

Het (on)nut van een recht op toegang tot de overheid als nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur

NTB 2021/105

1. Inleiding

Unaniem staken 150 Tweede Kamerleden hun hand op vóór de motie om het recht op toegang tot de overheid als een beginsel van behoorlijk bestuur aan te merken. De regering wordt in deze motie verzocht *“het recht op toegang tot de overheid als beginsel van behoorlijk bestuur nader te ontwikkelen en te operationaliseren, en de Kamer daarover te informeren voor Prinsjesdag 2021.”* Dit verzoek komt voort uit de constatering *“dat burgers recht hebben op communicatie met de overheid, bijvoorbeeld om informatie te vragen, hun mening te geven of een klacht te uiten.”* In dat verband is in de motie overwogen *“dat de overheid er is voor de burger en niet andersom.”*²

Deze motie wekt sympathie op. Wie kan er tegen een recht op toegang tot de overheid als een beginsel van behoorlijk bestuur zijn?³ De motie roept toch ook een aantal vragen op. Deze vragen behoeven naar mijn mening eerst een antwoord, alvorens te kunnen bepalen of het van nut is het recht op toegang tot de overheid als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur aan te merken. Een constructief kritische houding van de regering met betrekking tot de motie is daarom volgens mij passend. Met deze bijdrage beoog ik de regering in ieder geval een paar overwegingen mee te geven voor haar onderzoek ter uitvoering van de motie. Ik schets in de voorliggende bijdrage het alternatief te komen tot een voor de burger afdwingbare, wettelijke zorgplicht die daadwerkelijke toegang tot de overheid garandeert. Hiertoe zou bijvoorbeeld zelfs al het huidige wetsvoorstel tot aanpassing van onder meer hoofdstuk 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kunnen worden aangevuld. Dit wetsvoorstel beoogt het elektronisch bestuurlijk verkeer te moderniseren.⁴

Hierna in paragraaf 2 sta ik eerst stil bij de (vermoedelijke) achtergrond van de motie. Daarna benoem ik in paragraaf 3 de hiervoor bedoelde vragen en kom ik tot een eerste aanzet tot beantwoording daarvan. In paragraaf 4 ga ik in op de feitelijke waarborging van het recht op toegang tot de overheid. Daarna doe ik in paragraaf 5 enkele overwegingen

aan de regering ter uitvoering van de motie. Ik sluit deze bijdrage af met een conclusie in paragraaf 6.

2. Achtergrond van de motie

De motie bevat geen verdere toelichting, zoals gebruikelijk. Echter, vermoedelijk komt deze voort uit een eerder ongevraagd advies van de Raad van State om het recht op toegang tot de overheid als een beginsel van behoorlijk bestuur te ontwikkelen en operationaliseren.⁵ De Raad van State bedoelt dit recht op toegang tot de overheid als het recht op een *“zinvol contact met de overheid”*. Het recht op toegang tot de overheid behelst volgens de Raad van State het materiële vereiste *“dat de burger inhoudelijk ‘te woord wordt gestaan’ en dat het contact zich niet beperkt tot uitleggen maar kan leiden tot bijstelling van voornemens of handelingen – met andere woorden, dat het contact zinvol is – dat de burger zich serieus behandeld voelt en dat de overheid hem daadwerkelijk helpt.”* De Raad van State legt dit aspect van zinvol contact uit *“als een uitvloeisel van de menselijke waardigheid als een van de centrale publieke waarden: hoe voelt een burger zich als hij alleen contact onderhoudt met de overheid via een computersysteem dat hij niet begrijpt en dat niet ingaat op zijn probleem?”*⁶

De regering reageert op dit advies van de Raad van State driedelig, hetgeen als volgt puntsgewijs is samen te vatten:

- i. De keuze voor burgers tussen digitaal communiceren of communiceren per post met de overheid blijft bestaan.
- ii. De overheid zal een recht op toegang van de burger tot de overheid moeten ‘inregelen’ in de eigen organisatie en werkprocessen, net als de beginselen van motivering en zorgvuldigheid in dat perspectief.
- iii. Het recht op toegang tot de overheid als een recht op inzage en correctie van gegevens zal moeten worden uitgewerkt. *“Deze nadere uitwerking moet plaatsvinden in de context van de AVG (...).”*⁷

Een reactie van de regering op het advies om het recht op toegang tot de overheid als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur te ontwikkelen, ontbreekt. Overigens adviseert de Raad van State niet dat *de regering* zo’n beginsel zou moeten ontwikkelen en operationaliseren. Wie die taak op zich zou moeten nemen, laat de Raad van State in het midden.

1 Machteld Claessens werkt als advocaat bij Stibbe te Amsterdam en buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is op 15 februari 2021 afgerond.

2 *Kamerstukken II 2020/21, 35570 VII, nr. 17.* De motie dateert van 15 oktober 2020. De motie is aangenomen op 27 oktober 2020 (*Handelingen II 2020/21, nr. 10, 16-10-1 t/m 16-10-3 (Stemmingen moties Begroting Binnenlandse Zaken 2021)*).

