Widdershoven**.

[De genoemde komt naar voren]

[Applaus]

U mag klappen, maar ik ga nog een paar dingen zeggen.

[Volgt overhandiging oorkonde]

Je krijgt de prijs, Rob, voor je publicaties, in het bijzonder je conclusies als staatsraad advocaat-generaal.<sup>7</sup>

Het is niet de eerste keer dat Rob deze prijs wint; dertig jaar geleden lukte hem dat ook al eens. Hiermee is hij de eerste en waarschijnlijk ook de enige die deze prijs twee keer wint. Maar de jury sluit tegelijkertijd niet uit dat Rob, met zijn goede levensstijl en zijn jeugdige, lenige geest de prijs over dertig jaar gewoon nóg een keer wint.

<sup>7</sup> Het gaat om de conclusies van 16 januari 2019 over het besluitbegrip (ECLI:NL:RVS:2019:86) en de conclusies van 7 juli 2021 (met P.J. Wattel) en van 18 mei 2022 (ECLI:NL:RVS:2021:1468, respectievelijk ECLI:NL:RVS:2022:1440) over (o.a.) het evenredigheidsbeginsel. De (net) buiten de relevante periode uitgebrachte conclusie over het belanghebbendebegrip (7 november 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3474) acht de jury ook noemenswaardig. Voor de vele andere (internationale) publicaties in de relevante periode zie [www.uu.nl/staff?RJGMWiddershoven/Publications](http://www.uu.nl/staff?RJGMWiddershoven/Publications).



Rob. Namens de gehele jury en ik durf te zeggen namens alle aanwezigen hier: van harte gefeliciteerd! Het rechtsgevolg van dit jurybesluit voor jou is: een geldprijs van € 3.000; belangrijker: de grootst mogelijke eer.

[Langdurig applaus]

**Rob Widdershoven:** Dit had ik niet zien aankomen. Ik dacht: ik heb al zo'n prijs gehad, dus ik kan hier rustig zonder spanning gaan zitten. Het komt nogal onverwacht. Ik ben hier bijzonder blij mee en ook wel erg trots op. Het is vandaag sowieso een mooie dag voor Utrecht, gezien de uitslag van de pleitwedstrijd.

Ik moet ook mensen bedanken. Je kunt mooie conclusies schrijven als je mooie vragen krijgt, en ik moet dan ook de hogerberoepscolleges ervoor bedanken dat ze mij de kans hebben gegeven iets te schrijven wat dan toch ook nog enige invloed heeft.

Wat die dertig jaar betreft: ik kan voor wie het nog niet weet zeggen dat ik gestopt ben met roken. Dat is best bijzonder, want ik had het veertig of vijftig jaar gedaan. Ik zou dus zo maar twee- of drieënnegentig kunnen worden, maar ik ben dat niet van plan. Eigenlijk ben ik vooral van plan nu een biertje te gaan drinken. Ik bedank de jury en iedereen die aan deze beslissing heeft bijgedragen. Er komt misschien weer een nieuwe conclusie aan, maar of die mooi wordt, moet nog blijken!



# 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 Eijsden  
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