3 De motie spreekt van een ‘beginsel van behoorlijk bestuur’. Ik neem aan dat de Tweede Kamer bedoelt een ‘algemeen beginsel van behoorlijk bestuur’, waarvan ik in het vervolg van deze bijdrage spreek.

4 *Kamerstukken II 2018/19, 35261, nrs. 1-3.*

5 *Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, par. 4.3, p. 23:* advies d.d. 31 augustus 2018 van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen.

6 *Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, p. 23.*

7 *Kamerstukken II 2017/18, 26643, nr. 557, par. 4.3, p. 24.*

3. Enkele vragen naar aanleiding van de motie en een eerste aanzet tot beantwoording daarvan

3.1 Introductie

De motie bestaat in wezen uit twee delen. De motie gaat over het recht op toegang tot de overheid en de motie spreekt de wens uit dit recht te kenmerken als een beginsel van behoorlijk bestuur.

De motie spreekt van een 'recht op toegang tot de overheid'. Deze 'toegang tot' kan zo weinig of veelomvattend zijn, als maar gewenst. Ik begrijp de motie zo dat de Tweede Kamer de toegang tot de overheid vooral bedoelt als het recht op communicatie met de overheid. Het advies van de Raad van State bevestigt deze interpretatie.

Met name de wens dit recht als een beginsel van behoorlijk bestuur te kenmerken, roept bij mij een aantal vragen op. Dit zijn de volgende:

- Heeft de Tweede Kamer de juridische consequenties van een recht op toegang tot de overheid als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur voldoende doordacht? (paragraaf 3.2)
- Wat is de toegevoegde waarde van een recht op toegang tot de overheid als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ten opzichte van c.q. welke invloed gaat zo'n beginsel hebben op al bestaande normen over toegang tot de overheid? (paragraaf 3.3)
- Kan de regering wel een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ontwikkelen en operationaliseren? (paragraaf 3.4)

Ik ga hierna op elk van deze vragen in en geef een eerste aanzet tot beantwoording daarvan. In ieder geval lijken mij dit nuttige vragen voor de regering om in haar onderzoek ter uitvoering van de motie te beantwoorden.

3.2 Heeft de Tweede Kamer de juridische consequenties van een recht op toegang tot de overheid als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur voldoende doordacht?

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur kenmerken als rechtsnormen. Ze zijn van invloed op de interpretatie van wettelijke bepalingen, geven mede vorm aan overheidsbeleid en dienen in acht te worden genomen bij overheidshandelen.⁸ In de kern normeren algemene beginselen van behoorlijk bestuur de besluitvorming van overheden.⁹ Een eigen kenmerk van algemene beginselen van behoorlijk bestuur is dat de betekenis ervan zich kan aanpassen naar de tijd en omstandigheden die zich voordoen. "Het

mooie van rechtsbeginselen is hun kneedbaarheid".¹⁰ Met andere woorden, overheidsorganen hebben zich te houden aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en kunnen daarop (in rechte) worden aangesproken. Heeft de Tweede Kamer deze juridische consequenties voldoende doordacht, is een eerste vraag die bij mij opkomt.

3.3 Wat is de toegevoegde waarde van een recht op toegang tot de overheid als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ten opzichte van c.q. welke invloed gaat zo'n beginsel hebben op al bestaande normen over toegang tot de overheid?

Er bestaan al verplichtingen voor de overheid als het om haar toegankelijkheid gaat. Het recht op toegang tot de overheid beslaat vele deel terreinen. Het gaat onder meer om toegang tot overheidsinformatie, het recht op antwoord van de overheid op verzoeken van onder meer administratieve aard, het recht te worden betrokken bij of invloed te kunnen uitoefenen – in het bijzonder het recht te worden gehoord – op besluitvorming, het recht op behoorlijk bestuur, en ook het recht op toegang tot de rechter en toegang tot procedures tegen de overheid. Deze rechten worden al in internationale, Europese, constitutionele en wettelijke normen genormeerd en gewaarborgd. Dit is bovendien ook al het geval via de bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ik licht hierna een aantal van deze normen toe. Het gegeven dat toegang tot de overheid al op veel deel terreinen is genormeerd, roept de vraag op wat de toegevoegde waarde van het beoogde algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zal zijn én welke invloed dit beginsel op de uitleg en waarborging van die normen zal hebben.

Artikel 5 Grondwet normeert en waarborgt het petitie-recht. Dit recht betreft een vorm van direct contact met de overheid. Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen. Een antwoordplicht van de overheid vloeit uit dit recht niet voort. Maar "een recht op beantwoording of behandeling (...) moet (...) worden gezien als een connex recht, dat niet is gebaseerd op artikel 5 van de Grondwet, maar op ongeschreven beginselen van behoorlijk bestuur (...)"¹¹ De geschiedenis van bijzondere wetten laat zien, onder verwijzing naar artikel 5 Grondwet, dat op een verzoek aan de overheid een gemotiveerde reactie mag worden verwacht.¹²

Artikel 41 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) waarborgt het recht op behoorlijk bestuur. Dit recht stelt kort gezegd eisen aan de totstandkoming van en procedures over besluitvorming. De in artikel 41 genoemde 'onderdelen' van het recht op behoorlijk

8 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 361.

9 Zie voor een verdere duiding van algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het licht van een recht op behoorlijk bestuur: R.J.N. Schlössels, 'Kamino en Datema', in: T. Barkhuysen e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, par. 41.2.

10 R.J.N. Schlössels, B.A. Beijen & M.H.W.C.M. Theunisse, 'Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2020/236.

11 *Kamerstukken II* 1997/98, 25455, nr. 5, p. 2-3; vetmarkeringen door auteur.

12 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2014/15, 34109, nr. 3, p. 69, MvT Erfgoedwet: "De aanwijzing als rijksmonument gebeurt uitsluitend ambtshalve. (...) Uiteraard kunnen suggesties voor ambtshalve aanwijzing als rijksmonument worden gedaan aan de Minister van OCW. De suggesties worden behandeld als verzoeken als bedoeld in artikel 5 van de Grondwet en leiden tot een gemotiveerde reactie."

bestuur zijn niet uitputtend geformuleerd. Artikel 41 Handvest “[vormt] een afspiegeling (...) van een algemeen beginsel van Unierecht (...)”.¹³ Het in het Handvest verankerde, en daarvoor al langer bestaande Unierechtelijke beginsel op behoorlijk bestuur kent geen nationale evenknie in de Grondwet. Julicher heeft zich de vraag gesteld of de Grondwet hierop zou moeten worden aangepast. Volgens haar is een Grondwettelijke waarborging van het recht op behoorlijk bestuur noodzakelijk in deze tijd waarin de uitvoerende overheidsmacht al maar meer taken krijgt. “Dat heeft vooral te maken met de legitimatie die hiermee aan de rechter wordt geboden om de abbb, en daarmee de notie van behoorlijk bestuur, zodanig te ontwikkelen dat toereikende antwoorden kunnen worden geboden op actuele maatschappelijke en technologische ontwikkelingen.”¹⁴

De rechten op een eerlijk proces en effectieve rechtsbescherming die door artikel 6 respectievelijk 13 van het Europees Verdrag betreffende de bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) (zie ook artikel 47 Handvest) worden gewaarborgd, zijn inmiddels van grote betekenis voor de Nederlandse rechtsorde.¹⁵ Deze en andere EVRM-rechten worden nader gespecificeerd in gezaghebbende *recommendations* en *guidelines* van de Raad van Europa. De ‘Recommendation C/Rec(2007)7 on good administration’ werkt tal van aspecten met betrekking tot toegang tot de overheid uit. Om een voorbeeld te noemen: artikel 8 waarborgt het principe van deelname (principle of participation). Deze bepaling luidt: “*Unless action needs to be taken urgently, public authorities shall provide private persons with the opportunity through appropriate means to participate in the preparation and implementation of administrative decisions which affects their rights of interests.*” Burgers moeten kunnen participeren in de voorbereiding en totstandkoming van overheidsbesluiten.

In het kader van actuele ontwikkelingen van en tevens debat over de totstandkoming van besluitvorming op basis van algoritmische en andere computergestuurde rekenmodellen, krijgen de rechten van artikel 6 en 13 EVRM bijzondere aandacht. Onder meer De Poorter en Goossens hebben eerder al toegelicht dat de bestuursrechters zich bij hun beoordeling van deze ‘categorie’ besluitvorming nu nog vooral op een recht op informatie en uitleg baseren.¹⁶ Dit recht beoogt de toegang tot de overheid in die zin te waarborgen. Het recht op informatie en uitleg is door de bestuursrechter via de band van het zorgvuldigheidsbeginsel en het vereiste

van een deugdelijke motivering geconstrueerd. De Poorter en Goossens onderzoeken de vraag of en zo ja hoe de bestuursrechter bij de toetsing van ‘algoritmische besluitvorming’ kan voldoen aan de rechten op een eerlijk proces en effectieve rechtsbescherming. Hun conclusie is dat mede in het licht van deze rechten meer aandacht zou moeten komen voor de regulering van het besluitvormingsproces door de overheid. Bovendien is volgens hen een menselijke heroverweging in de bezwaarschriftprocedure over algoritmische besluitvorming vereist (zie hierover ook de ‘Awb-toolbox’, die hierna wordt besproken).¹⁷ Ook dit zijn rechtsvormen van toegang tot de overheid.

Een internationaal voorbeeld dat meerdere aspecten van het recht op toegang tot de overheid waarborgt, betreft het Verdrag van Aarhus. In de considerans van dit verdrag komt tot uiting dat burgers toegang tot informatie, het recht op inspraak in de besluitvorming en toegang tot de rechter met betrekking tot milieuaangelegenheden moeten kunnen hebben. Deze rechten zijn nodig om het recht van eenieder te kunnen doen gelden om te leven in een milieu dat passend is voor zijn of haar gezondheid en welzijn. Ook hier geldt dat de betekenis van het Verdrag van Aarhus op onze nationale toegang tot de overheid groot is. Dit blijkt onder meer uit een actuele Nederlandse verwijzingszaak aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). In het Nederlandse bestuursprocesrecht geldt als voorwaarde dat voor toegang tot de bestuursrechter tijdens de eerdere inspraakprocedure bij het bestuursorgaan een zienswijze moet zijn ingediend (artikel 6:13 Awb). Echter, volgens het HvJ EU mag het niet indienen van een zienswijze door een belanghebbende niet aan de toegang tot de rechter in de weg staan, als het Verdrag van Aarhus van toepassing is. En ook niet-belanghebbenden moeten hun inspraakrechten uit het Verdrag van Aarhus bij de rechter kunnen afdwingen, aldus (heel) kort gezegd het HvJ EU.¹⁸

Ook de nationale wetgever heeft in tal van wetten (deelaspecten van) het recht op toegang tot de overheid neergelegd. De Awb bevat daartoe belangrijke onderdelen. De Awb kent een regeling voor ‘verkeer langs elektronische weg’ met bestuursorganen (waarvan ik al noemde dat er een wetswijziging aanhangig is), heeft een groot deel van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verankerd en regelt de toegang van de burger tot het bestuursorgaan bij de totstandkoming en heroverweging van besluitvorming en de toegang tot de bestuursrechter in geschillen over bestuursrechtelijk appellabele besluiten. De Wet openbaarheid van bestuur (Wob) waarborgt de toegang tot overheidsinformatie, hetgeen is te beschouwen als een belangrijke component van het recht op toegang tot de overheid (zie ook artikel 10 EVRM en artikel 42 Handvest). Een tweede versie van het voorstel voor een Wet open overheid

13 Zoals recent nogmaals bevestigd in HvJ EU 24 november 2020, ECLI:EU:C:2020:951 (Grote Kamer) in de Nederlandse zaak *R.N.N.S. en K.A. t. de Minister van BZ*.

14 M. Julicher, ‘Hoe behoorlijk is de Grondwet’, *NTB* 2019/44. Zie tevens haar proefschrift: M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest* (diss. UU), Ridderprint BV 2020, hoofdstuk 4, p. 73-88; vetmarkeringen door de auteur.

15 Het recht op eerlijk proces wordt mogelijk ook in de Grondwet verankerd (*Stb.* 2018, 88).

16 J.C.A. de Poorter & J. Goossens, ‘Effectieve rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming in het bestuursrecht’, *NJB* 2019/2777.

17 Zie in dit verband tevens de preadviezen 2020 van de VAR over ‘Maatwerk in het bestuursrecht’, van L. van den Berge, M.F. Vermaat, M. Lurks, N.A. van Renssen & S. van Heukelom-Verhage.

18 HvJ EU 14 januari 2021, ECLI:EU:C:2021:7, C-826/18.

(Wijzigingswet Woo) is op 26 januari 2021 door de Tweede Kamer aangenomen. De Woo beoogt de Wob te vervangen met onder meer verduidelijking van de overheidsplicht tot actieve openbaarmaking van documentatie.¹⁹

In de Eerste Kamer ligt verder thans een voorstel voor de Wet digitale overheid voor. *“Dit wetsvoorstel strekt er tevens toe dat de digitale toegang tot dienstverlening van bestuursorganen en aangewezen organisaties generiek wordt ingericht zodat burgers en bedrijven met één of meer generieke identificatiemiddelen overheidsbreed en op een passend betrouwbaarheidsniveau toegang kunnen krijgen tot elektronische diensten.”*²⁰ In 2019 heeft de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (de Afdeling) uitspraak gedaan in een zaak over de afwijzing van een verzoek om een DigiD door een Belgische die al geruime tijd in Nederland werkt. De Afdeling overweegt in die zaak over de digitale toegang tot de overheid in algemene zin: *“In een tijd van toenemende digitalisering, leidend tot een digitaal burgerschap, moet de digitale toegang tot overheidsdiensten worden aangemerkt als een noodzakelijke voorwaarde om aanspraak te kunnen maken op informatie en bepaalde rechten en voorzieningen. Tegen het weigeren van het middel dat die toegang verleent, moet rechtsbescherming openstaan. Naar het oordeel van de Afdeling is de bestuursrechter daarvoor de aangewezen rechter.”*²¹

In de hiervoor gegeven voorbeelden komt meermalen terug dat het recht op toegang tot de overheid ook via de al bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur is genormeerd. In het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel en het vereiste van een deugdelijke motivering, en ook het recht op behoorlijk bestuur dat tevens het verdedigingsbeginsel omvat, bieden waarborgen voor toegang tot de overheid.

Gelet op de al bestaande normering van en de diversiteit in fundamentele rechten die elk een vorm van toegang tot de overheid behelzen en waarborgen, mag de regering zich mijns inziens kritisch afvragen wat de toegevoegde waarde is van een recht op toegang tot de overheid als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en wat de invloed van zo'n beginsel zal zijn op de uitleg van die bestaande normen. Deze vraag is ook niet door de Raad van State in zijn advies over de effecten van digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen beantwoord.

3.4 *Kán de regering wel een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ontwikkelen en operationaliseren?*

Bij dit alles komt dan nog de vraag of de regering wel een beginsel van behoorlijk bestuur kán ontwikkelen en

operationaliseren, zoals in de motie de opdracht aan de regering luidt.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur komen geleidelijk tot stand via de rechtswetenschap en rechtspraak en worden daarna desgewenst wettelijk verankerd of ze blijven gelden als ongeschreven rechtsnormen (zie ook het hiervoor al aangehaalde citaat van Julicher). Het juridische debat in de laatste jaren over het – al dan niet – ontstaan van het voorzorgsbeginsel en het transparantiebeginsel als nieuwe algemene beginselen van behoorlijk bestuur illustreren die gebruikelijke, geleidelijke totstandkoming. De wetgever heeft bij de invoering van de Awb bewust oog gehad voor deze wijze van totstandkoming van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en hoe die zich verhoudt tot de totstandkoming van wetgeving: *“Overigens wordt met het in de wet opnemen van de in de rechtspraak ontwikkelde regels niet beoogd een verdere ontwikkeling van het ongeschreven recht af te snijden. Het gaat erom, de verworvenheden van de jurisprudentie, in de wet neer te leggen vanwege de voordelen die dit heeft uit de gezichtspunten kenbaarheid, eenheid en systematiek van het recht. Hoewel daardoor een verschuiving zal plaatsvinden van het ongeschreven naar het geschreven recht, blijft er behoefte aan rechtsvorming door de rechter bestaan.”*²²

De regering kan naar mijn idee hooguit proberen een maatschappelijk en juridisch debat op gang te brengen over de al dan niet wenselijkheid van een recht op toegang tot de overheid als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, bijvoorbeeld in een beleidsbrief van de verantwoordelijke bewindspersoon. Ik zie in ieder geval niet goed voor mij hoe de regering een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kan ‘opleggen’, bijvoorbeeld door publicatie in het Staatsblad.²³

4. **Feitelijke waarborging van het recht op toegang tot de overheid**

De regering heeft het wel in haar macht om de feitelijke toegang tot de overheid te waarborgen. Er zijn dan ook al tal van overheidsprojecten, al dan niet voorzien van een juridische grondslag, gestart, gaande of aangekondigd met als doel die toegang te faciliteren en verbeteren.²⁴ Van deze overheidsprojecten licht ik hier uit de ‘Awb-toolbox’, of voluit: een advies van landsadvocaat Pels Rijcken ‘over het gebruikmaken van de juridische ruimte van de Algemene wet bestuursrecht voor het bieden van maatwerk’.²⁵ Het doel is te komen tot ‘praktische handwenken’ aan

¹⁹ Kamerstukken II 2019/20, 35112 (Wijzigingswet Woo).

²⁰ Kamerstukken II 2017/18, 34972, nr. 3, p. 4, MVT.

²¹ ABRvS 24 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4434, AB 2020/197, m.nt. A. Drahmman en F. Çapkurt.

²² Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 9.

²³ Het is misschien zelfs wel verontrustend dat geen enkel lid van de Tweede Kamer zich dit gegeven blijkbaar heeft gerealiseerd. Zie ook: Folkert Jensma, ‘Wordt er nog wel naar het recht geluisterd?’, *NRC Handelsblad* 18 december 2020.

²⁴ Een actueel overzicht hiervan wordt gegeven door R. Ortlep, ‘Referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen’, *JBplus* 2020/4, paragraaf 1.

²⁵ Bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 26643, nr. 644. Zie ook de bijbehorende Kamerbrief d.d. 23 oktober 2019 in Kamerstukken II 2019/20, 26643, nr. 644.

uitvoeringsorganisaties van de overheid om tot meer maatwerk en menselijke maat in de besluitvorming te komen (pagina 6). “*De ervaring met digitale dienstverlening van overheidsinstanties brengt de laatste jaren voorbeelden van klachten en pijnlijke situaties aan het licht.*” (pagina 5). De Awb-toolbox bevat onder meer een pleidooi voor ‘het recht op menselijke tussenkomst’ bij digitale besluitvorming (pagina 37 e.v.), mede onder verwijzing naar het hiervoor al aangehaalde advies van de Raad van State. In de recente voortgangsbrief d.d. 7 december 2020 over informatie- en communicatietechnologie (ICT) (waarvan de Awb-toolbox één actie betreft) wordt herhaald dat de dienstverlening van de digitale overheid gebruikersvriendelijk, toegankelijk en begrijpelijk moet zijn. De centrale term in die brief is ‘digitale inclusie’. De brief illustreert de hoeveelheid overheidsinitiatieven op het terrein van de digitale overheid: het Informatiepunt Digitale Overheid, de DigiHulplijn, Gebruiker Centraal, de Direct Duidelijk Brigade, aanjaagteams en het expertisecentrum DigiToegankelijk.²⁶

Echter, alle bestaande rechtsnormen en projecten ten spijt, is de toegang tot de overheid nog steeds niet op orde. Ingrijpende voorvallen als de kinderopvangtoeslagaffaire laten zien dat er nog het nodige te verbeteren valt. De Nationale ombudsman constateert in zijn jaarverslag 2019 dat de afstand tussen overheid en burger zelfs eerder groter dan kleiner lijkt te worden. De prioriteit om (juridische vastlegging van) een responsieve rechtsstaat, een burgervriendelijker bestuursrecht en meer maatwerk van de overheid wordt dan ook steeds groter.²⁷

5. Overwegingen aan de regering ter uitvoering van de motie

5.1 Introductie

In de vorige paragrafen heb ik getracht inzicht te geven in de hoeveelheid al bestaande normen en overheidsprojecten die beogen een vorm van toegang tot de overheid juridisch en/of feitelijk te waarborgen. En dan nóg heeft de Tweede Kamer unaniem de wens het recht op toegang tot de overheid als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur vorm te geven. In deze paragraaf geef ik een aantal zaken ter overweging mee aan de regering.

5.2 Minstens twee oorzaken van een gebrekkige toegang tot de overheid

Naar mijn idee zijn er – in ieder geval – twee oorzaken aan te wijzen die, al dan niet gezamenlijk, ertoe leiden dat de toegang tot de overheid nog niet altijd optimaal is. En soms verre van dat.

Ten eerste laat deze toegang in algemene zin soms nog (veel) te wensen over, waar dat simpelweg niet nodig had hoeven zijn. De regels zijn er wel, maar de feitelijke organisatie en inrichting van overheidsorganen is er niet naar. Het blijkt bovendien lastig te zijn de overheid hierop juridisch aan te spreken, zeker voor een individuele burger. Die burger is niet altijd bij machte een tijdrovende rechtszaak te starten, zeker als hij of zij zich in een kwetsbare, van de overheid afhankelijke positie bevindt zoals bij belasting- en sociale zekerheidszaken. Bijvoorbeeld de laagdrempelige klachtprocedure over een gebrekkige toegang tot de overheid bij de Nationale ombudsman leidt niet tot een voor de overheid bindend oordeel. De burger moet op de figuurlijke zeepkist (durven te) staan om te worden gehoord, al dan niet met behulp van media-aandacht en maatschappelijke druk.

Ten tweede ontstaan er nieuwe vraagstukken met betrekking tot de toegang tot de overheid als gevolg van met name technologische ontwikkelingen zoals de ‘geautomatiseerde besluitvorming’. Deze vraagstukken worden in zoverre onderkend, dat er een woud aan nieuwe rechtsnormen en initiatieven tot stand komt met betrekking tot (deaspecten van) toegang tot de overheid in een digitaliserende samenleving. Als ik voor mijzelf spreek, vind ik het lastig door de bomen aan verschillende regels nog het bos te zien.

5.3 Een zorgplicht tot waarborging van een adequate toegang tot de overheid als alternatief voor een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur

Gelet op het voorgaande, kan ik mij indenken dat de Tweede Kamer de motie heeft bedoeld als een opdracht aan de regering een juridisch vangnet te creëren. Dit vangnet zou in plaats van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur in de vorm van een zorgplicht voor de overheid kunnen worden geformuleerd. Meer precies een zorgplicht om de adequate toegang tot de overheid te waarborgen. Zorgplichten zijn een aparte categorie normen met een aantal eigen kenmerken.

In het omgevingsrecht is het al langer gebruikelijk de fysieke leefomgeving met behulp van zorgplichten te beschermen. De toelichting bij de nieuwe Omgevingswet bevat een omschrijving van de functies van de zorgplicht: (i) “*bewust maken van de eigen verantwoordelijkheid van burgers voor de behartiging of het ontzien van bepaalde belangen*”, (ii) “*bieden van een leidraad voor gedrag, wanneer geen concrete gedragsbepalingen voorhanden zijn of deze niet toereikend blijken*”, (iii) “*bieden van een maatstaf voor de beoordeling van gedrag*” en (iv) “*bieden van een rechtvaardigingsgrond voor bestuursrechtelijke handhaving in gevallen van onmiskenbare strijd met de zorgplicht (vangnetfunctie)*.”²⁸ Gelet op de hiervoor beschreven oorzaken, zou elk van deze vier functies van relevantie kunnen zijn voor een oplossing van het prangende vraagstuk hoe de toegang tot de overheid daadwerkelijk te garanderen. Een zorgplicht verhoogt bij eenieder het bewustzijn van en de aandacht voor

²⁶ Kamerstukken II 2020/21, 26643, nr. 721.

²⁷ T. Barkhuysen & W. den Ouden, ‘Kroniek over het algemeen bestuursrecht. Over responsief bestuursrecht, integrale geschilbeslechting en vooral... maatwerk’, *NJB* 2020/954. Zie ook: M. Scheltema, ‘Handvatten voor vernieuwingen in het bestuursrecht’, *NTB* 2020/256. En verder het thema-nummer in het *NTB* over maatwerk in het bestuursrecht, 2020.

²⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67 (MvT Omgevingswet).

daadwerkelijke toegang tot de overheid. En een zorgplicht biedt burgers de mogelijkheid de overheid (in rechte) aan te spreken wanneer tekortkomingen in de toegang tot de overheid voor hen tot ernstig nadelige gevolgen leiden en er niet een andere uitputtend bedoelde regeling van toepassing is.²⁹ Een zorgplicht voor de overheid zou daarmee een oplossing kunnen bieden voor beide, hiervoor genoemde oorzaken.

5.4 *Contouren van een zorgplicht en de afdwingbaarheid ervan*

De vervolgvraag is wat de contouren van zo'n zorgplicht dan zouden kunnen zijn. Ik denk aan een 'Wet recht op toegang tot de overheid' die bestaande wetgeving wijzigt ter implementatie van de hiervoor bedoelde zorgplicht. De meest voor de hand liggende wet is de Awb. Hoofdstuk 2, 'Verkeer tussen burgers en bestuursorganen', van deze wet zou een bepaling kunnen bevatten dat burgers het (gegarandeerde) recht op toegang tot bestuursorganen hebben, onder te verdelen in digitale toegang, telefonische toegankelijkheid, een papieren toegankelijkheid en toegang tot een fysiek loket. De bepaling zou verder kunnen bevatten de minimale eisen waaraan de toegang moet voldoen. De 'Behoorlijkheidswijzer' van de Nationale ombudsman kan een inspiratiebron zijn voor het bepalen van deze eisen. De Nationale ombudsman heeft in deze wijzer voor de overheid behoorlijkheidsnormen ontwikkeld hoe met burgers om te gaan.³⁰ Verder zou een soortgelijke bepaling als hiervoor genoemd, op de klachtbehandeling toegespitst, kunnen worden opgenomen in hoofdstuk 9, 'Klachtbehandeling', van de Awb. Een aanvulling hierop of een alternatief is een meer overkoepelende bepaling in het inleidende hoofdstuk 1 van de Awb, op te nemen in een nieuwe titel 1.3, bijvoorbeeld genaamd 'Toegang tot bestuursorganen'.

Ik realiseer mij overigens dat de 'overheid' meer omvat dan alleen bestuursorganen. Van de te formuleren zorgplichten zou daarom tevens onderdeel kunnen zijn dat die plicht voor de bestuursorganen ook geldt voor de tot hen te rekenen ambtelijke- en uitvoeringsorganisaties, zoals de Belastingtelefoon dan is 'toe te rekenen' aan de belastinginspecteur.

Enige inspiratie voor een zorgplicht in de Awb kan het huidige artikel 19 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (Kaderwet zbo's) bieden. Dit artikel bepaalt onder meer dat personen en instellingen die met een zelfstandig bestuursorgaan in aanraking komen, zorgvuldig worden

behandeld. Verder is het zelfstandige bestuursorgaan op basis van artikel 19 Kaderwet verplicht over de uitvoering van deze bepaling verslag te doen in zijn jaarverslag (lid 3). In de toelichting bij dit artikel, dat via amendering in de Kaderwet zbo's is opgenomen, wordt expliciet van een zorgplicht gesproken.³¹ Het is interessant te onderzoeken in hoeverre deze zorgplicht in de praktijk een positief effect heeft op de toegang voor burgers en instellingen tot zelfstandige bestuursorganen.

Het momentum voor zo'n regeling is nu te meer daar, omdat op dit moment al voorligt een voorstel tot wijziging van (hoofdzakelijk) hoofdstuk 2 Awb wegens 'modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer'. Dit wetsvoorstel beoogt onder meer aan burgers het recht op elektronisch zakendoen met de overheid toe te kennen.³² Het wetsvoorstel houdt daarom een wijziging van o.a. artikel 2:1 Awb in, waaraan een nieuw eerste lid wordt toegevoegd: "*Een bestuursorgaan draagt zorg voor passende ondersteuning bij het verkeer met dat bestuursorgaan*".³³ In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt deze bepaling geduid als een zorgplicht.³⁴ In algemene zin beoogt het wetsvoorstel invulling te geven aan, wat wordt genoemd, het burgerperspectief.³⁵ "*Het centraal stellen van behoeften van burgers en bedrijven brengt mee dat de overheid een verantwoordelijkheid heeft om hen hulp te geven in hun contact met de overheid (...)*".³⁶ Indachtig de motie van de Tweede Kamer om te komen tot een recht op toegang tot de overheid, zou dit burgerperspectief dus nog een stapje verder mogen worden uitgelegd. Het bieden van hulp bij toegang tot bestuursorganen is namelijk in zoverre niet voldoende. Er zou sprake moeten zijn van een resultaatsverplichting in plaats van een inspanningsverplichting voor de overheid: daadwerkelijke toegang tot de overheid is het devies.

Bovendien zou die resultaatsverplichting van de overheid jegens de burger naar mijn smaak gemakkelijker en beter afdwingbaar moeten zijn. In ieder geval moet worden voorkomen dat de nieuwe zorgplichten in de praktijk een lege huls blijken te zijn. Het recht op toegang zou wat mij betreft daarom explicieter mogen behelzen dat de overheid door burgers procedureel gemakkelijker – in rechte – kan worden aangesproken op een gebrekkige toegang tot haar organisaties. Verder zou bijvoorbeeld de Nationale ombudsman een soort wettelijke rappelfunctie kunnen krijgen voor de gevallen waarin een adequate toegang tot de overheid uitblijft. Lukt het een burger niet zelf deze toegang tot een overheidsorgaan te krijgen, dan zou hij de Nationale ombudsman moeten kunnen vragen namens hem of haar met dat overheidsorgaan contact op te nemen. De Nationale

29 Vgl. de jurisprudentie over zorgplichten in het omgevingsrecht. Zie bijv. ABRvS 27 februari 2019, AB 2019/153, m.nt. L.J.A. Damen over een zorgplicht van artikel 1.1a Wet milieubeheer, waarop in besluitvorming en/of bestuursrechtelijke procedures met regelmaat een beroep wordt gedaan: "*Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (...) geldt de in artikel 1.1a van de Wet milieubeheer vervatte zorgplicht in beginsel slechts in gevallen waarin ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden, terwijl de Wet milieubeheer er niet op andere wijze in voorziet om die gevolgen te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken.*" (r.o. 10.4).

30 Deze is online te raadplegen via de website van de Nationale ombudsman. Voor een voorbeeld van een zaak waarin de Nationale ombudsman zijn behoorlijkheidswijzer toepast, zie AB 2014/337, m.nt. P.J. Stolk.

31 *Kamerstukken II 2001/02, 27426, nr. 33.* Dit amendement is aangenomen: *Handelingen II 2001/02, nr. 57, p. 3887-3889.*

32 *Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 1 en 6.*

33 *Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 2, p. 1.*

34 *Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 3.*

35 Zie hierover o.m. M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', *NTB 2019/24* en R.J.N. Schlössels, 'Het ongrijpbare burgerperspectief...', *NTB 2020/170*.

36 *Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 7.*

ombudsman zou in zijn jaarverslag een overzicht kunnen opnemen bij welke overheidsorganen hij in het afgelopen jaar heeft moeten rappelleren. Met dit soort instrumenten om de zorgplicht meer afdwingbaar te maken, is er een 'stok achter de deur' voor een daadwerkelijke, effectieve toegang tot de overheid.

5.5 *Van een wettelijke zorgplicht gaat een krachtiger signaal uit dan van (de geleidelijke totstandkoming van) een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur*

Als de Tweede Kamer inderdaad heeft bedoeld een juridisch vangnet c.q. zorgplicht van de overheid te creëren, dan is het belangrijk voor ogen te hebben dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur geleidelijk en 'bottom-up' ontstaan. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben als voordeel dat zij zich kunnen aanpassen naar de tijd en omstandigheden die zich voordoen.³⁷ Echter, het is in ieder geval allerminst gebruikelijk dat de regering een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur ontwikkelt en operationaliseert. De regering heeft wel in haar machte het recht op toegang tot de overheid in een geschreven rechtsnorm te verankeren en om dit recht feitelijk te garanderen. Van een wettelijke norm inhoudende de vastlegging van het algemene recht op toegang tot de overheid en de plicht voor de overheid dit recht te waarborgen, of – op langere termijn – een constitutionele verankering ervan, gaat bovendien een krachtiger signaal uit dan van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Niet in de eerste plaats omdat de overheid daarmee zelf laat zien prioriteit aan toegang tot de overheid te stellen in plaats van dat via de rechtspraak de overheid daarop nogmaals moet worden aangesproken.

6. Conclusie

Naar mijn mening is het in ieder geval het verder overwegen waard een algemeen recht op toegang tot de overheid in de wet te verankeren en tevens als een wettelijke zorgplicht voor de overheid te formuleren.³⁸ Samenvattend heb ik daarvoor de volgende redenen: (i) recente voorbeelden van een gebrekkige toegang tot de overheid, (ii) het potentieel ingrijpende effect daarvan op levens van individuele, soms kwetsbare burgers, (iii) gelet op de vaststelling dat in algemene zin de afstand tussen burger en overheid groter wordt, (iv) mede als gevolg van de digitaliserende samenleving, en (v) blijkbaar alle bestaande rechtsnormen en tal van overheidsprojecten – vooralsnog – ten spijt. Kortom, naar mijn indruk zou de wens van de Tweede Kamer met een wettelijke zorgplicht meer worden vervuld dan met het door die Kamer gevraagde beginsel van behoorlijk bestuur.

Bovendien biedt een wettelijke zorgplicht voor de rechtspraak een extra 'haakje' om reeds bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, in het licht van die zorgplicht verder te ontwikkelen of zo gewenst zelfs te komen tot een nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, inhoudende een recht op toegang tot de overheid.

37 Ook benoemd in R.J.N. Schlössels, B.A. Beijen & M.H.W.C.M. Theunisse, 'Kroniek Beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 2020/236: "Zij [de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, toev. MC] weten zich goed aan te passen aan de onstuitbare digitalisering van de overheid (...)."

38 Om op korte termijn een wezenlijk effect te hebben van een norm inhoudende het recht op toegang tot de overheid ligt een Grondwettelijke vastlegging ervan voor nu minder voor de hand. Bovendien is rekening te houden met het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet.