

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

Preadviezen

M.H. Ippel & M. Scheltema

A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin & G. Mulder

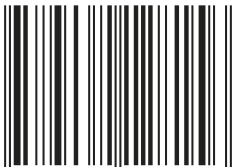
A. Collignon

R. Stijnen

1 7 0

Boomjuridisch

ISBN 978-94-6212-815-6



9 789462 128156 >

Zorgplichten in het bestuursrecht

VAR-reeks

170

Zorgplichten in het bestuursrecht

Preadviezen uitgebracht door

M.H. Ippel & M. Scheltema

A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin & G. Mulder

A. Collignon

R. Stijnen

Boom juridisch

Den Haag

2023

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

© 2023 VAR Vereniging voor Bestuursrecht | Boom juridisch

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

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

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

ISBN 978-94-6212-815-6
ISBN 978-94-0011-279-7 (e-book)
NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

De rechtsstatelijke zorgplicht M.H. Ippel & M. Scheltema	7
De informationele zorgplicht van de overheid A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin, G. Mulder	77
Zorgplichten in het omgevingsrecht A. Collignon	135
Zorgplichten bij financiële dienstverlening, bij bestrijding van witwassen, bij marktregulering en bij het waarborgen van de volksgezondheid R. Stijnen	203
Bestuur en erelid	269
Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR	271

De rechtsstatelijke zorgplicht

M.H. Ippel & M. Scheltema*

1	Inleiding	9
2	De rechtsstatelijke basis van de zorgplicht	13
2.1	De vier beginselen van de rechtsstaat als uitgangspunt	14
2.2	Het beginsel van de rechtszekerheid	15
2.2.1	Consequenties voor de zorgplicht: het geven van voorlichting	17
2.3	Het gelijkheidsbeginsel	19
2.4	Het beginsel van de dienende overheid	21
2.5	Conclusie: de beginselen van de rechtsstaat stellen eisen aan de zorgplicht	25
2.6	Het privaatrecht als spiegel voor de zorgplicht in het bestuursrecht	25
2.6.1	Vormgeving zorgplichten in het privaatrecht	26
2.6.2	Consequenties voor de zorgplicht van de overheid	28
2.7	De kant van de burger: hij moet zich gedragen als een goed burger	28
2.7.1	Ook voor de positie van de burger de spiegel van het privaatrecht	29
2.8	Zorgplicht kan ook de overheid helpen	31
2.9	De balans	32
3	Consequenties voor het bestuursorgaan	33
3.1	Een reis door het bestuursrecht	34
3.2	Er is nog geen contact	35
3.3	Van contact tot besluit	40
3.4	De duurrelatie	44
3.5	Tussenconclusie	50
4	Consequenties voor de bestuursrechter en wetgever	52
4.1	De bestuursrechter	52
4.1.1	Nog geen contact	56
4.1.2	Van contact tot besluit	58
4.1.3	De duurrelatie	60

* Mr. M.H. (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. Prof. M. (Michiel) Scheltema is voormalig regeringscommissaris voor de Awb.

4.2	De wetgever	62
4.2.1	De bijzondere wetgever: doelmatige en doeltreffende uitvoering	63
4.2.2	De Awb-wetgever: coherente en herkenbare rechtsbescherming	67
5	Samenvatting en conclusies	70
	Stellingen	75

I Inleiding

Aanleiding en vraagstelling van dit preadvies

De aanleiding voor dit preadvies is een nieuw artikel 2:1 lid 1 in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) dat een bestuursorgaan opdraagt burgers passende ondersteuning te bieden in het verkeer met dat bestuursorgaan.¹ De bepaling vond haar oorsprong in het voornemen van de overheid om regels in de Awb op te nemen over de zich uitbreidende digitale dienstverlening aan burgers.² De gedachte was dat minder digitaal vaardige burgers dan ondersteuning moeten krijgen bij het digitale verkeer met de overheid.³ De Afdeling Advisering van de Raad van State constateerde dat een ondersteuning van minder vaardige burgers ook in andere gevallen van groot belang kan zijn. Daardoor is de bepaling algemener geformuleerd.⁴

Die ruimere reikwijdte is toe te juichen omdat het de laatste tijd steeds duidelijker is geworden dat burgers vaak niet in staat zijn om op wetgeving (of ander overheidshandelen) te reageren zoals de wetgever bij het maken van de regels voor ogen heeft gehad. De toeslagenaffaire is een voorbeeld van hoe het in de praktijk mis kan lopen. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) heeft in 2017 al in een fundamentele analyse laten zien dat de wetgever, en de overheid in het algemeen, vaak van een onjuist beeld van de burger uitgaat.⁵ Deze is, anders dan ook wij, juristen, geneigd zijn te denken, niet een altijd rationele actor die op basis van adequate kennis zijn gedrag bepaalt.

Tegen die achtergrond is het goed de verhouding tussen overheid en burger meer fundamenteel aan de orde te stellen. De beginselen van de rechtsstaat zijn de grondslag voor de vormgeving van die verhouding. Maar zowel de recente uitvoeringpraktijk als het onderzoek van de WRR en anderen doen vermoeden dat die vormgeving op wankele of zelfs onjuiste veronderstellingen berust. Het lijkt erop dat een responsieve rechtsstaat, waarin de burger de beginselen van de rechtsstaat

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

2 In eerste instantie was het voornemen om het eenvoudiger te maken om voor te schrijven dat er alleen nog via de 'elektronische weg' kon worden gecommuniceerd. Na kritiek tijdens de consultatie en van de Raad van State kan met het ingediende voorstel verplichte digitale communicatie alleen als er bij wet expliciet van de Awb wordt afgeweken: Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 4.

3 Deze zorgplicht zag alleen op gevallen waarbij er niet meer via de papieren weg zou kunnen worden gecommuniceerd, zie artikel 2:13 lid 3 de 'Raad van State-versie' van het voorstel gepubliceerd op de website van de Raad van State.

4 Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 4, p. 7-8.

5 WRR, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: WRR 2017.

herkent in zijn verhouding met de overheid, onvoldoende gestalte krijgt in het huidige recht.⁶

Dat is aan het veranderen. Het burgerperspectief komt meer op de voorgrond te staan.⁷ In die ontwikkeling past dit preadvies. De vraag die daarin aan de orde komt, luidt: hoe kunnen de beginselen van de rechtsstaat in het bestuursrecht zodanig vorm krijgen dat die vanuit het perspectief van de burger herkenbaar zijn? Daarbij beperken wij ons tot die onderwerpen die relevant zijn voor de zorgplicht van de overheid: in hoeverre vergt een responsieve inrichting van de rechtsstaat dat de overheid aan de burger ondersteuning biedt voor het bepalen van zijn gedrag in zijn verhouding tot de overheid?

Het gaat daarmee om de zorgplicht die uit de rechtsstatelijke beginselen voortvloeit. Zij heeft tot doel om de burger zodanig te ondersteunen dat hij in de praktijk zijn gedrag kan afstemmen op regels van de overheid. Bij die ondersteuning is allereerst te denken aan de informatie die de burger nodig heeft om zijn gedrag te bepalen. Om in termen van de rechtsstaat te spreken: de rechtszekerheid die hij behoeft. Naast het geven van informatie heeft ondersteuning ook betrekking op het maken van keuzes op grond van die informatie, en het vervolgens handelen overeenkomstig de gemaakte keuze. De problemen die de burger daarbij kan hebben, zijn vooral door het rapport van de WRR onder de aandacht gekomen. Het doenvermogen van de burger om te doen wat een rationeel handelende burger zou doen, is lang niet altijd aanwezig. De zorgplicht heeft tot doel de burger in staat te stellen in zijn verhouding tot de overheid te handelen zoals het model van de rechtsstaat veronderstelt. Dat betekent dat hij goed op de hoogte is van het recht en het beleid van de overheid, en in staat is om invulling te geven aan de keuzes die hij op grond daarvan wil maken.⁸ Daarmee heeft hij de regie over de invulling van zijn kant van zijn relatie met de overheid zoals de rechtsstaat veronderstelt dat hij die heeft.

Deze rechtsstatelijke zorgplicht neemt de op een bepaald moment bestaande wetgeving en het bestaande recht tot uitgangspunt: doel is dat de burger daarmee goed kan omgaan. Uiteraard is dat slechts één aspect van een responsieve rechtsstaat: de inhoud van de rechtsregels is niet minder belangrijk, zoals de evenredigheid die moet bestaan tussen het handelen van de burger en de reactie van de overheid daarop. Maar dat blijft hier buiten beschouwing. Wel kan er een zeker verband bestaan tussen de inhoud van een wettelijke regel, en de zorg die in dat verband passend is. Schrijft een wet bijvoorbeeld voor dat de burger voor het verkrijgen van een uitkering aan veel en streng gesanctioneerde verplichtingen moet voldoen, dan

6 M. Scheltema, 'De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief', NTB 2019/24.

7 Zie bijvoorbeeld: L.J.A. Damen, 'Waait er na het kinderopvangtoeslagenschandaal een frisse wind door de bestuursrechtspraak?', AA september 2022.

8 Daarbij verdient het wel opmerking dat de WRR gewezen heeft op de risico's van een teveel aan keuzes, er moet gestreefd worden naar een goede keuzearchitectuur door middel van de juiste defaults; WRR 2017, p. 14-15.

heeft dat gevolgen voor de zorgplicht. Deze zal meer omvatten dan wanneer de wetgever eenvoudigere verplichtingen oplegt.⁹

De term zorg of zorgplicht wordt in veel betekenissen gebruikt. Zo heeft de gemeente de zorg voor de openbare orde, en bevat de Omgevingswet een algemene zorgplicht voor een veilige en gezonde leefomgeving. Ook in het privaatrecht komen verschillende zorgplichten voor. Al deze zorgplichten blijven buiten beschouwing, het gaat hier om de rechtsstatelijke zorgplicht van de overheid als hierboven omschreven. Wel kunnen aan het bestaan van met name privaatrechtelijke zorgplichten elementen worden ontleend voor het vormgeven van deze rechtsstatelijke zorgplicht.

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

Opbouw van dit preadvies

In het volgende hoofdstuk komt de rechtsstatelijke grondslag van de zorgplicht aan de orde. Uitgaande van de beginselen die het fundament van de rechtsstaat vormen en van de huidige kennis gaan we na in hoeverre de burger daadwerkelijk de waarborgen geniet die de rechtsstaat in het vooruitzicht stelt. Een dergelijke analyse is belangrijk voor de vormgeving van de zorgplicht. Daarbij zijn ook lessen uit het privaatrecht te trekken. In een enigszins consistent rechtsstelsel komt de vraag op in hoeverre de zorgplicht die de overheid aan private organisaties oplegt, ook van toepassing behoort te zijn op de overheid zelf. Maar men kan zich ook afvragen of de maatschappelijke zorgvuldigheid die de burger jegens eenieder heeft te betrachten, ook voor zijn gedrag jegens de overheid geldt.

In hoofdstuk 3 worden de consequenties van de analyse van hoofdstuk 2 getrokken voor het handelen van bestuursorganen. Zij spelen een centrale rol in het verkeer tussen overheid en burger, en dus ook in het vorm geven aan de zorgplicht. Aan de hand van de burgerreis die in fases van contact met de overheid verloopt, komt aan de orde wat de inhoud van de zorgplicht zou moeten zijn.

⁹ S.E. Zijlstra, 'Niet weten is zéker geen doen', NTB 2020/233.

Toch ligt er ook een taak voor de wetgever en de rechter. In hoofdstuk 4 komt deze taak aan bod. Voor de bestuursrechter geldt dat de zorgplicht een gedragsnorm voor het bestuur neerlegt die consequenties heeft voor de toetsing door de bestuursrechter. Op dit gebied is al veel in beweging. De zorgplicht kan mede richting geven aan een meer burgergerichte rechtspraak en legt een aantal specifieke accenten.

De regels die de wetgever vaststelt voor de verhouding tussen burger en bestuur kunnen direct consequenties voor de zorgplicht hebben. Naarmate wetgeving complexer, meer administratief belastend en minder goed 'doenbaar' is voor de burger, zal deze intensiever ondersteund moeten worden. Deze consequentie zal door de bijzondere wetgever in de beschouwing betrokken moeten worden. Daarbij speelt zowel de capaciteit en het vermogen van het bestuur een rol, als de vraag in hoeverre het effectiever en efficiënter is wanneer de wetgever minder complexe regels vaststelt dan wanneer het bestuur de gevolgen van die complexiteit voor de burger moet mitigeren. In hoofdstuk 4 gaan we tevens in op de rol van de Awb-wetgever. De beschouwingen uit de voorgaande hoofdstukken leiden tot een aantal suggesties die de discussie kunnen verrijken.

In het laatste hoofdstuk sluiten we af met een korte samenvatting en conclusies.

2 De rechtsstatelijke basis van de zorgplicht

In de bundel ‘De rechtsstaat herdacht’¹⁰ is aangegeven hoe structuur kan worden gebracht in ons denken over de rechtsstaat. Dat kan door de fundamentele beginselen van de rechtsstaat voorop te stellen, en vervolgens na te gaan hoe die beginselen in de praktijk kunnen worden verwezenlijkt. Het voordeel daarvan is dat discussie mogelijk wordt over de vraag in hoeverre een bepaald element van de rechtsstaat bijdraagt tot het verwezenlijken van die fundamentele beginselen. Daarmee komen de beginselen en andere elementen van de rechtsstaat in een doel-middelverhouding tot elkaar te staan. Aan die doel-middelverhouding liggen veronderstellingen ten grondslag, die dan getoetst kunnen worden. Zo wordt vaak verondersteld dat de eis dat overheidsoptreden op een wettelijke grondslag moet berusten, bijdraagt aan het beginsel van de rechtszekerheid. Zou blijken dat dit minder het geval is dan verondersteld, dan rijst de vraag of daarnaast of in plaats daarvan andere middelen beter zijn om dat doel te bereiken.

Het voordeel van deze benadering is ook dat verder onderzoek naar die doel-middelverhouding de discussie kan versterken. Er zijn de laatste tijd nieuwe argumenten voor dergelijk onderzoek gekomen, doordat vraagtekens worden gezet bij de veronderstellingen die juristen hanteren bij het vormgeven van het recht en van de rechtsstaat. Steeds breder wordt de conclusie gedeeld dat het mensbeeld waarop het publiekrecht is gebaseerd, niet realistisch is.¹¹ Tegen die achtergrond wordt een onderzoek naar de manier waarop de rechtsstaat is vormgegeven, van extra belang.

Daarbij speelt ook dat wetgeving en rechtsvorming vaak vanuit het overheids-perspectief gestalte krijgen. Het gedachtegoed van Weber over een overheid die een aantal formele, bureaucratische uitgangspunten hanteert, klinkt daarin sterk door. Inmiddels is duidelijk geworden dat een bureaucratische rechtsstaat niet vanzelfsprekend ook een responsieve rechtsstaat is, dat wil zeggen een rechtsstaat die de burger daadwerkelijk ervaart in zijn verhouding met de overheid. Deze constatering is niet nieuw. Zo werd al in de jaren zeventig van de vorige eeuw in empirisch onderzoek naar de ervaringen van burgers in de bijstand en met de bezwaarprocedure in

10 M. Scheltema, ‘De rechtsstaat’, in: J.W.M. Engels (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 11-17.

11 Ook door het kabinet, aldus de brief ‘Acties kabinet bevorderen menselijke maat wetten en regels’, *Kamerstukken II 2021/22*, 35510, nr. 102, p. 2.

belastingzaken geconstateerd dat de juridisch geformaliseerde normen van goed bestuur van onjuiste veronderstellingen uitgaan, namelijk:

- a. dat burgers in staat zijn gebruikte termen te herkennen en te begrijpen;
- b. dat burgers in staat zijn in deze context adequaat te handelen, en niet minst belangrijk;
- c. dat (...) alle burgers gelijke mogelijkheden hebben ten aanzien van de onder a. en b. vereiste kwaliteiten.¹²

Deze 'bureaucratische fictie' leidde volgens de onderzoekers tot een 'bureaucratische paradox': de normen die bedoeld zijn de burger zekerheid te geven en te beschermen leiden juist tot meer afhankelijkheid, omdat burgers in onvoldoende mate in staat zijn de geformaliseerde regels en processen te begrijpen en daarnaar te handelen.¹³ Hoewel het karakter van de bureaucratie sterk veranderd is, is deze conclusie nog actueel.¹⁴

De rechtsstatelijke zorgplicht die wij op het oog hebben, is erop gericht de burger zodanig te ondersteunen dat de waarborgen van de rechtsstaat hem daadwerkelijk bereiken. Daarom komen hierna de beginselen aan de orde die deze waarborgen vertegenwoordigen. De bedoeling is vervolgens na te gaan hoe de zorgplicht kan bijdragen tot het voor de burger realiseren van die waarborgen. Dat brengt met zich mee dat het burgerperspectief voorop staat.

2.1 De vier beginselen van de rechtsstaat als uitgangspunt

In *De rechtsstaat herdacht* zijn vier beginselen van de rechtsstaat tot uitgangspunt genomen, en is op verschillende punten een analyse gemaakt van de manier waarop het recht die vertaald heeft in bestuursrechtelijke rechtsregels en bestuursrechtelijke rechtsbeginselen.¹⁵

De vier beginselen zijn het beginsel van rechtszekerheid, het democratiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid. Zij komen in veel beschouwingen terug.¹⁶ Het democratiebeginsel wordt hier buiten beschouwing gelaten, zodat de aandacht vooral zal uitgaan naar de drie overige. De beginselen

12 B.C. Filet, *Kortsluiting met de bureaucratie. Over participatiemogelijkheden van burgers bij het openbaar bestuur*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1974, p. 35.

13 Filet 1974, p. 35-36.

14 Zo ook de conclusies die Oosting in 1981 op basis van onder andere dit onderzoek trekt in: M. Oosting, *Beginselen van bestuur. Over de rechtmatigheid van het besturen door de overheidsbureaucratie in de verzorgingsstaat*, Alphen aan den Rijn: Samsom uitgeverij 1981, p. 15-20.

15 Scheltema 1989.

16 Zie bijvoorbeeld: F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra, *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 12-22; T.A. Cramwinckel, *Voorlichting door de Belastingdienst in rechtsstatelijke context. Een juridisch en communicatiewetenschappelijk onderzoek naar gewekt vertrouwen* (Fiscale Monografieën nr. 177), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 47 e.v. Deze beginselen lijken enige consensus te vertegenwoordigen aldus: R.J.N. Schlössels, 'Bestaat er nog een dienende overheid?', *Gst.* 2010/102.

van rechtszekerheid en gelijkheid worden algemeen gezien als fundamenteel voor de rechtsstaat, terwijl ook het beginsel van de dienende overheid ruim erkenning heeft gekregen.¹⁷ Het beginsel van de dienende overheid is bovendien aan een opmars (of: herleving) bezig: zo wordt in een recent gepubliceerd conceptwetsvoorstel voor de ‘Wet versterking waarborgfunctie Awb’ voorgesteld een dienstbaarheidsbeginsel in de Awb te codificeren.¹⁸ Wij zien dit voorstel als een ondersteuning voor de door ons gekozen bredere rechtsstatelijke benadering van de zorgplicht: volgens de concepttoelichting is de zorgplicht van artikel 2:1 lid 1 Awb namelijk een concretisering van het dienstbaarheidsbeginsel.¹⁹

Voor zover de zorgplicht betrekking heeft op het geven van informatie, is vooral het rechtszekerheidsbeginsel van belang. Dat komt als eerste aan bod.

2.2 Het beginsel van de rechtszekerheid

Het rechtszekerheidsbeginsel verlangt dat de burger voldoende rechtszekerheid heeft omtrent zijn positie in verhouding tot de overheid om zijn handelen daarop te kunnen afstemmen. Daarvoor is nodig dat hij weet welke regels er voor hem gelden en welke rechten en verplichtingen hij heeft.

In de constructie van de rechtsstaat is de legaliteitseis een belangrijk middel om die rechtszekerheid te verschaffen. Die eis verlangt dat het overheidsoptreden op een wettelijke grondslag berust. Burgers kunnen dan door raadplegen van de wetten te weten komen wat de regels zijn die in hun verhouding met de overheid gelden. Ieder wordt immers geacht de wet te kennen.

De legaliteitseis is van groot belang, wanneer men de rechtsstaat vanuit het overheidsperspectief bekijkt. Zij zorgt voor een democratisch fundament van het overheidsoptreden en geeft richting aan de uitvoering. Maar de rechtszekerheid die daardoor binnen de overheid kan ontstaan, geldt niet voor de burger. De burger ontleent geen rechtszekerheid aan de wet. Tot op zekere hoogte wordt dat vrij algemeen beseft en weet men ook wel dat het adagium *ieder wordt geacht de wet te kennen* niet in overeenstemming met de werkelijkheid is. Toch wordt in de rechtspraktijk

¹⁷ Zie o.a. Schlössels 2010; L.J.A. Damen, ‘Een informatieplicht voor dienende bestuursorganen, een hintplicht voor dienende bestuursrechters?’, in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels & J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015; M.H. Ippel, ‘Het beginsel van de dienende overheid als grondslag voor responsief bestuursrecht; aanknopingspunten voor de bestuursrechter’, *NTB* 2020/73; R. Ortlep & V.A. van Waarde, ‘Revolverend publiek geld in het echt! Dienstbaar in alle mogelijke soorten en maten?’, in: L.W. Verboeket e.a. (red.), *Bestuursrecht in het echt. Vriendenbundel voor prof. mr. drs. Willemien den Ouden*, Deventer: Wolters Kluwer 2021; R.J.N. Schlössels, ‘Een dienende en digitale overheid? Over rechtsstaat, MijnOverheid en de autonomie van het recht’, in: B. Aarrass, C.L.G.F.H. Albers & R. Ortlep (red.), *Digitalisering in de rechtsverhouding tussen burger en overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

¹⁸ Zie het voorgesteld art. 2:4a Awb; bijlage bij *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763.

¹⁹ Conceptmemorie van toelichting, p. 22, bijlage bij *Kamerstukken II 2022/23*, 29279, nr. 763.

vastgehouden aan het idee dat de burger op grond van de wet moet weten wat zijn rechtspositie is.

Dat standpunt is niet meer vol te houden. Dit valt empirisch vast te stellen en ook meer theoretisch te onderbouwen.

Belangrijk in dit opzicht zijn de proefschriften van Marseille²⁰ en Oldenziel.²¹ Zij hebben de redenering geanalyseerd die in het model van de rechtsstaat leidt tot rechtszekerheid voor de burger, en die getoetst aan de empirie. Die redenering stoelt op het legaliteitsvereiste: doordat ieder overheidsoptreden op de wet gebaseerd moet zijn, en ieder geacht wordt de wet te kennen, weet de burger waar hij met betrekking tot de overheid aan toe is. In die redenering zit een aantal aannames verborgen, zoals aannames over de mogelijke wetskennis van burgers, over de mate waarin overheidsoptreden op grond van de wet te voorspellen is, en over de mate waarin de toepassing van regels steeds conform de wetstekst verloopt.

Vervolgens wordt aan de hand van enkele casusposities empirisch onderzocht of de burger daadwerkelijk rechtszekerheid aan de wet ontleent, of zelfs kan ontnemen. Dat is niet het geval. In de woorden van Oldenziel:

‘De conclusie is dat de rechtsstaat er niet in slaagt zijn belofte van rechtszekerheid waar te maken. Het legaliteitsvereiste heeft niet de betekenis voor de rechtszekerheid van burgers die er in de rechtsstaat van wordt verwacht. Hoe moet op dit falen van de rechtsstaat worden gereageerd? Als blijkt dat de vooronderstellingen die aan het rechtsstaatmodel ten grondslag liggen, niet opgaan, moet de betreffende redenering worden bijgesteld. Gezocht moet daarom worden naar *andere of nadere eisen ter uitwerking van het rechtszekerheidsbeginsel*, naar wegen die, anders dan via – de traditionele invulling van – het legaliteitsvereiste, naar grotere rechtszekerheid kunnen leiden.’²²

De conclusie van Oldenziel is in wezen niet verwonderlijk. De redenering dat wetskennis de burger aan rechtszekerheid kan helpen, is ook op een abstract, meer theoretisch niveau niet meer vol te houden. Wetten zijn, zeker in de huidige tijd, veel te ingewikkeld om door een niet-jurist goed begrepen te worden. Die gedachte miskent bovendien dat de tekst van een wetsartikel, hoe duidelijk ook, nooit op zichzelf kan worden begrepen. Zelfs eenvoudige begrippen als gezin, partner of woning hebben vaak een specifieke betekenis door uitlegbepaling elders in de wetgeving of door interpretatie in de jurisprudentie.²³ Bovendien kunnen allerlei algemene regels, beginselen of hardheidsclausules van toepassing zijn die het artikel een andere kleur geven. Om nog maar te zwijgen over recht van internationale oorsprong, dat steeds belangrijker aan het worden is.

20 A.T. Marseille, *Voorspelbaarheid van bestuurshandelen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1993.

21 H.A. Oldenziel, *Wetgeving en rechtszekerheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

22 Oldenziel 1998 p. 249.

23 R.A.J. van Gestel, ‘Eenieder wordt geacht de wet te kennen, maar wie begrijpt er iets van?’, AA 2008/78.

Soms wordt wel geopperd dat eenvoudiger geredigeerde wetten de burger zouden helpen. Hoe wenselijk dit streven ook is, de gewone burger wordt er niet door geholpen. Hij mist de kennis om de wet goed te begrijpen, en ook om de vertaling van algemene regels naar de toepassing in zijn concrete situatie te maken. Het is vanuit het burgerperspectief eerder contraproductief om in te zetten op rechtszekerheid door kennis van de wet: dat leidt eerder tot schijnzekerheid en teleurstelling dan dat het bijdraagt aan de verwerking van de rechtsstaat voor de burger.

Oldenziel en Marseille maken bovendien nog iets anders duidelijk. Dat is dat rechtszekerheid voor de burger niet hetzelfde is als rechtszekerheid voor juristen. Oldenziel hanteert in dit verband het begrip *feitelijke rechtszekerheid*: die betreft de vraag of de burger in staat is te voorzien wat de gevolgen van de wet in zijn specifieke geval zullen zijn.²⁴

Dit is een belangrijk punt. Rechtszekerheid die de burger zoekt, is wat anders dan wat de jurist of de medewerker van de overheid daaronder verstaat. Voor hen gaat het om duidelijke wetten en andere regels die zij op de vele situaties in de praktijk kunnen toepassen. Maar de burger heeft geen behoefte aan wetten of algemene regels, maar aan antwoord op de vraag hoe het recht in zijn specifieke geval toegepast moet worden. Krijgt hij een uitkering of niet, mag hij een dakkapel aanbrenge of niet, is het zinvol om in zijn geval bezwaar te maken of niet? Daar is hij naar op zoek, en niet naar algemene regels of algemene informatie. De vertaalslag vanuit het algemene is voor hem vaak te moeilijk te maken.

2.2.1 *Consequenties voor de zorgplicht: het geven van voorlichting*

Nu de rechtsstaat de burger rechtszekerheid beoogt te verschaffen, en blijkt dat de burger die aan wetten niet kan ontlene, moet naar andere middelen worden gezocht om die te garanderen. Deze conclusie van Oldenziel is onontkoombaar.²⁵

Daarmee komt de zorgplicht in beeld. Wanneer de overheid regels maakt met de bedoeling dat de burger zijn gedrag daarop afstemt, dan moet zij er ook voor zorgen dat de burger weet wat die regels voor zijn geval betekenen, wat zijn rechtspositie in dit concrete geval is. Die rechtszekerheid kan de burger niet aan de wet ontlene. Daarvoor is meer nodig, en een zorgplicht van de overheid lijkt in dit kader essentieel. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de burger niet zelf kennis neemt van wetten en regels om die rechtszekerheid te verkrijgen. De overheid moet er dus voor zorgen dat de burger op andere wijze die rechtszekerheid krijgt.

Dit plaatst de zorg die de overheid daaraan moet besteden in een heel ander daglicht. Het gaat niet om een service van de overheid waarvan het prettig is dat zij die biedt, maar om een fundamenteel beginsel van de rechtsstaat.

24 Oldenziel 1998, p. 101-107, zie ook: S. Pont-van Bommel, 'Rechtszekerheid in concreto. Aanspraak op gerichte informatie van het bestuursorgaan', *NTB* 2006/21.

25 Zie over de gevolgen van deze conclusie reeds: M. Scheltema, *De wondere wereld van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1997. In dezelfde zin Zijlstra 2020.

Dat is ook de conclusie waartoe Cramwinckel komt in haar proefschrift over voorlichting door de Belastingdienst.²⁶ Zij concludeert dat voorlichting door de Belastingdienst een plicht is die direct is af te leiden uit de vier hierboven genoemde beginselen van de rechtsstaat. Met name uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit een voorlichtingsplicht van de Belastingdienst voort.²⁷ Zij legt overigens ook een verband met de andere drie beginselen. Interessant is de uitwerking die zij daarbij geeft aan het burgerperspectief, waarbij zij ook inzichten uit de communicatiewetenschap verwerkt. Haar conclusies hebben vooral betrekking op de juridische betekenis die aan voorlichting moet worden toegekend. Dat leidt tot kritiek op de jurisprudentie van de belastingkamer van de Hoge Raad over het vertrouwensbeginsel. Daarin zou de betekenis van de voorlichting voor de burger onvoldoende verdisconteerd zijn. Een alternatieve invulling van dat beginsel zou daar beter recht aan doen, en zou ook om andere redenen de rechter meer speelruimte geven.

Zoals de titel aangeeft beperkt dit proefschrift zich tot het belastingrecht. Maar de argumentatie over de plicht tot voorlichting heeft een heel algemeen karakter en is zonder meer op andere terreinen van het bestuursrecht van toepassing.

Dit betekent niet dat de overheid altijd voor die informatie moet zorgen. Anderen kunnen die informatie ook verzorgen.²⁸ Indien de overheid subsidie beschikbaar stelt voor zonnepanelen, zullen de leveranciers daarvan er wel voor zorgen dat die informatie de mensen bereikt.²⁹ Dat neemt niet weg dat de overheid wel de eindverantwoordelijkheid heeft. Laat zij de informatievoorziening geheel aan anderen over, en blijkt die onjuist of onvoldoende te zijn, dan moet die tekortkoming aan de overheid worden toegerekend.

Wel mag van de burger onder omstandigheden verwacht worden dat hij actief op informatie afgaat. Wanneer hij een straat langere tijd blokkeert om zijn huis te verbouwen of een straatfeest te organiseren, zal hij daarover op eigen initiatief contact met de gemeente moeten opnemen. Soms kunnen ook berichten in de media voldoende zijn. Wel zal de overheid zich altijd de vraag moeten stellen: hoe verzeker ik dat de burger voor wie de regel relevant is, op de hoogte komt? Daarbij is het uitgangspunt de informatiebehoefte van de burger. Die betreft bijna nooit informatie over de regels, maar de vraag hoe die regels voor zijn specifieke situatie uitwerken. Onvoldoende is dus om iedereen te laten weten dat er bijstand kan worden verkregen bij onvoldoende inkomen. De burger wil weten of hij met zijn inkomen, gezinsamenstelling en andere bijzonderheden, recht op bijstand heeft. De overheid moet er dus voor zorgen dat hij die informatie kan krijgen. Onvoldoende is ook dat de

26 Cramwinckel 2022.

27 Cramwinckel 2022, p. 89.

28 Zo noemt de Nationale ombudsman intermediairs onmisbaar als schakel tussen burgers en de overheid: Nationale ombudsman, *Met te weinig genoegen nemen*, Rapportnr. 2022/167, p. 36.

29 De overheid dient wel eindverantwoordelijkheid te dragen, zie in dit kader Rb. Midden-Nederland 28 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1289, r.o. 20: 'Nu verweerder ervoor heeft gekozen de rechtstreekse communicatie aan de ouder over te laten aan de kinderopvangorganisaties, komt dit voor zijn rekening en risico'.

burger weet dat hij bij veel verbouwingen een vergunning nodig heeft. Hij moet te weten kunnen komen of hij voor deze verbouwing van zijn voorgevel een vergunning nodig heeft.

Wanneer men erover nadenkt lijkt dit vrij logisch. Maar zo hebben wij als juristen er vaak niet over nagedacht: wij dachten dat het bekend maken van regels voor burgers voldoende zou zijn. Alleen juristen kunnen dan de weg vinden, maar burgers niet.

Tekenend is in dit verband het rapport van de Nationale ombudsman over ouderen met financiële problemen. Zij maken veelal geen gebruik van voor hen bestemde voorzieningen. Vaak weten zij wel welke voorzieningen er beschikbaar zijn, maar weten zij niet of zij, in hun positie, daarvoor in aanmerking komen. Die onduidelijkheid is een van de redenen die hen doet afzien van het indienen van een aanvraag.³⁰

Daarom is het ook onvoldoende om bij een besluit te vermelden dat daartegen binnen zes weken bezwaar kan worden gemaakt. De burger wil weten of het in zijn geval verstandig is om bezwaar te maken. Met de algemene mededeling komt hij niet verder.

De overheid moet zorgen voor juiste en voor de betrokken burgers begrijpelijke informatie. Welke eisen dat met zich meebrengt, wordt hier niet verder besproken. Deze problematiek komt uitvoerig aan de orde in het preadvies voor de NJV van dit jaar van Cramwinckel, Pander Maat en Sanders.³¹

2.3 Het gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel geldt als waarborg tegen uitsluiting van personen door de overheid om niet ter zake doende redenen. Het recht en de overheid mogen differentiëren, maar dienen dat wel op consequente wijze en op objectieve en inhoudelijke gronden te doen. Differentiatie is soms juist verplicht; het spiegelbeeld van de norm dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden is namelijk dat ongelijke gevallen ongelijk moeten worden behandeld.³² Hier bestaat dus een spanning: enerzijds dient de rechtstoepassing ‘zonder aanzien des persoons’ plaats te vinden, anderzijds mogen ongelijke gevallen niet over één kam geschoren worden. Het antwoord op deze vraag is: welke verschillen worden als juridisch relevant erkend en wanneer is er sprake van een gelijk geval? Dat deze vraag lastig te beantwoorden is, blijkt uit de discussie over een meer responsief bestuursrecht; komt de roep om meer maatwerk niet snel in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur? Is het acceptabel dat het handelen van de overheid ervan afhangt of een medewerker in de uitvoering ‘buikpijn’ van de normale rechtstoepassing krijgt? De Pavlov-reactie van juristen is dat er een rechtvaardigingsgrond ontbreekt en er dus strijd met het gelijkheidsbeginsel aan de orde is. Bovendien weet de medewerker ‘de overheid moet consistent handelen’: als we in dit geval een uitzondering

³⁰ Nationale ombudsman 2022.

³¹ T.A. Cramwinckel, H.L.W. Pander Maat & T.J.M. Sanders, *Begrijpelijke overheidscommunicatie: een communicatief-juridisch evaluatiekader*, Preadvies NJV 2023.

³² Y.E. Schuurmans, A.E.M. Leijten & J.E. Esser, *Bestuursrecht op Maat* (in opdracht van BZK), Leiden: Universiteit Leiden 2020, p. 42.

maken, moeten we dat voor toekomstige gevallen ook doen en mogelijk eerdere besluiten herzien. De normale werkwijze is gefiatteerd door de bestuursrechter, bij een andere aanpak betreden we ons op onontgonnen terrein. De angst voor precedentwerking en 'handelingsverlegenheid' is geboren. Het probleem van deze redenering is: de onjuiste veronderstelling dat bureaucratische vaardigheden bij burgers in gelijke mate aanwezig zijn, wordt veralgemeniseerd.³³

Het gelijkheidsbeginsel functioneert binnen de overheid vaak als een argument om iets niet te doen. Tegelijkertijd is de conclusie breed gedragen dat een versterking van het burgerperspectief in de verhouding tussen burger en overheid een gedifferentieerde aanpak vraagt. Dit geldt ook voor de zorgplicht: welke rechtszekerheid of ondersteuning door de dienende overheid in een geval noodzakelijk is, verschilt van persoon tot persoon en is afhankelijk van de specifieke context. De noodzaak tot een gedifferentieerde behandeling is ook objectief te onderbouwen door te kijken naar hoe administratieve lasten neerslaan op burgers. Verschillende (groepen) burgers zijn in verschillende mate in staat deze lasten te dragen en worden in verschillende mate met administratieve lasten geconfronteerd. Er is weinig aandacht voor de 'verborgen kosten' die door middel van administratieve lasten op burgers worden afgewenteld.³⁴ Deze kosten zijn moeilijk in geld uit te drukken en kunnen worden uitgesplitst in de kosten van het 'leren' van de overheidsprocessen; de kosten van het voldoen aan regels; en de psychologische kosten.³⁵ Het probleem is dat de benodigde capaciteit om de bureaucratische processen te doorgronden en het vermogen om aan de regels te voldoen niet bij alle burgers aanwezig is. Bovendien zijn deze vermogens lastig te vergroten en zijn dus een gegeven waartoe de overheid zich moet verhouden.³⁶ Als de lasten te hoog zijn, kan dit leiden tot administratieve uitsluiting: het proces van uitsluiting van burgers als gevolg van bureaucratische processen en dus niet op inhoudelijke gronden of wegens persoonlijke voorkeuren van de burger.³⁷ Deze uitsluiting gebeurt vaak niet expliciet maar komt doordat het mensen niet lukt om toegang tot het bestuursorgaan te krijgen of doordat zij in de bureaucratie verstrikt raken. De voortgaande digitalisering van de overheid kan deze uitsluitingsprocessen bovendien versterken omdat niet iedereen digitaal vaardig is én omdat digitale systemen werken op basis van duidelijke voorgeprogrammeerde categorieën,³⁸ terwijl de situatie van de burger daar juist vaak niet in te vatten is.³⁹ Er wordt gedrag verondersteld dat niet waargemaakt kan worden, of

33 Dit is onderdeel van de door Filet geïdentificeerde bureaucratische fictie, zie hierboven onder c.

34 P. Herd & D.P. Moynihan, *Administrative Burden: Policymaking by Other Means*, New York: Russell Sage Foundation 2018.

35 Herd & Moynihan 2018, p. 23.

36 WRR 2017, p. 12.

37 E.Z. Brodtkin & M. Majundar, 'Administrative Exclusion: Organizations and the Hidden Costs of Welfare Claiming', *Journal of Public Administration Research and Theory* 2010/20 (4).

38 Een nieuwe generatie zelflerende algoritmen, die losser van voorgeprogrammeerde parameters functioneren, kunnen hier in potentie verandering in brengen. Zie A. Meuwese, 'Artificiële intelligentie en bestuursrecht: menselijk en digitaal', *NTB* 2022/37.

39 R. Peeters & A. Widlak, 'De digitale kooi: administratieve uitsluiting door informatiearchitectuur in de Basisregistratie Personen', *Beleid en Maatschappij* (45) 2018, afl. 1, p. 4-18.

alertheid, argwaan en assertiviteit⁴⁰ verlangd die niet opgebracht kan worden. Hoe zwaar deze lasten wegen, is afhankelijk van de persoon in kwestie en de situatie waar men zich in bevindt.⁴¹ Burgers die arm of ziek zijn of andere problemen onderkennen – en vaak de minste administratieve lasten kunnen dragen⁴² – krijgen paradoxaal genoeg te maken met de grootste administratieve lasten omdat zij vaker afhankelijk zijn van verschillende overheidsdiensten en de diensten die zij nodig hebben bovendien complexer zijn omdat zij afgestemd dienen te worden op factoren als inkomen en gezinssamenstelling.⁴³

Met andere woorden: administratieve lasten raken sommige burgers meer dan andere en zijn dus geen neutraal fenomeen maar vergroten verschillen; terwijl veel overheidsbeleid gericht is op het verkleinen van verschillen. Mensen die de bureaucratie kunnen navigeren of hulp kunnen organiseren, worden ‘beloond’, terwijl anderen worden ‘gestraft’.⁴⁴ Het recht kan niet de ogen sluiten voor deze verschillen. Want als deze verschillen worden genegeerd worden verschillen juist vergroot. Dat kan niet de bedoeling zijn. De zorgplicht dient dus ook met erkenning van deze verschillen toegepast te worden. Erkenning van dergelijke verschillen is de overheid niet vreemd: zo is de dienstverlening aan mensen met een handicap als slecht zien of slecht horen juist intensiever door als het ware compensatie voor hun handicap te bieden zodat zij op gelijke voet als mensen zonder handicap met de overheid kunnen communiceren. Eenzelfde resultaat zou met behulp van de zorgplicht ook bereikt moeten worden: mensen met minder cognitieve vaardigheden of met minder doenvermogen zouden geholpen moeten worden zodat ze op hetzelfde niveau met de overheid kunnen communiceren als burgers zonder die beperkingen.

2.4 Het beginsel van de dienende overheid

De overheid is er voor de burger; zij heeft geen eigen belang dat los staat van dat van de burgers. Al het handelen van de overheid moet dus uiteindelijk het belang van de burger en van de collectiviteit van burgers dienen. Deze gedachte, die ook

40 L.J.A. Damen, ‘Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief of raakt hij lost in translation?’, in: L.J.A. Damen, C.N.J. Kortmann & R.F.B. van Zutphen, *Vertrouwen in de overheid* (VAR preadviezen), Den Haag: Boom juridisch 2018.

41 En ook afhankelijk van eerdere ervaringen; zo ervaren mensen die eerder geconfronteerd werden met een terugvordering meer angst en administratieve lasten, zie: Seo economisch onderzoek en Centerdata, *Evaluatie toeslagenstelsel. Evaluatie Awir, uitvoering en dienstverlening toeslagen*, bijlage bij: Kamerstukken II 2022/23, 31066, nr. 1158 2022, p. 3.

42 L.P. Hilbert, M.K. Noordewier & W. van Dijk, ‘Financial scarcity increases discounting of gains and losses: Experimental evidence from a household task’, *Journal of Economic Psychology* (92) 2022.

43 J. Christensen, L. Aarøe, M. Baekgaard, P. Herd & D.P. Moynihan, ‘Human Capital and Administrative Burden: The Role of Cognitive Resources in Citizen-State Interactions’, *Public Administration Review* 80 (1) 2019.

44 Damen heeft deze observatie eerder ook over het bestuursprocesrecht gemaakt, zie: L.J.A. Damen, ‘Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?’, in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 259.

ten grondslag lag aan de Awb,⁴⁵ raakt gemakkelijk op de achtergrond wanneer de overheid een grote organisatie vormt waarin het eigen perspectief gaat overheersen. Ook juristen kunnen de neiging hebben de interne systematiek van het recht betekenis te geven zonder voldoende acht te slaan op de burgers voor wie de rechtsregels uiteindelijk steeds bestemd zijn.

De betekenis van dit beginsel wordt onderstreept door het rapport van de WRR. Die wijst erop dat het beeld van de burger dat in het juridisch denken en het overheids perspectief vaak overheerst – namelijk het beeld van de burger als rationeel handelende persoon – niet klopt. Het doenvermogen schiet daarvoor veelal tekort. De burger kan niet altijd rationeel handelen en hij mist soms ook de capaciteiten om datgene te doen wat de overheid van hem verwacht. Zo lijkt de overheid van mensen in financiële moeilijkheden een bewonderenswaardige vaardigheid in het bijhouden van een financiële administratie te verwachten, terwijl wellicht de afwezigheid van die vaardigheid juist de oorzaak van het probleem is.

De laatste tijd is het besef gegroeid dat het beginsel van de dienende overheid meer op de voorgrond moet staan. De inzichten van de WRR en de ervaringen als die met de kinderopvangtoeslag hebben daartoe bijgedragen. Het coalitieakkoord van Rutte IV geeft daar ook blijk van: ‘We werken aan een overheid die betrouwbaar, dienstbaar, dichtbij en rechtvaardig is.’⁴⁶ Er zijn op dit vlak al veel initiatieven genomen; voor dit preadvies is een recente ontwikkeling in het bijzonder relevant. Zoals al eerder opgemerkt is de regering voornemens in een nieuw artikel 2:4a Awb een dienstbaarheidsbeginsel neer te leggen, dat als volgt luidt: ‘Het bestuursorgaan stelt zich bij het uitoefenen van zijn taak dienstbaar op.’⁴⁷ De concepttoelichting stelt: ‘Dienstbaarheid betekent dat het bestuur de burger centraal stelt en voor de burger werkt. Dat vereist dat het bestuursorgaan zich steeds bewust is van de effecten van zijn handelen op de burger en beleid en uitvoering zo inricht dat de belangen van de burger daarmee worden gediend.’⁴⁸

Los van de concrete uitwerking van dit nieuwe artikel: wat moet men zich in het kader van de zorgplicht bij een dienende overheid voorstellen?

In het verkeer tussen overheid en bestuursorganen betekent dit dat de overheid ervoor moet zorgen dat van de burger niet iets gevraagd wordt waar hij niet goed aan kan voldoen. De overheid moet rekening houden met beperkingen in het doenvermogen van de burger en moet de burger helpen wanneer dat redelijkerwijs mogelijk is. Bij het maken van regels en bij het vormgeven van de uitvoering moet de burger voorop staan. De vraag moet dus bijvoorbeeld niet zijn: hoe kunnen wij zo goedkoop mogelijke voorlichting geven, maar: aan welke voorlichting heeft de burger behoefte? De informatie die de overheid nodig heeft voor een bepaalde beslissing

45 Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 45.

46 Coalitieakkoord 2021-2025, Kamerstukken II 2021/22, 35788, nr. 77, p. 1.

47 Conceptwetsvoorstel, bijlage bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763.

48 Conceptmemorie van toelichting, p. 7, Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763.

moet niet zonder nadenken van de burger worden gevraagd, maar de afweging moet worden gemaakt of de burger die voldoende eenvoudig kan verschaffen. Is dat niet het geval, dan kan overwogen worden bepaalde informatie niet te vragen, of alleen wanneer daarbij voldoende ondersteuning wordt geboden. Wanneer een ICT-systeem wordt ingericht, stelt een dienende overheid als eerste vraag hoe dit voor de burger uitwerkt. Dient de burger een aanvraag in zonder de nodige gegevens te verschaffen, dan moet het bestuursorgaan zich afvragen of de burger ondersteuning nodig heeft bij het aanleveren daarvan. Artikel 4:5 Awb schrijft voor dat een onvolledige aanvraag buiten behandeling kan worden gelaten indien na een verzoek om aanvulling van de informatie niet tijdig goed is gereageerd. Dat was indertijd al een verbetering vanuit burgerperspectief: buiten behandeling laten mag niet meer rauwelijks gebeuren. Maar moet men niet een stap verder gaan en verlangen dat het bestuursorgaan in ieder geval specificereet welke informatie ontbreekt – wat lang niet altijd schijnt te gebeuren – en bovendien nagaat of het ondersteuning zou kunnen bieden bij het leveren van die informatie?

Het past een dienende overheid ook niet om grote risico's bij de burger te beleggen wanneer de overheid die risico's in het leven roept, of het passender is dat zij die draagt dan de burger. Een voorbeeld van het eerste is onzekerheid over – meestal vage – rechtsregels. Wanneer een bestuursorgaan om informatie wordt gevraagd over rechtsregels stuurt angst om fouten te maken vaak de beantwoording. Men is dan terughoudend, zegt dat het moeilijk is om te voorspellen hoe de behandelaar bij dat bestuursorgaan of de rechter de regel in dit geval zal uitleggen. Daarmee wordt die onzekerheid op het bordje van de burger gelegd, terwijl het een risico is dat door de overheid zelf is veroorzaakt. Natuurlijk is een situatie van onzekerheid soms niet te vermijden: het recht is voortdurend in beweging. Maar moet de overheid zich dan niet meer bekommeren om de burger, die in die onzekerheid zijn beslissingen moet nemen? Het vinden van een goede oplossing voor de burger om in de periode van onzekerheid toch adequaat te handelen zou tot de zorg van de overheid moeten behoren.

Een ander element waar de dienende overheid zich toe moet verhouden is de factor tijd. De betekenis daarvan is voor de overheid een andere dan voor de burger, en de zorgplicht zou met zich mee moeten brengen dat de overheid zich dat realiseert. Regels over tijdigheid en lengte van termijnen zijn doorgaans vanuit het overheids-perspectief vormgegeven. Hoe lang de overheid nodig heeft en hoe snel de burger moet handelen wordt beoordeeld aan de hand van de processen bij de overheid. Dat levert voor de burger vaak korte termijnen op met een ernstige sanctie en voor de overheid lange termijnen zonder (noemenswaardige) sanctie.⁴⁹ In dat opzicht behandelt de overheid haar burgers veel slechter dan een private organisatie, zoals een bank of verzekeraar, klanten mag behandelen. Dat is een bureaucratische overheid en geen dienende.

49 In een recente uitspraak zet de Afdeling bestuursrechtspraak het verschil in gevolgen tussen termijnoverschrijding door de burger en door het bestuursorgaan uiteen, en accepteert dat verschil zonder problemen: ABRvS 18 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:196.

Een dienende overheid is niet meerkoppig

Ten slotte is er nog een lastig probleem voor een overheid die dienend wil zijn. Wanneer dat beginsel verder wordt doordacht, zou het mede richtinggevend moeten zijn bij het inrichten van de overheidsorganisatie. De vraag zou dan zijn: hoe kunnen we de overheid zo organiseren dat dit tot de beste dienstverlening aan de burger leidt? Maar zo is het niet gegaan. De organisatie van de overheid is vanuit een intern-bureaucratisch perspectief vormgegeven. De burger heeft daardoor regelmatig te maken met een situatie waarin hij voor een bepaald onderwerp met verschillende bestuursorganen te maken heeft. Het starten van een bedrijf, het verkrijgen van steun bij financiële tegenwind, het vragen van steun bij invaliditeit of ouderdom leidt vaak naar een aantal bestuursorganen. Die treden doorgaans niet gecoördineerd op terwijl coördinatie soms gewenst of noodzakelijk is. Het wordt dan aan de burger overgelaten de werkzaamheden van die bestuursorganen goed met elkaar in verband te brengen.

Dat betekent dat de problemen van een burgeronvriendelijke vormgeving van de overheid bij de burger worden neergelegd. Een dienende overheid moet zich anders opstellen. Het is helaas niet goed mogelijk om de inrichting van de organisatie op korte termijn te veranderen, maar het zou goed zijn wat stappen in die richting te zetten. In de private sector heeft men dat vaak al beter begrepen. Maar gegeven de huidige situatie zou een overheid die zich dienend opstelt toch wel de gevolgen van de burgeronvriendelijke organisatie voor de burger kunnen mitigeren. Dat zou betekenen dat de burger er niet zelf voor hoeft te zorgen dat hij informatie kan krijgen die niet beperkt is tot wat een bestuursorgaan waar hij contact mee heeft zelf kan doen, maar ook over de mogelijkheden bij andere bestuursorganen. Daarbij speelt soms ook de vraag van de onderlinge wisselwerking van besluiten van verschillende bestuursorganen. Dan kan het zijn dat een uitkering van het ene orgaan leidt tot vermindering van een andere uitkering. Of blijkt dat de afloop of intrekking van een vergunning tot gevolg heeft dat een voorziening van een ander bestuursorgaan vervalst. Dat kan betekenen dat de burger geen verlenging aanvraagt of bezwaar maakt tegen een intrekking en dan te laat merkt dat hij dat beter wel had kunnen doen vanwege deze samenhang.

Inmiddels wordt wel beseft dat hier een probleem ligt. Samenwerking van bestuursorganen wordt ook wel nagestreefd, maar stuit wel op vele, vaak bureaucratische, belemmeringen. Zo durft het ene bestuursorgaan niets te zeggen over zaken waar een ander bestuursorgaan bevoegd is, uit angst fouten te maken of valse verwachtingen te wekken. Maar daardoor blijft de burger in de kou staan. Initiatieven als de eenloketgedachte en de ouderendesk waar de VAR over nadenkt zijn aanzetten tot een oplossing. Dat een dienende overheid hier werk van moet maken, blijkt steeds wanneer men ervaringen van burgers tot zich neemt. Het feit dat die in dit soort situaties behoefte hebben aan één overheidsfunctionaris die als het ware de regie neemt over alle activiteiten van bestuursorganen met betrekking tot een bepaalde aangelegenheid, wijst hier ook duidelijk op.

2.5 Conclusie: de beginselen van de rechtsstaat stellen eisen aan de zorgplicht

De klassieke manier waarop de beginselen van de rechtsstaat zijn vormgegeven in de verhouding van de overheid tot de burger voldoen niet. Zij leiden niet tot een responsieve rechtsstaat, waarin de burger kan ervaren dat de rechtsstaat er voor hem is en niet voor de overheid.

De zorgplicht van de overheid behoort een belangrijke schakel te zijn bij het vertalen van die beginselen in een vorm die tot de burger kan doordringen. De overheid moet er niet alleen voor zorgen dat de burger op de hoogte komt van de gevolgen die de wettelijke regels voor hem hebben, maar moet het hem ook doenlijk maken aan die regels te voldoen.

Dit legt een grotere verplichting op de overheid dan waarvan juristen zich eerder bewust waren. Dat is, zoals hierboven uiteengezet, aan onjuiste veronderstellingen over de kennis en het doenvermogen van de burger te wijten. Daarbij wordt ook duidelijk dat dit een problematiek is die de overheid als geheel betreft. Niet alleen de uitvoering, maar ook de wetgever en de rechter zullen bij hun werkzaamheden moeten nagaan hoe deze uitwerken op de kennisoverdracht op de burger en op zijn doenvermogen. Daarbij zal ook sprake zijn van wisselwerking: wanneer de wetgever gecompliceerde regels maakt, zal dit de uitvoering met een grotere opdracht in de sfeer van de zorgplicht opzadelen dan bij eenvoudigere en beter uitlegbare wetgeving.

2.6 Het privaatrecht als spiegel voor de zorgplicht in het bestuursrecht

Er is nog een andere, juridisch dwingende, redenering die tot een resultaat leidt dat in dezelfde richting wijst als die via de beginselen van de rechtsstaat. Die redenering spruit voort uit ontwikkelingen in het privaatrecht die voor het bestuursrecht relevant zijn.

In een consistent rechtssysteem kan het niet zo zijn dat privaatrecht en bestuursrecht geheel los van elkaar staan. De burger zal bepaalde verwachtingen hebben van de manier waarop het recht zijn verhouding met anderen regelt. Denkend aan de rechtsstaat zal hij niet verwachten dat de overheid hem veel slechter zal behandelen dan andere burgers of private organisaties hem behandelen. Private partijen streven immers hun eigen belangen na en mogen dit binnen de grenzen van het recht ook doen. De overheid heeft geen eigen belang, maar behoort het belang van de burgers te dienen. Dan valt niet te verdedigen dat de overheid de burger slechter mag behandelen dan private organisaties mogen doen. Men zou eerder het tegendeel verwachten.

Dat is ook het credo waarmee het andere karakter van het bestuursrecht vaak wordt verdedigd: aan de overheid worden hogere eisen gesteld en de rechtsbescherming tegen de overheid is van hogere kwaliteit dan die het privaatrecht kan bieden.⁵⁰

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

In het privaatrecht speelt de maatschappelijke zorgvuldigheid in het algemeen een grote rol, en daarnaast de redelijkheid en billijkheid in privaatrechtelijke verhoudingen tussen burgers. Aan die begrippen wordt op verschillende manieren een meer specifieke invulling gegeven. Voor de beide kanten van de verhouding tussen burger en overheid is daaruit het een en ander te concluderen.

2.6.1 Vormgeving zorgplichten in het privaatrecht

Voor wat de positie van de overheid betreft, is hier vooral interessant hoe zorgplichten in het privaatrecht functioneren. Zorgplichten komen van oudsher voor in dit rechtsgebied.⁵¹ De grondslag wordt vaak gevonden in de redelijkheid en billijkheid. Daarnaast is het opleggen van zorgplichten door de overheid aan private partijen een veelvuldig gebruikt instrument.⁵² Zorgplichten gelden als uitzondering op de standaardrelatie tussen private partijen. In beginsel staan private partijen immers in een horizontale en gelijkwaardige verhouding. Zij zijn autonoom en dus vrij te handelen, binnen de grenzen van de wet en de maatschappelijke zorgvuldigheid.⁵³

Wordt een zorgplicht aangenomen dan kan de drager van die zorgplicht niet slechts uit zijn eigen belang handelen, maar moet hij ook de belangen van de ander expliciet betrekken en daarnaar handelen. Zijn vrijheid wordt dus beperkt: hij moet zich soms onthouden van bepaald handelen, of soms juist acties ondernemen ter behartiging van het belang van de ander.⁵⁴ Een tweede kenmerk van een zorgplicht is dat deze de risicoverdeling tussen partijen wijzigt. Gaat er iets mis, dan kan dat

50 Zie eerder: M. Scheltema, 'De burger in de rechtsstaat: Alice in Wonderland?', NTB 2016/33.

51 Volgens Van Ommeren, in: F.J. van Ommeren, 'Zorgplichten: wat zijn dat? Een poging tot overbrugging van twee werelden', in: C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren & J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 23.

52 Zie daarover de preadviezen van Stijnen en Collignon in deze bundel.

53 Of deze maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm al als zorgplicht kwalificeert, is vatbaar voor discussie, zie bijv.: C.E. Drion, 'Zorgplichten', NJB 2022/287. Hier ligt in ieder geval wel de kiem voor het denken in termen van zorgplichten: T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid', *RMThemis* 2019-1.

54 C.E. du Perron, 'Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht', in: M.W. Hesselink (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 186.

alleen voor rekening komen van degene jegens wie de zorgplicht bestaat als de draager van de zorgplicht daar in *concreto* voldoende invulling aan heeft gegeven. Deze risicoverschuiving is bijvoorbeeld zichtbaar bij de bancaire zorgplicht: fouten van de cliënt wegen in beginsel minder zwaar als de bank tekort is geschoten in haar zorgplicht.⁵⁵

Zorgplichten worden in het privaatrecht *grosso modo* om twee redenen aangenomen of opgelegd. Ten eerste vanwege een asymmetrie tussen partijen, wat betreft kennis of macht bij de ene partij en een zekere afhankelijkheid van de andere partij. In dit geval heeft de zorgplicht een compenserend karakter: soms moet het recht de ene partij een handje helpen om tot een billijke verdeling van verplichtingen en risico's te komen. Dit soort zorgplichten zijn te vinden in het consumentenrecht. Bijvoorbeeld bij een bank die ingewikkelde en zeer risicovolle – maar niet verboden – derivaten aanbiedt. Bij zorgplichten in het consumentenrecht valt op dat er een mensbeeld besloten ligt in de zorgplicht. Niet alleen is het praktisch belastend voor de consument om zich volledig te verdiepen in de producten en de risico's, maar er wordt ook tot uitdrukking gebracht dat de consument zonder zekere zorg niet in staat is een goede keuze te maken. Beide aspecten zien we terug in de bancaire zorgplicht, die volgens de Hoge Raad strekt tot bescherming van de consument voor de eigen 'lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht'. Deze zorgplicht behelst een aantal specifiekere plichten, zoals onderzoeks-, advies-, informatie- en waarschuwingsplichten. De reikwijdte van de zorgplicht is afhankelijk van de omstandigheden van het geval: om wat voor klant gaat het, wat is zijn (financiële) situatie?

Ten tweede kan een zorgplicht aangenomen worden vanwege het bijzondere belang dat aan een partij of persoon is toevertrouwd. Dit soort zorgplichten wordt bijvoorbeeld toegedicht aan de vrije beroepen zoals artsen, notarissen en advocaten. Deze personen of instanties hebben vanwege het publieke belang dat aan hen is opgedragen een zorgplicht om dat belang te behartigen. De grondslag voor deze zorgplichten is steeds gelegen in het vertrouwen dat het publiek moet kunnen hebben in deze partijen.⁵⁶ Als iemand zich bijvoorbeeld wendt tot een advocaat of notaris dan moet men erop kunnen vertrouwen dat zij niet hun eigen of een ander belang nastreven, maar dat een advocaat het belang van de cliënt behartigt en de notaris het algemene belang van rechtszekerheid dat bij hem belegd is. Overigens is hier vaak ook sprake van een zekere afhankelijkheid, zeker omdat de draager van de zorgplicht vaak een monopolie heeft op bepaalde activiteiten. Zo moet de koper van een huis zich wenden tot een notaris en is een advocaat verplicht voor bepaalde procedures. Deze combinatie van redenen om een zorgplicht aan te nemen is in meer terreinen waarneembaar.

55 Zie bijvoorbeeld: HR 23 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7238, NJ 1998/192, m.nt. C.J. van Zeben (Rabo/Everaars), r.o. 3.3.

56 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2007, p. 174-175.

De privaatrechtelijke zorgplichten laten ook een begrenzing van de verleende zorg zien. De relativering van de autonomie van partijen dient niet zo ver te gaan dat deze omslaat in ongebreideld paternalisme. Degene jegens wie de zorgplicht geldt, dient regie te houden op de rechtsverhouding. Dit is een uiting van een rechtsbeginsel dat in de Rechtsstaat herdacht onbenoemd bleef, maar eveneens een dragende gedachte voor de rechtsstaat is, namelijk: het vrijheidsbeginsel.⁵⁷

2.6.2 Consequenties voor de zorgplicht van de overheid

Als we deze criteria voor het aannemen van een zorgplicht in het privaatrecht toepassen op de overheid dan moet de vraag of er redenen bestaan om een zorgplicht voor de overheid ten opzichte van burgers aan te nemen, positief beantwoord worden. Allereerst is er sprake van een machtspositie van de overheid ten opzichte van de burger. Deze machtspositie bestaat niet alleen materieel: de overheid heeft diepe zakken, maar ook formeel: de overheid is als 'bovengestelde' partij in staat de burger eenzijdig te binden. Bovendien heeft het bestuur bijzondere bevoegdheden die andere partijen niet hebben, zoals het bestraffen van burgers en bijzondere bevoegdheden ten aanzien van het invorderen van schulden. Daarnaast bevindt de burger zich vaak in een afhankelijkheidspositie ten opzichte van de overheid. De overheid is vaak monopolist: de burger kan zich niet wenden tot een andere partij voor 'producten' als het verkrijgen van een paspoort, rijbewijs of vergunning. Een uitkering, toeslag of (jeugd)zorgvoorziening is niet op de markt verkrijgbaar. Daarnaast vertegenwoordigt de overheid publieke belangen waarbij er vertrouwen moet kunnen zijn dat de overheid deze taken in het licht van de belangen van de burger uitvoert. Tevens is er vaak een verschil in kennis.⁵⁸ De overheid heeft veel kennis over haar eigen 'aanbod', hoe daar toegang toe kan worden verkregen en de risico's die daaraan verbonden zijn. Deze kennis is bij de burger vaak veel minder aanwezig. Binnen privaatrechtelijke zorgplichten is er een grotere erkenning van de mogelijk gebrekkige kennis van de consument en lijkt er een ander mensbeeld te leven. Damen heeft dit mensbeeld eerder getypeerd als dat van een 'onnozele hals aan wie nooit door zijn ouders is geleerd dat je enkele adagia in acht moet nemen zoals: 'als het te mooi lijkt om waar te zijn, dan is het ook te mooi om waar te zijn', 'alleen de zon gaat voor niets op' en 'aan de deur wordt niet gekocht'.⁵⁹ Deze typing is te gechargeerd, maar het contrast met het mensbeeld in het bestuursrecht – en dat was het punt dat Damen wilde maken – is niet te ontkennen.

2.7 De kant van de burger: hij moet zich gedragen als een goed burger

De grondslagen van de zorgplicht zijn hierboven gebaseerd op twee pijlers: rechtstatelijke beginselen en ontwikkelingen in het privaatrecht. Dit alles leidt tot een

⁵⁷ Van Ommeren 2004, p. 14-16.

⁵⁸ Van de Sande leidt uit de deskundigheid van de overheid een zorgplicht af: S.A.L. van de Sande, *Overheidsaansprakelijkheid voor het verstrekken van onjuiste informatie* (Staat en Recht nr. 45), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 222.

⁵⁹ L.J.A. Damen, 'De autonome Awb-mens?', AA juli/augustus 2017, p. 630 e.v.

verdergaande verplichtingen voor de overheid dan in het verleden werd aangenomen.

In de verhouding tussen overheid en burger is er ook een andere kant. Naarmate men veeleisender is met betrekking tot de verplichtingen van de overheid, komt sterker de vraag op wat men van de burger mag verwachten.

Het gegeven dat de burger zijn kennis niet aan de wet kan ontleen, heeft ook een andere kant. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit voort dat de overheid geen verplichtingen mag opleggen zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. Dat is een belangrijk uitgangspunt en betekent dat er een democratische legitimatie moet zijn voor bestuursorganen die verplichtingen opleggen en handhaven. De overheid moet er zelf ook voor zorgen dat dit niet gebeurt en instrumenten hebben om hierop toe te zien.

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

In het algemeen zullen burgers zich daar ook van bewust zijn. Het ideaal van de rechtsstaat zullen zij niet, zoals juristen doen, vertalen in een legaliteitsbeginsel dat formalistisch zal overkomen. Omdat de burger toch niet precies weet wat in de wet staat, zal de gedachte dat hij zich behoorlijk of als goed burger heeft te gedragen immers breed omarmd worden, maar niet de gedachte dat hij zich aan allerlei regels en regeltjes heeft te houden zodra die in een wet zijn opgenomen, ook al kent hij die niet. Zo zal hij, wanneer hij een uitkering ontvangt omdat hij ziek is, begrijpen en het normaal vinden dat hij zijn herstel moet melden, ook al staat dat niet uitdrukkelijk in de wet. De buurtvereniging die een straatfeest organiseert, begrijpt dat er bij de gemeente geïnformeerd moet worden wat daarvoor de regels zijn.

Meer in het algemeen is te stellen dat een burger zich in verhouding tot de overheid als goed burger behoort te gedragen. Wat dat precies inhoudt, is niet op basis van het legaliteitsbeginsel volledig uit de wet te halen. Meer algemene uitgangspunten of beginselen zouden hier de weg moeten wijzen. De ontwikkeling van dergelijke beginselen is vaak gestuit op het legaliteitsbeginsel: verplichtingen kunnen de burger niet worden opgelegd dan krachtens de wet, terwijl ook een sterk verticale kijk op de verhouding burger tot overheid hier een rol heeft gespeeld. Dat leidt tot een nogal formeel-juridische benadering, die in het licht van het voorgaande betoog niet aansluit bij de wereld van de burger.

2.7.1 Ook voor de positie van de burger de spiegel van het privaatrecht

Ook hier is het van belang naar de ontwikkelingen in het privaatrecht te kijken. Door de sterk gescheiden ontwikkeling van publiekrecht en privaatrecht hebben bestuursrechtjuristen te weinig oog voor het feit dat burgers niet denken in deze

tegenstelling, en de wetgever doet dat gelukkig ook niet altijd. Zo zijn er bepalingen in de privaatrechtelijke wet die mede voor het bestuursrecht bedoeld zijn, zoals de bepaling over misbruik van recht in artikel 3:11 Burgerlijk Wetboek (BW). Het is uiterst bevreemdend dat het zolang geduurd heeft voordat die bepaling ook in de bestuursrechtspraak is doorgedrongen. Men mag toch van een burger verlangen dat hij geen misbruik van zijn recht maakt tegenover de overheid: daar zou men geen wettelijke grondslag voor nodig moeten hebben. Bijna iedere burger zal dat begrijpen, alleen staats- en bestuursrechtjuristen hebben daar moeite mee.

Er zijn regels in het privaatrecht waarvan burgers niet goed zouden begrijpen dat zij niet voor de verhouding met de overheid zouden gelden. Artikel 6:2 BW bepaalt dat schuldeiser en schuldenaar zich jegens elkaar moeten gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. Zou de burger denken, of zou hij het redelijk vinden, wanneer hem wordt uitgelegd dat hij een dergelijk gedrag niet behoeft te vertonen in zijn verhouding tot de overheid? Dan zou hij zich als schuldenaar van de overheid niet redelijk behoeven te gedragen. Denk ook aan de bepaling over onrechtmatige daad: men mag zich jegens een ander niet gedragen in strijd met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Wie zou willen verdedigen dat wij aan de bepaling moeten toevoegen: *Deze regel geldt niet bij handelen jegens de overheid?*

De redelijkheid en billijkheid en de maatschappelijke zorgvuldigheid zijn in het privaatrecht van grote betekenis. De meer legalistische traditie is sinds *Lindenbaum/Cohen*⁶⁰ ruim een eeuw geleden verlaten en ingeruild voor een relationele benadering. In een enigszins consistent rechtsstelsel kan het bestuursrecht niet om die ontwikkeling heen.⁶¹ Voor de burger geldt dat de eisen van redelijkheid niet alleen zijn verhouding met andere burgers en privaatrechtelijke organisaties beheerst, maar ook die met de overheid. Er zouden zelfs goede redenen zijn om van de burger extra zorgzaamheid te vragen jegens ‘zijn’ overheid.

Ortlep heeft in zijn oratie en ook elders deze benadering met sterke argumenten verdedigd.⁶² Hij stelt dat de aan het privaatrecht ontleende redelijkheid en billijkheid de rechtsbetrekking tussen overheid en burger beheerst, zodat ook de burger zich daardoor moet laten leiden. Daarbij moet, zoals Ortlep stelt, wel oog zijn voor de eigenheid van de relatie tussen de overheid en de burger.⁶³ De bestuursrechtjurist dient ook de neiging te onderdrukken om deze meer relationele benadering als verslechtering van de positie van de burger te kwalificeren. Zo wordt in het

60 Hoge Raad 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG177.

61 Van den Berge gaat in zijn proefschrift in op de autonome ontwikkeling van het bestuursrecht ten opzichte van de relationele benadering van het privaatrecht: L. van den Berge, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016.

62 R. Ortlep, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 en R. Ortlep, ‘Het referentiekader van waaruit wij het bestuursrecht bezien en waarderen’, *JBplus* 2020/4.

63 Ortlep, *JBplus* 2020/4, par. 4.2.

privaatrecht goede trouw aangenomen, tenzij het tegendeel blijkt. Dat is anders dan de wantrouwende houding en het beeld van de calculerende burger die lang in het bestuursrecht dominant waren. Daarnaast laat rechtsvergelijkend onderzoek zien dat het loskomen van de dominantie van legaliteit meer ruimte biedt voor ‘billijkheidsuitzonderingen’,⁶⁴ precies de discussie die nu woedt binnen het bestuursrecht.

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

2.8 Zorgplicht kan ook de overheid helpen

In de voorgaande beschouwingen is de nadruk gelegd op het burgerperspectief: hoever moet de zorgplicht gaan om de burger in staat te stellen zijn rol in de rechtsstaat goed te vervullen? Daarmee wordt de indruk gewekt dat hiermee een last op de overheid wordt gelegd die haar werk (nog) zwaarder maakt.

Dat zou een eenzijdig beeld opleveren. Het belang van de overheid wordt ook gediend met een goede vormgeving van de zorgplicht. Zorgen voor goede informatie kan de uitvoering enorm helpen. Kennen de mensen de regels niet, dan kunnen die regels hun veel werk bezorgen. Zij kunnen voorzieningen aanvragen waar zij geen recht op hebben, voldoen niet aan verplichtingen die belangrijk zijn of maken bezwaar zonder dat dit voor hen zinvol is. Stelt men uitkeringen beschikbaar, dan wordt de doelstelling van de overheid niet bereikt als velen daar geen beroep op doen, zoals vaak het geval blijkt te zijn.⁶⁵ Ook kan een goede ondersteuning uitvoeringsinstanties helpen. Een mooi voorbeeld daarvan is het voorgevulde aangifteformulier van de Belastingdienst. Meer in het algemeen kan een goede ondersteuning in het aanvraagproces de uitvoering sterk vereenvoudigen.

De Belastingdienst heeft in de afgelopen decennia met betrekking tot haar voorlichtende taak een beleid ontwikkeld, waarin het meer centraal stellen van de burger wordt gecombineerd met het bevorderen van de *compliance* en met het streven naar een efficiënte en doelmatige uitvoering door de Belastingdienst.⁶⁶ De zorgplicht maakt een dergelijk beleid voor de gehele overheid nodig, een beleid dat, indien goed doordacht, ook de overheid zelf kan helpen bij een goede uitvoering van haar taak.

64 Bakker laat zien dat de dominantie van de wet in het bestuursrecht tot minder van dergelijke uitzonderingen leidt: F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 342 e.v.

65 Zie diverse rapporten van de Nationale ombudsman over het niet-gebruik van voorzieningen door ouderen en door jongeren met een beperking.

66 Uitvoering hierover Cramwinckel 2022, met name hoofdstuk 3.

Uiteindelijk zal een goede invulling van de zorgplicht het vertrouwen van de burger in de overheid kunnen vergroten. Onvoldoende vertrouwen en angst dat contacten met de overheid of het gebruik van voorzieningen tot onvoorspelbare problemen kunnen leiden, kunnen een goed functioneren van de overheid hinderen.

2.9 De balans

Maken we de balans op, dan zien we dat zowel de beginselen van de rechtsstaat als de ontwikkelingen in het privaatrecht dwingen tot een stevige invulling van de zorgplicht van de overheid. Alleen dan kan de rechtsstaat zich responsief noemen.

De zorgplicht beoogt de burger in staat te stellen overwogen keuzes te maken bij het bepalen van zijn gedrag ten opzichte van de overheid, en hem ook in staat te stellen dienovereenkomstig te handelen.

Om dit te kunnen bereiken moet de overheid een voldoende goed beeld hebben van wat de burger daarvoor nodig heeft. Bepalend daarbij is de informatie die hij nodig heeft om vanuit zijn positie te kunnen handelen, en het doenvermogen dat daarbij past. De positie van de burger moet daarbij mede gezien worden vanuit zijn perspectief. De omstandigheden waarmee hij te maken heeft of het probleem dat hij wil oplossen moeten dus de belangstelling van de overheid hebben.

In het volgende hoofdstuk wordt een concrete invulling gegeven aan de zorgplicht zoals die naar onze mening uit de rechtsstatelijke beginselen voortvloeit. Eerst komt de taak van bestuursorganen aan de orde. Zij zijn immers de instellingen die het contact met de burger onderhouden, en die de wederpartij zijn van de burger in zijn relatie met de overheid. In hoofdstuk 4 wordt vervolgens ingegaan op de taak van de rechter en van de wetgever. Zij scheppen het juridische kader waarbinnen bestuursorganen hun zorgplicht uitvoeren.

3 Consequenties voor het bestuursorgaan

In het vorige hoofdstuk hebben we uiteengezet dat uit de rechtsstatelijke noties van het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid een zorgplicht voor de overheid ten opzichte van burgers kan worden afgeleid. De rechtsstaat is een belofte aan burgers die in de praktijk moet worden gebracht en in dat licht moet worden getoetst en begrepen. Hoe functioneren deze mooie concepten in de praktijk en hoe wordt het ideaal concreet dichterbij gebracht? In dit hoofdstuk wordt deze concretisering gemaakt. We kijken daarbij naar de interactie tussen het bestuursorgaan en de burger in de bestuurlijke fase. Of de burger de rechtsstaat ervaart, komt namelijk primair tot uitdrukking in het alledaagse contact met het bestuur. De nadruk in dit hoofdstuk op het bestuursorgaan betekent niet dat de zorgplicht alleen implicaties heeft voor bestuursorganen; deze verlangt ook bepaald handelen van de andere staatsmachten: de wetgever en de rechter. De taak van de wetgever en de rechter komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. Dan wordt stilgestaan bij hoe de wetgever het bestuur kan faciliteren in het verwezenlijken van de zorgplicht en hoe de bestuursrechter kan toetsen of het bestuursorgaan aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Deze volgorde is ook logisch omdat de rol van de wetgever en de rechter beperkt is. De feitelijke rechtszekerheid die de wetgever kan bieden moet, zoals aangegeven, niet overschat worden en het beschermingsniveau – in de zin van feitelijke rechtszekerheid en dienende houding van de overheid – dat de burger ervaart bij zijn contacten met het bestuur zou niet in wezenlijke mate afhankelijk moeten zijn van de wetgever;⁶⁷ de eigenschappen en capaciteiten van de burger veranderen immers niet op magische wijze wanneer hij met andere bijzondere wetgeving te maken krijgt.⁶⁸

Door de gebondenheid van het bestuur aan de wet kan de (bijzondere) wetgever de taken van het bestuur op grond van de zorgplicht overigens wel in ernstige mate frustreren door bijvoorbeeld zeer complexe regels te stellen, administratieve hordes op te werpen en door grote risico's voor de burger te creëren. Wanneer de wetgever dit doet, vraagt dit meer van het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan moet een *interface* vormen tussen het systeem van het bestuursrecht en de leefwereld van

67 M. Scheltema, 'Mag de rechtsstaat voor de burger worden gesloten? Bouwstenen voor een meer burgervriendelijk bestuursrecht', AA 2021, afl. 9.

68 L.J.A. Damen, *Eén burger. Gefragmenteerd bestuur*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2000.

de burger,⁶⁹ maar als de onderliggende ‘code’ – de wetgeving – van dat systeem niet op orde is,⁷⁰ wordt dat een lastige opgave.⁷¹ Voor de bestuursrechter geldt dat deze toetst of het handelen van het bestuursorgaan aan de norm voldoet. Daarvoor moet wel eerst vastgesteld worden wat die norm in zou moeten houden. Bovendien bereiken veel zaken de bestuursrechter niet, zeker als het om kwetsbare burgers betreft. De nadruk zou dus moeten liggen op de ‘praktische rechtsbescherming’ die het bestuursorgaan biedt.⁷²

3.1 Een reis door het bestuursrecht

Een gebrek aan feitelijke rechtszekerheid en te beperkte ondersteuning kunnen ertoe leiden dat burgers ‘buiten de boot vallen’, ‘tussen wal en schip raken’, of het gevoel krijgen van het ‘kastje naar de muur’ gestuurd te worden. Deze beeldspraken zijn echter te beperkt omdat ze een momentopname omschrijven. Voor een systematische analyse van de ondersteuningsbehoefte van de burger is het zinvoller om de ‘reis’ van de burger door het bestuursrecht te beschrijven. Om tussen wal en schip te komen moet je namelijk wel weten bij welke kade je moet zijn en hoe laat het schip vertrekt. Je kan ook vastlopen voordat je aan boord bent, bijvoorbeeld bij het inchecken, omdat niet alle nodige papieren zijn ingepakt of je niet in het systeem blijkt te staan en met een vage verwijzing naar de klantenservice wordt afgescheept. Misschien nog wel belangrijker: waar gaat die boot eigenlijk heen, wil ik dat wel, en wordt het een reisje langs de Rijn of een tocht op woeste zee laverend langs ijsschotsen? Een pleziertocht wordt het overigens zelden: recreatief gebruik van het bestuursrecht komt weinig voor.⁷³ Doorgaans gaat het om een noodzakelijke reis: er is een probleem waar de overheid bij kan ondersteunen, de voorziening is niet elders beschikbaar, of een activiteit is vergunningsplichtig. Burgers nemen niet zomaar contact met de overheid op. De rechtszekerheid die de burger behoeft en de ondersteuning die hij nodig heeft, zijn afhankelijk van de fase van de reis waarin de burger zich bevindt.

We onderscheiden drie fases. De reis begint thuis, er is nog geen contact tussen het bestuursorgaan en de burger. Hoe komt de burger erachter dat de reis beschikbaar is, of hij deze boot wil of moet nemen, hoe laat het schip vertrekt en wat hij in

69 A. Brenninkmeijer, ‘De burger tussen de ambities en doelstellingen van de Awb’, in: T. Barhuysen (e.a.) (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 39-48; A.T. Marseille,

70 K. Giezeman & N. Jak, ‘Bestuursrechtelijk maatwerk. De wetgever en het bestuur aan zet’, *NJB* 2020/572, p. 619.

71 Hetzelfde geldt overigens voor andere randvoorwaarden als financiële middelen, ambtelijk vakmanschap en organisatiecultuur.

72 Zie het rapport van de Commissie praktische rechtsbescherming in belastingzaken, *Burgers beter beschermd. Praktische rechtsbescherming in belastingzaken*, Den Haag 2021.

73 Uitzondering: onder het nieuwe STAP-budget, de vervanging van de fiscale scholingsaftrek, was het mogelijk om een subsidie voor een ‘tweedaagse “ontdekkingstocht naar jezelf” in Amsterdam, Antwerpen of Parijs’ aan te vragen; inmiddels wordt er strenger toegezien op de noodzakelijkheid van opleidingen: www.rtlnieuws.nl/nieuws/artikel/5327658/strengere-regels-minister-stap-budget-subsidie-opleiders-overheid.

moet pakken? In de tweede fase is er contact gelegd, de burger staat aan de kade. Hoe komt hij op het schip: staat hij bij de juiste *gate*, is hij op tijd, kan hij zo doorlopen of onderwerpt de douane hem aan een kruisverhoor en worden er onverwacht allerlei documenten gevraagd waardoor hij onverrichter zake huiswaarts keert? Eenmaal aan boord breekt de derde fase aan: dit kan een korte overtocht zijn, maar ook een duurrelatie die naar alle waarschijnlijkheid tot de AOW-leeftijd duurt. Wordt tijdens de tocht een heronderzoek uitgevoerd waarna de burger prompt van boord wordt gezet, wordt hij gewaarschuwd voor een glad dek, waar kan hij terecht als er problemen zijn? In de volgende paragrafen zullen we deze drie fases bespreken. Welke obstakels vindt de burger in deze reis, in hoeverre helpt het huidige bestuursrecht en waar is aanvullende zorg nodig?

3.2 Er is nog geen contact

Het komt vaak voor dat het contact tussen een bestuursorgaan en de burger niet of te laat gelegd wordt, terwijl het wel in het voordeel van beide zou zijn als dat wel zou gebeuren. Het niet tot stand komen van het contact kan er bijvoorbeeld toe leiden dat geen gebruik wordt gemaakt van een aanspraak of voorziening. Dit kan nadelig zijn voor de burger en de overheid. Veel mensen houden dit een tijd vol door eindjes aan elkaar te knopen of een beroep op hun netwerk te doen, maar zeer dikwijls verergeren problemen op het gebied van schulden of gezondheid.⁷⁴ Dit komt mede omdat de met deze problemen gepaard gaande stress de mentale ruimte die mensen overhouden, vermindert en daarmee de cognitieve vermogens doet afnemen.⁷⁵ Deze escalatie van problemen leidt er vaak toe dat er uiteindelijk gebruik moet worden gemaakt van duurdere voorzieningen.⁷⁶ Een tweede nadeel dat kan optreden als er geen of te laat contact tot stand komt, is dat de burger gedrag ontplooit dat niet in lijn is met de regels. Bijvoorbeeld het bouwen van een schuurtje terwijl dat volgens het bestemmingsplan meldings- of vergunningsplichtig is.

Bestuursorganen doen al veel aan voorlichting en soms worden burgers actief benaderd, maar bestuursrechtelijk is dit vaak niet verplicht.⁷⁷ Formele kenbaarheid is meestal afdoende: als een wet of besluit op de juiste wijze bekend is gemaakt, wordt de burger geacht hier kennis van te nemen, het recht toe te passen op de eigen situatie en daarnaar te handelen. Contact tussen burger en bestuursorgaan

74 Raad voor Volksgezondheid en Samenleving, *Van schuld naar schone lei*, Den Haag 2022, p. 22-26; M. ten Have, M. Tuithof, S. van Dorsseleer (e.a.), 'The Bidirectional Relationship Between Debts and Common Mental Disorders: Results of a longitudinal Population-Based Study', *Administration and Policy in Mental Health and Mental Health Services Research* 2021 (48).

75 WRR 2017, p. 85-101.

76 R. Fransman & T. Bakker, *Minder schade door schuld. Beleidsvoorstellen om slimmer met problematische schulden om te gaan en zo miljarden te besparen*, De argumentenfabriek 2020.

77 M. van Everdingen, *De plicht verlicht? Een juridisch onderzoek naar de invloed van dienstverlening op de plichten van de burger in de sociale zekerheid*, SVB 2010; L.J.A. Damen, 'Een informatieplicht voor dienende bestuursorganen, een hintplicht voor dienende bestuursrechters?', in: A.T. Marseille, A.C.M. Meuwese, F.C.M.A. Michiels & J.C.A. de Poorter (red.), *Behoorlijk bestuursprocesrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. B.W.N. de Waard over grondslagen, beginselen en vernieuwingen van het bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 421-446.

is het startpunt van de normering van de Awb. Ook de regels van Hoofdstuk 2 van de Awb, dat het verkeer tussen de burger en het bestuursorgaan regelt, zien op de fase waarin reeds contact is gelegd. Deze basishouding werkt ook door in de vormgeving van bijzondere wetgeving en rechtspraak. Veel voorzieningen worden alleen op aanvraag verstrekt. Daarmee wordt het wettelijk kader pas vanaf het moment dat iemand een aanvraag of melding doet 'geactiveerd'. Jurisprudentie is op dit punt schaars, wat niet verwonderlijk is omdat het om burgers gaat die het bestuursorgaan niet weten te vinden en die dus ook niet snel bij de bestuursrechter terechtkomen. Zaken die voorgelegd worden gaan over burgers die te laat een aanvraag hebben gedaan en daar nadeel van ondervinden. Het antwoord op de vraag of het bestuursorgaan actief had moeten wijzen op de beschikbaarheid van de voorziening is vrij consistent: rechters vinden geen rechtsgrond voor een plicht tot het actief verstrekken van informatie of om burgers uit eigen beweging te benaderen.⁷⁸ Het bestuursrecht steunt dus in overwegende mate op het legaliteitsbeginsel en de presumptie dat burgers in staat zijn in actie te komen. Ogenschijnlijk is de enige algemene norm met betrekking tot informatieverstrekking in deze fase dat als informatie wordt verstrekt, deze moet kloppen. Dit volgt uit het vertrouwensbeginsel. Een beroep op dit beginsel bij onjuiste algemene informatie slaagt overigens zelden; ook hier wordt veel kennis en doenvermogen van de burger verondersteld.⁷⁹

Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet is deze vormgeving vanuit het perspectief van de burger inadequaet. Wanneer dit perspectief wordt ingenomen zijn er drie redenen waarom contact niet of te laat tot stand komt: een gebrek aan informatie, moeite om in contact te komen met het bestuursorgaan, en een gebrek aan het vermogen om naar verstrekte informatie te handelen. Deze 'zorgbehoeften' vertalen zich in drie 'zorghandelingen': actieve informatieverstrekking, het verzorgen van goede toegankelijkheid voor de burger en het actief benaderen van burgers die niet het (doen)vermogen hebben om in actie te komen.

Bij het verstrekken van informatie gaat het er allereerst om dat de informatie de burger bereikt. Hierbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen 'ongerichte' informatie en tot het individu gerichte informatie. Bij ongerichte informatie heeft het bestuursorgaan nog geen specifieke burger op het oog, om in bestuursrechtelijke termen te spreken: de potentiële belanghebbende bevindt zich nog onder de 'amorfe massa'. Dat betekent echter niet dat het bestuursorgaan geen inschatting kan maken waar zijn potentiële doelgroep zich bevindt. De zorgplicht verlangt dat het bestuursorgaan nadenkt over waar zijn doelgroep zich bevindt en actie onderneemt om de informatie daar te krijgen waar de doelgroep de informatie tot zich kan nemen: dat is bij jongeren anders dan bij gepensioneerden. Onderzoek naar niet-gebruik laat steeds meer zien dat bepaalde groepen met een afstand tot de

⁷⁸ Zie bijv. CRvB 23 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2588, CRvB 24 april 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1018, CRvB 4 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:803, CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1298, AB 2022/334, m.nt. L.J.A. Damen.

⁷⁹ Damen 2018.

overheid – zoals mensen met een migratieachtergrond – slecht worden bereikt.⁸⁰ Het streven naar een zo veel mogelijk gelijke toegang tot de overheid verlangt dat er extra inspanningen worden verricht om deze groepen te bereiken. Bij het verstrekken van informatie aan het individu gaat het om burgers die het bestuursorgaan uit een andere hoedanigheid al kent: als iemand bijvoorbeeld al onder het minimabeleid van de gemeente valt, is het logisch dat een energietoeslag ook bij hem terecht komt.⁸¹

Als de informatie aankomt, moet deze een handelingskader voor de burger te bieden. Deze moet dus van voldoende kwaliteit zijn, maar hier schort het in de praktijk vaak aan. Niet zelden is informatie te algemeen of onvoldoende begrijpelijk om het handelen op af te stemmen.⁸² Soms is informatie alleen digitaal of in geschreven vorm beschikbaar, terwijl de doelgroep niet digitaal vaardig, laaggeletterd of de Nederlandse taal niet machtig is.⁸³

Algemene informatie zal altijd een bepaald aggregatieniveau hebben. Om in te schatten hoe een regeling in zijn situatie uitwerkt, is het voor de burger dus van belang om de mogelijkheid te hebben om op een laagdrempelige manier in contact te treden met het bestuursorgaan. Of dit mogelijk is, is afhankelijk van de ontvankelijkheid van het bestuursorgaan voor contact. Een recht op toegang tot het bestuur is, zeker in de fase waarin er nog geen contact is,⁸⁴ zwak geborgd.⁸⁵ Het vergemakkelijken van het afsnijden van de papieren weg is op weerstand gestuit en is niet doorggegaan.⁸⁶ Toegankelijkheid moet echter breder gezien worden. De burger moet op een laagdrempelige manier in contact kunnen treden: digitaal, schriftelijk, telefonisch of aan de balie. Dit is niet slechts een kwestie van het tegemoetkomen aan de voorkeuren van de burger,⁸⁷ maar is een essentiële voorwaarde voor het bereiken van de burger die aanspraak maakt op voorzieningen die voor hem bedoeld zijn en het gevolg geven aan verplichtingen die op hem rusten.

Het verstrekken van (algemene) informatie en ontvankelijkheid voor contact zijn beperkte instrumenten; niet iedereen wordt bereikt en in sommige gevallen zijn er andere belemmeringen, zoals een gebrek aan doenvermogen, maar ook een

80 M. Zumbuehl & C. Magnée, *Niet-gebruik van de aanvullende beurs in het mbo*, CPB notitie 2022; Inspectie SZW, *Niet-gebruik van de algemene bijstand*, Den Haag 2021.

81 Vandaar dat deze ook ambtshalve verstrekt kan worden: art. 35 lid 4 Participatiewet.

82 Zie bijv. Nationale ombudsman, *Meedoen zonder beperkingen. De financiële problemen van jongeren met een beperking in de Wajong en Participatiewet*, Rapportnr. 2022/144, p. 26 e.v.

83 T. de Waal, 'Alleen een gegrilde burger is een echte burger', NTB 2018/44.

84 Claessens wijst op een aantal toegankelijkheidseisen die bestaan in latere fases in het contact tussen burger en bestuur: M. Claessens, 'Het (on)nut van een recht op toegang tot de overheid als nieuw algemeen beginsel van behoorlijk bestuur', NTB 2021/105.

85 Schlössels, 'Het recht op toegang tot het bestuur', NTB 2017/23.

86 Het wetsvoorstel Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer werd, zoals ook al in de inleiding van dit preadvies gememoreerd, ingrijpend aangepast.

87 W. Bantema, 'Ik ben slecht in het legen van mijn brievenbus en heb een telefoonfobie. Het belang van een match in het soort contact tussen uitkeringsgerechtigden en uitkeringsinstanties', *Recht der werkelijkheid* 2017 (38) 1.

terughoudendheid om een beroep op de overheid te doen, ervaren stigma, of angst voor eventuele gevolgen van het contact met de overheid.⁸⁸ Als het bestuursorgaan deze burgers niet benadert, komt het contact niet tot stand. Dat proactieve dienstverlening soms nodig is, wordt steeds breder beseft. Dit is ook terug te zien in recente wetgeving.⁸⁹ Een voorbeeld is het ontwerpvoorstel voor een herziening van de zogenoemde ‘dubbele kinderbijslag intensieve zorg’ (DKIZ). Dit is een voorziening voor ouders met een kind dat intensieve zorg nodig heeft. Uit onderzoek blijkt dat een deel van de doelgroep niet bekend is met deze voorziening of afhaakt in een ingewikkeld aanvraagproces (zie ook hieronder).⁹⁰ Door een koppeling te maken tussen het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ), dat in het kader van de uitvoering van de Wet langdurige zorg (Wlz) vaststelt of kinderen intensieve zorg nodig hebben, en de SVB, de uitvoerder van de kinderbijslag, kan de voorziening automatisch worden toegekend. In de conceptmemorie van toelichting wordt deze verandering als volgt omschreven:

‘Deze vorm van dienstverlening komt in plaats van de huidige – reactieve – wijze waarop de dienstverlening is vormgegeven. In deze reactieve vorm van dienstverlening wacht de overheid op het initiatief van burgers, terwijl al duidelijk is dat er zeer waarschijnlijk recht is op DKIZ. Er moet bijvoorbeeld enkel nog door de SVB worden gecontroleerd of ouders voldoen aan de voorwaarden van de (enkele) kinderbijslag en of het kind thuis woont bij de ouders.’⁹¹

Hoewel het actief benaderen van burgers soms noodzakelijk is, moet het bestuur zich ervan bewust zijn dat een steeds grotere groep een wantrouwende houding heeft ten opzichte van de overheid. Voor hen geldt de befaamde (of beruchte) uitspraak van Ronald Reagan als adagium: ‘The nine most terrifying words in the English language are: I’m from the Government, and I’m here to help’.⁹² Het antwoord van Reagan was een kleinere, ondergefinancierde en slechter functionerende overheid.⁹³ Wat ons betreft is het rechtsstatelijk juiste antwoord: het waarborgen van de regie van de burger. Hiervoor is nodig dat het bestuursorgaan blijft toetsen welke keuzes de burger wil maken. Hier moet een juiste balans gevonden worden, in algemene zin, maar ook in relatie tot de individuele burger. Ook

88 Nationale ombudsman 2022; O. Simose, G. Vanderveen, L.F. van Dillen, W.W. van Dijk & E. van Dijk, ‘Social security or insecurity? The experience of welfare participation by financially vulnerable households in the Netherlands’, *Social Policy & Administration* 2022, p. 10.

89 Zie bijvoorbeeld de herziening van de Wet gemeentelijke schuldhulpverlening waardoor ‘vroegsignalering’ mogelijk wordt gemaakt. Naar aanleiding van het signaal (bijvoorbeeld een huurachterstand, schuld bij de Belastingdienst of het niet betalen van de zorgverzekeraar) wordt contact opgenomen.

90 CentERdata, *Uitvoering Kinderbijslag intensieve zorg*, 2020.

91 Conceptmemorie van toelichting bij het Wetsvoorstel vereenvoudigde verkrijging dubbele kinderbijslag, p. 4. Zie www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelvereenvoudigdeverkkrijging-dubbelekiinderbijslag.

92 Persconferentie Ronald Reagan 12 augustus 1986.

93 Informeel aangeduid als de ‘Starve the beast’-strategie: B. Bartlett, ‘“Starve the Beast”: Origins and Development of a Budgetary Metaphor’, *The Independent Review* 2007, vol. 12, nr. 1.

proactieve dienstverlening is dus begrensd en vergt waar nodig een geïndividualiseerde benadering.

In de fase waarin er nog geen contact is, zijn er dus drie verplichtingen: een ongerichte en, waar mogelijk, individuele informatieplicht, een toegankelijkheidsplicht en een verplichting burgers actief te benaderen. Deze verplichtingen komen eveneens tot uiting in de nieuwe zorgplicht van artikel 2:1 lid 1 Awb en het voorgenomen dienstbaarheidsbeginsel. De ondersteuning die het bestuur op grond van artikel 2:1 lid 1 Awb dient te bieden kan volgens de regering ook de vorm van ‘generieke voorzieningen’ als het verschaffen van informatie via een website of app hebben.⁹⁴ Daarmee ziet dit artikel ook op de fase waarin er nog geen contact is met de burger en moet onder ‘verkeer tussen burger en bestuursorgaan’ mede worden verstaan: eenrichtingsverkeer vanuit het bestuursorgaan.⁹⁵ Het criterium dat de ondersteuning ‘passend’ is, impliceert dat er ook inhoudelijke eisen aan de informatieverstrekking worden gesteld. Het gaat er volgens de regering om dat het bestuursorgaan ‘vindbare, duidelijke en bruikbare informatie geeft over de door hem geboden diensten’.⁹⁶ Het voorgenomen dienstbaarheidsbeginsel in de Awb houdt volgens de toelichting onder andere in dat het bestuur proactief en tijdig informatie moet verstrekken en rekening moet houden met het kennisniveau van de burger.⁹⁷

Deze nieuwe bepalingen zijn echter geen noodzakelijke voorwaarde voor de zorgplicht; deze rust namelijk op al aangenomen rechtsbeginselen. De zorgplicht heeft ook invloed op hoe concretere – en bekendere – algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals het vertrouwensbeginsel vorm krijgen. Nu de burger zijn kennis over de geldende regels doorgaans moet ontleen aan de informatie die de overheid daarover heeft gegeven, zal de burger daarop moeten afgaan. Het is dan in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel om fouten die de overheid daarbij maakt wanneer zij onjuiste informatie verstrekt, voor rekening van de burger te brengen. In haar proefschrift heeft Cramwinckel mede op deze grond overtuigend beredeneerd dat de geldende jurisprudentie herzien moet worden.⁹⁸ Dat leidt niet tot een altijd honoreren van opgewekte verwachtingen, maar tot een genuanceerder voorstel. Daarin is plaats voor een belangenafweging waarin naast het belang van de burger ook het algemene belang van goede wetsuitvoering een rol speelt, en ook tussenposities mogelijk zijn door de opgewekte verwachtingen voor een deel te honoreren.

94 Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 39.

95 Deze uitbreiding past ook binnen de initiële bedoeling van Hoofdstuk 2 Awb. Het ging daarbij om het stellen van algemene regels over hoe bestuur en burger zich tegenover elkaar dienen te gedragen, niet gekoppeld aan de ‘meer traditionele rechtsfiguren waarin de overheid zich naar de burger manifesteert’; Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 45.

96 Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 3, p. 39.

97 Conceptmemorie van toelichting, bijlage bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763, p. 22.

98 Cramwinckel 2022, hoofdstuk 7.

3.3 Van contact tot besluit

In het contact met het bestuursorgaan staat voor de burger het probleem centraal. Het perspectief van het bestuur is vaak anders. Het bestuur probeert erachter te komen hoe de situatie van de burger juridisch te kwalificeren is: is het contact te beschouwen als een aanvraag, is er aan de wettelijke voorwaarden voldaan, enzovoort. Dit werkt door in de wijze waarop het bestuur is ingericht, namelijk langs de lijnen van de uit te voeren regelingen: de gemeente heeft een afdeling werk en inkomen, maatschappelijke ondersteuning, ruimtelijke ordening, gemeentelijke belastingen, enzovoort. Hetzelfde geldt voor het bestuursrecht. Doordat het besluit het centrale begrip in het bestuursrecht vormt, richt de bestuursrechtjurist zich op de vraag of aan de voorwaarden van het besluit is voldaan. Dit vertaalt zich ook door in de redactie van het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb; de relevante kennis die vergaard moet worden ziet alleen op het te nemen besluit. De werking van het zorgvuldigheidsbeginsel wordt verder beperkt als het te nemen besluit kwalificeert als een besluit op aanvraag, in welk geval de last om de relevante gegevens en bescheiden te verzamelen op grond van artikel 4:2 Awb grotendeels bij de burger wordt belegd. Of het probleem van de burger uitputtend en integraal wordt benaderd is daarmee afhankelijk van de bijzondere wetgeving. Voor veel besluiten verlangt de bijzondere wetgever geen integrale blik op het probleem van de burger. Bovendien geldt dat er voor het probleem van de burger, als er bijvoorbeeld meervoudige problematiek speelt, vaak meer dan één bestuursorgaan betrokken is of er meer besluiten nodig zijn om de problematiek te verminderen of weg te nemen. In de huidige bestuursrechtelijke verhoudingen is het doorgaans de verantwoordelijkheid van de burger om te herkennen welke besluiten hij nodig heeft en hoe regelingen zich tot elkaar verhouden. Dat burgers zich vaak 'niet gehoord' voelen in hun probleem komt dus mede omdat dit probleem vaak juridisch niet relevant is voor het nemen van het besluit.

De neiging tot kwalificatie door het bestuur is te begrijpen; hierdoor worden complexe levens van mensen behapbaar en te beheersen in een (digitaal) systeem.⁹⁹ Deze lastenverlichting voor het bestuur houdt echter een lastenverzwaring voor de burger in: deze moet de juiste ingang vinden en zich voegen naar het systeem. Voor de burger is enige onderverdeling van overheidstaken in verschillende organen wel te volgen, maar minder begrijpelijk is dat de verschillende afdelingen van de gemeente geen contact hebben of de ene Belastingdienst (belastingheffing) niet 'praat' met de andere Belastingdienst (toeslagen), ook niet als zij verschillende kleuren hebben (respectievelijk blauw en rood).¹⁰⁰

99 Deze neiging tot beheersing van de werkelijkheid via (imperfecte) categorisering lijkt eigen aan de staat; zie J.C. Scott, *Seeing Like A State How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven: Yale University Press 2008. Deze neiging wordt versterkt door digitalisering en de daaruit volgende 'screen level bureaucracy': M. van Eck, M. Bovens & S. Zouridis, 'Algorithmische rechtstoepassing in de democratische rechtsstaat', *NJB* 2018/2101.

100 Zie annotaties Dramann en Jongkind bij: ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:440, AB 2020/293, m.nt. A. Drahmman en D.K. Jongkind en ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1628, AB 2022/313, m.nt. D.K. Jongkind en A. Drahmman. Soortgelijke problematiek speelt bij andere

Het antwoord op de vraag hoe de situatie juridisch geduid moet worden is van belang – ook voor de burger – maar moet niet te vroeg gesteld worden.¹⁰¹ Een dienend bestuursorgaan benadert het probleem integraal en probeert zo veel mogelijk een oplossing te vinden voor de problemen van de burger: dus als iemand bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) aanklopt voor een uitkering omdat er te weinig inkomen is, kan verwacht worden dat er ook nagegaan wordt of er op dit gebied ook andere problemen spelen als schulden, of dat er mogelijk ook andere inkomensvoorzieningen zijn waar de burger aanspraak op zou kunnen maken. Dit is ook in lijn met nieuwe¹⁰² of voorgenomen wetgeving. Zo verlangt het recent ingediende wetsvoorstel ‘Wet aanpak meervoudige problematiek sociaal domein’ (Wams)¹⁰³ waar nodig een integrale en gecoördineerde aanpak in het sociaal domein. Dit houdt in dat onderzocht wordt welke diensten uit het sociaal domein en ‘aanpalende domeinen’ er nodig zijn, de dienstverlening afgestemd wordt en er waar nodig een casusoverleg tussen verschillende partijen plaatsvindt.

Enige afbakening blijft overigens nodig en passend; wanneer iemand contact opneemt voor een bouwvergunning mag verwacht worden dat ook nagegaan wordt of er tevens andere toestemmingen nodig zijn, maar de omgevingsdienst hoeft niet na te gaan of iemand misschien ook nog recht heeft op zorgtoeslag. Zoals gezegd mag verwacht worden dat de burger logische afbakeningen tussen domeinen kan onderscheiden. Voor relatief eenvoudige vragen of problemen is ook geen uitgebreid vooronderzoek nodig, veel mensen kunnen om in de beeldspraak van de reis te blijven ‘zo doorlopen’. Het bestuursorgaan dient de dienstverlening zo in te richten dat bredere problematiek ontdekt kan worden, bijvoorbeeld door een brede intake te organiseren of verificatievragen te stellen.

De uitkomst van de inventarisatie kan ook zijn dat de burger aan het verkeerde adres is: wat in het versnipperde landschap van bestuursorganen niet zelden voorkomt. Artikel 2:3 Awb kent al een doorzendplicht; de dienende overheid – die zo veel mogelijk als één overheid handelt – verlangt dat er voor een ‘warme overdracht’ gezorgd wordt.¹⁰⁴

Bij de ondersteuning die het bestuursorgaan levert, dient het probleem van de burger dus centraal te staan; dit is ook de gedachte achter het nieuwe artikel 2:1 lid 1

organisaties, zo is de ene SvB (AOW-verstrekker) de andere SvB (het ‘serviceteam PGB’) niet: CRvB 8 december 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:3304, AB 2021/167, m.nt. C.W.C.A. Bruggeman.

101 Het te vroeg kwalificeren lijkt overigens ‘endemisch’ voor de hedendaagse overheidssystemen, ook buiten het bestuursrecht: zo kan iemand in de GGZ pas geholpen worden als er een juist label is gevonden en worden scholieren al jong in verschillende niveaus ingedeeld.

102 Zie bijvoorbeeld het nieuwe art. 73 lid 11 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen. Op grond van dit artikel kan het UWV als schakelfunctie naar andere organisaties fungeren als er meervoudige problematiek speelt. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35897, nr. 5, p. 15.

103 *Kamerstukken II 2022/23*, 36295.

104 Dit gebeurt in de praktijk ook al steeds vaker, zie bijvoorbeeld: VNG, *Handreiking warme overdracht COA naar gemeenten*, 2021. Vaak stellen uitvoeringsorganisaties echter tegen een gebrek aan gegevensverwerkingsgrondslagen aan te lopen, zie bijvoorbeeld: *Knelpuntenbrief UWV 2022*, p. 4.

Awb.¹⁰⁵ Dit betekent dat burgers richting het besluit zo veel mogelijk binnenboord worden gehouden. Als het besluit niet wordt genomen, blijft het probleem immers ongeadresseerd. Zoals aangegeven kunnen administratieve lasten ertoe leiden dat burgers afhaken in deze fase; daarom moet gestreefd worden naar een minimale belasting. Dat houdt in dat zo veel mogelijk gebruik wordt gemaakt van informatie die het bestuursorgaan al heeft of op eenvoudige manier kan verkrijgen van een ander bestuursorgaan en dat waar nodig dienstverlening en besluitvorming afgestemd worden met andere bestuursorganen.¹⁰⁶ Ook hier moet de helpende hand van de overheid niet zover gaan dat de burger de regie verliest; het blijft dus van belang om de burger te betrekken en te informeren.¹⁰⁷

Dat een dienend bestuursorgaan het probleem van de burger centraal moet stellen heeft ook consequenties voor de wijze waarop de belangenafweging plaatsvindt. De wet stelt de materiële kaders. Dus als de burger evident overtrokken verwachtingen heeft van de beschikbare voorzieningen, moet hij op vriendelijke wijze en beredeneerd de deur gewezen worden. Voorkomen moet worden dat de burger om administratieve redenen – zoals een gebrek aan aangeleverde informatie of verkeerde vinkjes in administraties – noodzakelijke toekenningen worden onthouden. Wat er gebeurde in de fase waarin er nog geen contact was met het bestuursorgaan kan ook relevant zijn voor de te maken afweging. Zoals aan het slot van de vorige paragraaf is aangegeven heeft het niet naleven van de aan de zorgplicht verbonden handelingen gevolgen voor de toekenning. Is er wel voldaan aan de zorgplicht, maar is de burger toch te laat – bijvoorbeeld door een gebrek aan doenvermogen of omdat de burger niet bereikt werd – dan is het een kwestie van het maken van een afweging. In de huidige praktijk worden termijnen voor het doen van een aanvraag in de primaire fase vrij streng gehandhaafd. Er is in bestuursrechtelijke kringen veel discussie en beweging in het denken over verschoonbare termijnoverschrijdingen bij bezwaar en beroep; bij primaire besluitvorming is dit (nog) niet het geval.¹⁰⁸ Wat enigszins vreemd is: de burger in bezwaar en beroep heeft niet minder vermogen om op tijd te zijn dan de burger in de primaire fase (eerder andersom, zouden wij stellen). Een dergelijke belangenafweging hoeft geen *rocket science* te zijn, dus er is ook geen noodzaak voor een ‘Harderwijkse drietrapsraket’: de ernst van de gevolgen voor de burger moeten worden afgezet tegen het belang van rechtszekerheid

105 Aldus het nader rapport bij de Wet modernisering bestuurlijk elektronisch verkeer: Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 4, p. 8.

106 Dit is in lijn met de gedachte achter de Wet eenmalige gegevensuitvraag: Kamerstukken II 2006/07, 30970, nr. 3. Dit voorstel was een uitvloeisel van het onderzoeksrapport getiteld: ‘De burger bediend!’, bijlage bij Kamerstukken II 2004/05, 26448, nr. 206.

107 In zoverre geldt de rechtsfiguur ‘aanvraag’ ook als waarborg: de burger moet het initiatief behouden, zeker als er verplichtingen aan een voorziening of vergunning zijn verbonden.

108 Zie noot Damen bij: CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1298, AB 2022/334, m.nt. L.J.A. Damen. Bestuursorganen zijn zich wel bewust van het belang van het primaire besluit: in het kader van een project om beleidsregels burgervriendelijker te maken versoepelde de SvB haar beleidsregels over terugwerkende kracht: www.svb.nl/nl/pers-en-nieuws/nieuws-berichten/svb-versoepelt-regels-bij-het-te-laat-aanvragen-van-aow-en-anw-uitkeringen.

voor het bestuur of derden. Zijn er geen derden betrokken, dan moet het rechtszekerheidsbelang van het bestuur gerelativeerd worden.¹⁰⁹

Een laatste aspect van het centraal stellen van het probleem van de burger dat hier niet onbenoemd kan blijven, is het bieden van herstel mogelijkheden. Hoewel het bestuur en de burger streven naar een besluit dat in één keer goed is, is dat niet altijd het geval. De burger en het bestuur maken fouten: informatie komt te laat op tafel, wordt verkeerd geïnterpreteerd of bereikt niet het juiste postvak. Als de fout ten koste gaat van het bestuur biedt het recht een relatief makkelijke uitweg via een ambtshalve herziening. De burger wordt vaak verwezen naar de bezwaarprocedure. In lijn met de inzichten van prettig contact met de overheid, en de voorgenomen norm dat bestuursorganen zo veel mogelijk streven naar een informele oplossing in bezwaar,¹¹⁰ moet het bestuursorgaan open staan voor nieuwe inzichten en deze zo veel mogelijk alsnog in de besluitvorming betrekken.

Wat betreft de informatievoorziening geldt het volgende. Zoals bij de fase waarin er nog geen contact is tussen de burger en het bestuursorgaan al aan bod kwam, is voor rechtszekerheid van de burger van belang dat het bestuursorgaan duidelijk en begrijpelijk inzicht geeft in de voorwaarden voor de dienstverlening die het kan bieden. Als het contact is gelegd wordt de informatiebehoefte van de burger specifiek. Hoe dichterbij een besluit de burger komt, hoe relevanter de wettelijke bepalingen worden; deze kunnen in aanzienlijke mate afwijken van het normale spraakgebruik. Hoe ingewikkelder deze termen te duiden zijn, hoe zwaarder de informatieplicht wordt die op het bestuursorgaan rust. Waar in de fase waarin er nog geen contact is gesproken kan worden van een algemene en ongerichte informatieverplichting, houdt het bieden van feitelijke rechtszekerheid in de aanloop naar en bij het nemen van het besluit in dat er een individuele informatieplicht geldt. Omdat er niet meer ongericht gecommuniceerd wordt, geldt er een zwaardere norm voor het bestuursorgaan om zich ervan te vergewissen dat de informatie ook aankomt, omdat dit praktisch mogelijk is – het bestuursorgaan weet met wie het te doen heeft – maar ook omdat het belang voor de burger groter is: de informatie kan immers direct zijn rechtspositie aantasten. Voor de goede invulling van deze individuele informatieplicht moet het bestuursorgaan zich een beeld vormen van de situatie waarin de burger verkeert. Om erachter te komen in welke situatie de burger verkeert, heeft het bestuursorgaan verschillende mogelijkheden, zoals het gebruikmaken van informatie die het bestuursorgaan al heeft of door specifieke vragen te stellen (eventueel door formeel te ‘horen’). De reikwijdte van dit onderzoek wordt in de beginfase bepaald door het probleem en dus niet door een specifieke regeling. Dichterbij het besluit en bij het nemen ervan geldt dat de informatieplicht wel meer ingekaderd wordt door het te nemen besluit. Nadat het besluit genomen is, ziet de informatieplicht bij een negatief of afwijzend besluit op de mogelijkheden voor herstel of herkansing. Een rechtsmiddelenclausule is op

109 L.JA. Damen, ‘Op naar 2GST in het bestuursrecht!’, NTB 2020/2.

110 Zie het voorgestelde art. 7:1b Awb, Conceptwetsvoorstel, p. 4, bijlage bij Kamerstukken II 2022/23, 29279, nr. 763.

grond van de Awb al verplicht; de individuele informatieplicht houdt in dat er ook een concreet handelingskader voor de burger wordt geboden.

Naast het bieden van zekerheid over de materiële voorwaarden van de dienstverlening, heeft rechtszekerheid ook een meer procedureel karakter. Voor de burger is van belang dat het bestuursorgaan inzicht geeft in het eigen handelen en dus actief communiceert over het verloop van het proces, de verschillende stappen en op welke wijze de burger de besluitvorming kan beïnvloeden. Dit verlangt ook iets van de continuïteit van de dienstverlening: wanneer de burger steeds 'opnieuw zijn verhaal moet doen', waarbij de informatie die de burger verstrekt steeds verschillend geïdentificeerd wordt, ervaart hij geen rechtszekerheid. Een tweede procedureel aspect is tijdigheid: voor de burger is van belang dat hij binnen een redelijke termijn duidelijkheid over zijn situatie krijgt. De behoefte aan duidelijkheid wordt, andermaal, bepaald door het probleem; is dit urgenter dan zal er ook meer behoefte zijn aan snelle zekerheid.

3.4 De duurrelatie

Nadat een besluit is genomen staan de burger en een bestuursorgaan vaak in een langer durende relatie tot elkaar: een toekennend besluit leidt ertoe dat er voor een langere tijd een rechtsverhouding ontstaat tussen de burger en het bestuursorgaan waarbij zij bijzondere verplichtingen tegenover elkaar hebben. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de toekenning van een uitkering, een voorziening als een persoonsgebonden budget (pgb) of een maatwerkvoorziening op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015), een vergunning, een subsidie of een (voorschot op een) toeslag. De burger krijgt een wettelijke hoedanigheid: hij wordt uitkeringsgerechtigde, pgb-houder, cliënt, vergunninghouder, subsidieontvanger of toeslaggerechtigde. Zijn eigenschappen veranderen niet, maar zijn rechten en plichten wel. Zo ontvangt de burger in zijn hoedanigheid als 'werkloze werknemer' op grond van een toegekende werkloosheidsuitkering geld om in zijn levensonderhoud te voorzien en heeft hij aanspraak op ondersteuning van het UWV bij het vinden van werk. Daar staat tegenover dat er een verplichting is om zaken die relevant zijn voor de vaststelling van het recht op en de hoogte van de uitkering te melden, dat hij zich in moet spannen om werk te vinden en moet meewerken aan zijn re-integratie. Dergelijke duurrelaties vertonen hiermee parallellen met privaatrechtelijke contractverhoudingen, in de zin dat er een bepaalde wederkerigheid in verplichtingen over en weer bestaat.

Tijdens duurrelaties kan veel misgaan. Als de burger zijn verplichtingen niet naleeft, kan dat leiden tot een herziening of nihilstelling, terugvordering, bestuurlijke boete of andere nadelige (keten)besluiten. Dit kan hem in een benarde situatie brengen, temeer omdat de overtreding vaak pas later wordt vastgesteld. De besluiten van het bestuursorgaan zijn reparatoir: de gevolgen van het onterechte besluit worden ongedaan gemaakt. Voor de burger is terugkeer naar deze situatie echter vaak niet mogelijk: de uitkering is al uitgegeven, de kinderopvang al afgenomen, de zorg is ingekocht en verleend. Kortom: de burger heeft gehandeld als ware er zekerheid dat de toekenning rechtmatig was. Dit nadelige besluit heeft niet alleen

gevolgen voor het verleden, maar ook voor de toekomst: als het om een financiële aanspraak gaat, kan deze vaak verrekend worden met nieuwe aanspraken.¹¹¹ Uiteraard kan de veronderstelling van de burger over het recht op de aanspraak onjuist zijn; een dergelijke ‘dwaling’ komt vaak voor omdat de aan de duuraanspraak verbonden regels behoorlijk ingewikkeld kunnen zijn en hun toepassing van verschillende factoren afhankelijk is.

In wetgeving die duurrelaties regelt, is de verantwoordelijkheidsverdeling vaak uitgesproken scheef. In veel gevallen rust er op de burger een algemene en open geformuleerde inlichtingenplicht. Deze verplichting heeft doorgaans de volgende elementen: de burger moet ‘terstond’ of ‘onverwijld’ alle feiten en omstandigheden melden die ‘redelijkerwijs’ van ‘invloed kunnen zijn’ op het recht op en de hoogte of de duur van de toekenning. Het bestanddeel ‘redelijkerwijs’ maakt dat de verplichting geobjectiveerd is, niet noodzakelijk is dat de burger ook wist dat iets gemeld moest worden; voldoende is dat hij het *kon weten*. De maatstaf is de *homo jurudicus*. Een spiegelbeeld van deze norm voor het bestuur is niet te vinden: het bestuursorgaan is niet gehouden tot het melden van feiten en omstandigheden die bij het bestuur bekend zijn, welke mogelijk van invloed zijn op het toegekende recht. Wie sec naar de aard van de rechtsverhouding zou kijken zou een omgekeerde verdeling verwachten. Zoals al in hoofdstuk 2 aan de orde kwam, wordt in het privaatrecht in een asymmetrische verhouding wat betreft kennis, expertise en macht en een betrekkelijke afhankelijkheid van één partij – zoals bij het bestuursorgaan en de burger het geval is – juist veel verantwoordelijkheid bij de machtige en wel ingevoerde partij neergelegd. Dit is in de bestuursrechtelijke praktijk niet het geval, zo laat een voorbeeld over de consequenties van gokken in de bijstand zien:

Als een bijstandsgerechtigde af en toe naar het casino gaat om te gokken kan dit, ook als er – zoals gebruikelijk bij gokken – geen winst is gemaakt, ertoe leiden dat de bijstand volledig wordt ingetrokken en teruggevorderd. Gokken is namelijk een ‘op geld waardeerbare activiteit’ omdat hiermee inkomsten kunnen worden verworven. Gokken is daarmee op zichzelf al een activiteit die gemeld moet worden bij het college.¹¹² Dat er uiteindelijk netto niets verdiend is met het gokken is niet relevant, eventuele winsten staan de bijstandsgerechtigde immers ter beschikking. Dat hij die vervolgens weer vergokt, is voor de bijstandsverlening ‘niet van betekenis’. Omdat het niet melden van het gokken een overtreding is van de inlichtingenplicht, volgt uit vaste jurisprudentie dat de uitkeringsgerechtigde zelf moet bewijzen dat er in die periode recht op bijstand bestond. Daar slaagt de bijstandsgerechtigde vaak niet in, wat hem de volgende overweging van de CRvB oplevert: ‘Appellant heeft geen administratie bijgehouden van zijn gokactiviteiten, zodat er geen enkel inzicht bestaat in de omvang daarvan. Daarom kan het recht op bijstand in de maanden waarin sprake is geweest van gokactiviteiten niet worden vastgesteld.’ Over een beroep van betrokkene op een zorgplicht van het college om hem erop te wijzen dat gokactiviteiten deze gevolgen

111 Dit wreekte zich in de kinderopvangtoeslagaffaire: Parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslagen, *Ongekend onrecht, Kamerstukken II 2020/21, 35510*, nr. 2, p. 25.

112 CRvB 4 januari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:49, r.o. 4.6.1.

kunnen hebben is de CRvB kort: ‘Dat het college hierover niet expliciet informatie zou hebben verstrekt – wat hier ook van zij –, betekent niet dat het college niet heeft voldaan aan zijn zorgplicht. De inlichtingenverplichting is immers een open norm. Dat brengt mee dat van het college niet kan worden verwacht dat het op voorhand alle concrete situaties benoemt waarmee een bijstandsgerechtigde te maken kan krijgen en die deze moet melden. Dit is vaste rechtspraak (uitspraak van 20 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1786).’¹¹³

In dit voorbeeld worden de volgende uitgangspunten gehanteerd. De burger moet zelf interpreteren welke verplichtingen er op hem rusten. Het college hoeft geen informatie over de verplichtingen verstrekken: kennelijk wordt het college niet in staat geacht de reikwijdte daarvan te duiden, maar de burger wel. Als de norm is overtreden moet de burger zelf aantonen via een deugdelijke administratie dat er wel recht was op bijstand. Lukt dat niet, dan wordt de uitkering geheel teruggevorderd. Uit andere jurisprudentie volgt dat de terugvordering bijna nooit gematigd kan worden; de gevolgen van de terugvordering worden dus niet erkend.

De rechtsstatelijke zorgplicht leidt tot andere uitgangspunten. Het onderscheidende karakter van de duurrelatie is de dimensie tijd. Waar bij het besluit over de toekenning de situatie op dat moment wordt getoetst, kunnen er zich ‘tijdens de rit’ veranderingen optreden die relevant zijn voor de verhouding tussen de burger en het bestuur. De zorg van het bestuur zou zich daarom allereerst moeten richten op het voorkomen dat die veranderingen tot een negatief besluit leiden: het uitblijven hiervan is voor alle partijen de beste uitkomst.¹¹⁴ Als er onverhoopt toch een fout optreedt die tot negatieve gevolgen leidt, zal, net als bij de initiële besluitvorming, de situatie waarin de burger zich bevindt meegewogen moeten worden. Daarnaast kan het voortraject van belang zijn: was de norm voldoende kenbaar en heeft het bestuursorgaan voldoende gedaan om de fout te voorkomen?

Het voorkomen van ongelukken begint allereerst bij de algemene risicoverdeling: welke partij is verantwoordelijk voor het opmerken en ‘in de rechtsbetrekking’ brengen van relevante wijzigingen? Het bestuursorgaan heeft kennis over relevante feiten en de toepassing van het recht, en heeft in een grotere mate het vermogen om rationeel te handelen. Hier moet het gevolg aan verbonden worden dat gegevens die bij het bestuursorgaan bekend zijn over bijvoorbeeld inkomen, gezinsamenstelling, gewijzigd beleid of nieuwe wet- en regelgeving actief en tijdig in de duurrelatie worden betrokken. In sommige gevallen betekent dit dat deze gegevens (semi)automatisch verwerkt kunnen worden, in andere gevallen zal het bestuursorgaan de burger moeten wijzen op relevante wijzigingen, de implicaties voor de burger en eventuele te maken keuzes.

Soms bevinden relevante feiten en omstandigheden zich buiten het blikveld van het bestuursorgaan, het bestuur kan deze omstandigheden niet ‘ruiken’ omdat ze

113 CRvB 4 januari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:49, r.o. 4.6.1.

114 M.H. Ippel, ‘De mens als maatstaf voor de regels van het algemeen bestuursrecht’, NTB 2018/63.

binnen de persoonlijke sfeer van betrokkene bevinden. Zo weet het bestuursorgaan niet of iemand zijn been breekt of juist weer beter is, terwijl dit relevant is voor de voorziening. Sommige zaken die het bestuursorgaan niet weet, maar die wel van invloed kunnen zijn op het recht op een voorziening, zijn minder intuïtief. Dit laat het gokvoorbeeld zien, maar geldt veel breder. Voor veel verplichtingen geldt een kenbaarheidsvereiste;¹¹⁵ in de loop der tijd is dit vereiste door de ‘redelijkerwijs’-constructie echter steeds verder geobjectiveerd en geformaliseerd.¹¹⁶ Voor verplichtingen die binnen de invloedssfeer van de burger liggen, dient om feitelijke rechtszekerheid te bereiken echter een materieel kenbaarheidsvereiste te gelden: omdat de wet er niet toe leidt dat de burger rechtszekerheid verkrijgt, dient het bestuursorgaan hem in te lichten over de geldende verplichtingen en de gevolgen van niet naleven. Hoe verder de uitwerking van de verplichting buiten de normale ervaringsregels van burgers ligt, hoe zwaarder de verplichting weegt.

Zoals bekend is het vermogen om tijdig te handelen niet altijd aanwezig en afhankelijk van de situatie waarin iemand zich bevindt. Bovendien zakt het bewustzijn over verplichtingen na verloop van tijd weg. Zo denkt 60% van de bijstandsgerechtigden¹¹⁷ – mede omdat zij nooit iets horen van de gemeente – ontheven te zijn van de arbeidsverplichting, terwijl dat formeel maar voor 10% van de gevallen geldt. Hoe langer de ‘overtreding’ voortduurt, hoe groter de gevolgen. Om burgers rechtszekerheid te bieden is het dus zaak om een vinger aan de pols te houden. Controles worden vaak in de handhavende sfeer geplaatst, maar kunnen ook als preventie-instrument worden ingezet. Deze andere strekking van controle vergt uiteraard ook een andere houding. De intensiteit en periodiciteit van de controle die nodig is, is afhankelijk van de burger in kwestie en de situatie waarin hij zich bevindt.

Toegankelijkheid en tijdigheid zijn voor het voorkomen van negatieve gevolgen voor de burger eveneens van belang. Als de burger relevante omstandigheden meldt of een vraag heeft, moet hij deze informatie wel kwijt kunnen en het bestuursorgaan moet er tijdig op reageren.¹¹⁸

Als preventie onsuccesvol blijkt en er in beginsel een voor de burger negatief besluit zou moeten volgen, kan de context tot een ander resultaat leiden. Zoals bij de bancaire zorgplicht geldt, vallen fouten bij onvoldoende naleving van de zorgplicht in beginsel binnen de risicosfeer van het bestuursorgaan: was het bestuur bekend met

115 HR 16 mei 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6882, NJ 1981/336, m.nt. F.H.J. Mijnsen. Mijnsen constateerde in zijn noot dat de benadering van de Hoge Raad sterke gelijkenissen vertoont met privaatrechtelijke dwaling.

116 Zie bijv. C.I. Kieviet & J.C. de Wit, ‘De (ontwikkeling van de) reikwijdte van de inlichtingenplicht in de bijstand. Een onderzoek naar de rol van wetgever en rechter bij deze ontwikkeling’, *TvT* 2021, afl. 2, p. 61-62. Zie ook: G. Vonk, ‘Repressieve verzorgingsstaat’, *NJB* 2014/18.

117 Inspectie SZW, *Klantonderzoek evaluatie Participatiewet*, 2019.

118 In sommige gevallen verlangt de rechter ook al een actieve houding, zoals bij de zogenoemde zesmaandenjurisprudentie: CRvB 3 augustus 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AQ6666. Zie ook recent over een weinig voortvarend college: CRvB 22 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2559, r.o. 4.6.2.

de relevante feiten en omstandigheden, was de norm onvoldoende kenbaar, is er geen controle uitgevoerd of werd er niet tijdig op een signaal van de burger gereageerd, dan kan dat niet zonder gevolgen blijven. Een dergelijke toetsing is al terug te vinden in een recente uitspraak van de CRvB over een pgb op grond van de Wlz.¹¹⁹ Aan de voorkant moet het zorgkantoor, de uitvoerder van het pgb, uitleggen wat de verplichtingen zijn die aan het pgb verbonden zijn en beoordelen of betrokkene deze verplichtingen kan dragen. Als dit onvoldoende gebeurt, de Svb overeenkomsten goedkeurt en het zorgkantoor vervolgens bij de vaststelling ‘aan de achterkant’ tot de conclusie komt dat zaken onvoldoende verantwoord zijn, moeten hier gevolgen aan verbonden worden:

‘Indien controle aan de voorkant niet deugdelijk geschiedt, kan dit in de besluitvorming niet zonder gevolgen blijven. Als het zorgkantoor pas na betalingen uit het pgb zaken controleert op basis van informatie die al voorafgaand aan de verlening van het pgb, bij goedkeuring van de zorgovereenkomst of bij uitbetaling van de declaraties, had moeten worden gecontroleerd en deze gevolgen hiervan afwentelt op de verzekerde, handelt het zorgkantoor in strijd met de door de wetgever gekozen systematiek. De door de wetgever beoogde bescherming van de verzekerde wordt hiermee immers ondergraven en in feite illusoir gemaakt. Zo kan het zijn dat eerst bij een controle aan de achterkant van de besluitvormingsketen blijkt dat als gevolg van een onvoldoende controle aan de voorkant ten onrechte een pgb is verleend, ten onrechte goedkeuring aan de zorgovereenkomst is gegeven, of door de Svb betalingen zijn gedaan die niet gedaan hadden mogen worden. In een dergelijk geval zal een besluit aan de achterkant van de besluitvormingsketen waarbij de gevolgen van een niet deugdelijke controle aan de voorkant volledig op de verzekerde worden afgewenteld vrijwel steeds in strijd komen met de wet of met een of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.’¹²⁰

De Raad legitimeert deze uitspraak met veelvuldige verwijzing naar de bedoeling van de wetgever om kwetsbare pgb-behoeftegen te beschermen en administratief te ontlasten. De zorgplicht verlangt een bredere toepassing. Overigens betekent dit niet dat geobjectiveerde toepassing van het recht niet mogelijk is: wanneer informatie voldoende kenbaar is gemaakt en het voor de hand ligt dat informatie voor het bestuursorgaan relevant is, kan aangenomen worden dat de burger met deze informatie bekend is. Daarnaast is het gedrag van de burger relevant: weigert deze tegemoet te komen aan redelijke verzoeken of blijkt er sprake van een onjuiste voorstelling van zaken, dan kunnen daar gevolgen aan verbonden worden.

Als het bestuursorgaan aan zijn zorgplicht heeft voldaan, geldt bij het nemen van het voor de burger negatieve besluit – net als in de vorige fase – dat het probleem van de burger centraal zou moeten staan. Anders dan in de vorige fase is dat het bestuursorgaan zelf in de hand heeft of het probleem ontstaat of niet, of dat bestaande problemen verergeren. Dit begint bij de vaststelling van het recht.

¹¹⁹ CRvB 16 februari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:250, AB 2022/203, m.nt. A. Tollenaar.

¹²⁰ ECLI:NL:CRVB:2022:250, r.o. 4.

Het bijstandsvoorbeeld laat zien dat een overtreding de eerdere toekenning betrekkelijk gemakkelijk doet omwaaien: het recht kan niet vastgesteld worden dus het bestond niet, tenzij er een deugdelijke administratie is. Deze bewijsrechtelijke horde kan vaak niet genomen worden.¹²¹ Dit heeft wat weg van de beruchte alles-of-nietsbenadering bij de kinderopvangtoeslag. Ook hier kan de pgb-uitspraak als contrast dienen. De CRvB komt ten eerste tot de – op het eerste gezicht opzienbarende – vaststelling dat de beheerder van een pgb geen administratie hoeft bij te houden¹²² en stelt:

‘Een besluit tot intrekking van de verleningsbeschikking of wijziging van de verleningsbeschikking ten nadele van de verzekerde is een voor de verzekerde belastend besluit. Daarom rust de bewijslast om aannemelijk te maken dat aan de voorwaarden voor de intrekking of wijziging is voldaan in beginsel op het zorgkantoor. Het zorgkantoor zal (...) de nodige kennis over de relevante feiten moeten verzamelen en deugdelijk moeten motiveren dat een intrekking of wijziging van de verleningsbeschikking gerechtvaardigd is.’

De rechter zag hier ruimte voor een ruime toetsing van de zorgvuldigheid en evenredigheid van het besluit omdat de herziening en terugvordering onder de Wlz een discretionaire bevoegdheid is.¹²³ Vaak is er minder discretionaire ruimte: de wet schrijft voor dat er herzien en teruggevorderd moet worden. In dat geval zou juist een deugdelijke feitenbasis verlangd moeten worden. Als er vastgesteld is dat er inderdaad minder recht bestond, kan dit – indien de reden inzichtelijk gemaakt wordt – vaak wel op begrip van de burger rekenen; wel moet de proportionaliteit van de terug- en invordering in het oog gehouden worden. Soms moet dat leiden tot een andere – burgervriendelijkere – lezing van de wet.

Net als geldt voor veel relaties in het leven komt aan de duurrelatie dikwijls een einde: iemand is weer aan het werk, bereikt de pensioengerechtigde leeftijd of wordt juist volwassen. Hoewel de ‘bestemming’ bereikt is, kan nazorg nodig zijn. Aan het einde van de relatie kan de burger namelijk nog wel op de overheid aangewezen zijn, waardoor een goede overdracht nodig kan zijn om continuïteit te bewaken (één overheid). Einde van een duurrelatie kan namelijk samenvallen met *life events*, zoals een scheiding, overlijden of 18 jaar worden. In die gevallen kan de nieuwe situatie precair zijn. Van een dienend bestuursorgaan mag verwacht worden dat de

121 De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State stelt eveneens dat strenge uitvoering en te hoge eisen voor het aannemelijk maken van feiten vaak een knelpunt vormen: *Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Lessen uit de kinderopvangtoeslagaffaire*, november 2021, p. 61; Y.E. Schuurmans, ‘Codificatie van mensgericht bestuursrecht’, *RMThemis* 2022, afl. 6.

122 De Wlz kent geen administratieplicht: CRvB 16 februari 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:250, AB 2022/203, m.nt. A. Tollenaar, r.o. 3.6. Overigens staat er eveneens nergens in de wet dat een bijstandsgerechtigde enige administratie bij moet houden (met uitzondering van de zelfstandige, die op grond van art. 38 lid 2 Besluit bijstandverlening zelfstandigen 2004 verplicht is een naar behoren administratie te voeren).

123 Dit volgt uit de vormgeving als een subsidie, waardoor de subsidietitel van de Awb het geldende kader is.

burger de weg gewezen wordt in dit nieuwe landschap. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de overgang van jeugdzorg naar ondersteuning voor volwassenen; veel kwetsbare jongeren vallen tussen de kieren van de dienstverlening, vaak als gevolg van gedoe over wie wat betaalt.¹²⁴

3.5 Tussenconclusie

In de bovenstaande paragrafen is uiteengezet dat de rechtsstatelijke zorgplicht voor het bestuursorgaan betekent dat het burgerperspectief steeds betrokken wordt in de wijze waarop de dienstverlening wordt ingericht en het bestuursrecht wordt toegepast. Afhankelijk van de fase van de reis van de burger door dit bestuursrecht verlangt de zorgplicht andersoortig handelen van het bestuursorgaan. Wij hebben niet beoogd een uitputtende uiteenzetting van deze zorgplicht te geven, maar wel getracht de meer responsieve richting die daaruit volgt te concretiseren. Daarbij past ook de kanttekening dat veel van de handelingen die de zorgplicht verlangt niet binnen een gejuridiseerde context plaatsvinden, maar in de praktijk in de interactie tussen burgers, digitale systemen en medewerkers die werkzaam zijn bij een bestuursorgaan. Of deze zorgplicht gestalte krijgt, is daarmee mede afhankelijk van het vakmanschap en rechtsbewustzijn van deze medewerkers en de wijze waarop de systemen zijn ingericht. Hier is nog veel verbetering mogelijk, maar de goede weg lijkt ingeslagen te zijn. Op die wijze wordt bestuursorganen ook een handelingskader geboden.

Onderdeel van dat handelingskader is een meer burgergerichte inrichting van ICT van de overheid, in aanvulling op de mogelijkheden voor persoonlijk contact. Doordat digitalisering vaak vanuit het overheidsperspectief wordt ontwikkeld om bestaande processen te digitaliseren, is er nog te weinig aandacht geweest voor het ondersteunen van burgers met deze nieuwe techniek. Hier liggen mogelijkheden, juist ook in verband met de zorgplicht, die op een andere manier niet of met veel meer moeite zijn te bereiken.

Dat geldt in de eerste plaats voor het geven van informatie over regelgeving. Een belangrijk hierboven geformuleerd uitgangspunt daarbij is dat de burger informatie wil hebben over de betekenis van regels voor zijn specifieke situatie: algemene voorlichting over regels is daarvoor onvoldoende. Digitalisering biedt goede mogelijkheden voor een vertaling van regels naar toepassing op een bepaalde casuspositie. Door middel van het stellen van vragen kan een digitaal systeem een diagnose uitvoeren die antwoord geeft op de vraag welke gevolgen de regels voor de positie van de burger hebben. Hoewel dit bij complexe regelgeving lastig kan zijn, kan een

¹²⁴ Zie bijvoorbeeld: Nationale ombudsman, *Blijvende zorg*, Rapportnr. 2020/031, de Kinderombudsman en Nationale ombudsman, *Op de drempel van 18 jaar: alleen verder? 4 narratieven over kinderen die (deels) gesloten geplaatst zaten en 18 jaar worden*, Rapportnr. KOM007/2021 en NO2021/163.

goed ingerichte diagnose de burger een veel beter inzicht in zijn positie bieden dan algemene voorlichting over regels.¹²⁵

In de tweede plaats geeft digitalisering de mogelijkheid om de burger te ondersteunen bij een probleem dat meer dan één bestuursorgaan raakt. Dan kan een digitale diagnose de burger helpen om de goede weg te vinden langs de verschillende loketten. Hiermee kunnen de nadelen van de veelkoppigheid van de overheidsorganisatie voor een deel worden opgevangen.

Dat is de opzet van de digitale ouderendesck die de VAR aan het ontwikkelen is. Ouderen in financiële problemen weten vaak niet waar zij voor ondersteuning terecht kunnen.¹²⁶ De bedoeling is dat het platform hen de weg wijst naar de voorziening(en) waarvoor zij in aanmerking komen, en hen ook inlicht over de mogelijke vormen van samenhang tussen voorzieningen. Zo kan toekenning van een bepaalde uitkering negatief uitwerken op een andere, bijvoorbeeld doordat een drempel wordt overschreden.

Een derde punt betreft het inrichten van een elektronisch dossier dat zowel voor de overheid als voor de burger toegankelijk is. De burger kan daardoor op de hoogte blijven van de vorderingen in zijn dossier, en van de tijdstippen waarop verdere actie te verwachten valt. Denkbaar is dat een dergelijk dossier voor verschillende bestuursorganen toegankelijk is, zoals in de zorg het medisch dossier door verschillende hulpverleners gebruikt kan worden.

¹²⁵ Een voorbeeld is de diagnose die de gemeente Amsterdam aanbiedt aan degenen die bezwaar willen maken tegen het kostenverhaal voor het verwijderen van verkeerd geplaatste fietsen. Zie de achtste Voortgangsrapportage stelselvernieuwing rechtsbijstand, punt 5.4.2.

¹²⁶ Zie Nationale ombudsman 2022.

4 Consequenties voor de bestuursrechter en wetgever

In het vorige hoofdstuk stonden de consequenties van de zorgplicht voor het bestuursorgaan centraal. In dit hoofdstuk wordt de blik gericht op de bestuursrechter en de wetgever. De bestuursrechter dient toe te zien op de naleving door het bestuursorgaan van de zorgplicht. Zoals eerder aangegeven richten we ons daarbij op de bestuurlijke fase; consequenties voor de inrichting van het bestuursprocesrecht laten we buiten beschouwing. De consequenties van de rechtsstatelijke zorgplicht zoals in dit preadvies uiteengezet kunnen echter ook ter inspiratie dienen voor hoe de procedure bij de bestuursrechter gestalte krijgt: de behoefte van de burger aan feitelijke rechtszekerheid verdwijnt niet en de helpende hand van het dienende bestuursorgaan kan door de dienende bestuursrechter overgepakt worden.

Bij de wetgever maken we een onderscheid tussen de bijzondere wetgever en de Awb-wetgever. Voor de bijzondere wetgever ligt er een rol weggelegd om de juiste randvoorwaarden te creëren voor de toepassing van de zorgplicht door het bestuursorgaan. Daarbij dient de bijzondere wetgever uit te gaan van een realistisch mensbeeld én dient hij reële verwachtingen van de mogelijkheden en capaciteit van het bestuur te koesteren: als de wetgever beter naleefbare normen stelt, vergt dat minder van het bestuursorgaan. Vaak is dit een betere en bovendien goedkopere oplossing dan dat het probleem naar de uitvoering wordt verschoven. Voor de burger maakt het niet zoveel uit 'hoe' de overheid de noodzakelijke rechtsstatelijke waarborgen regelt. De zorgplicht geeft dus handelingsalternatieven. De Awb-wetgever dient te bezien op welke wijze de rechtsstatelijke zorgplicht vorm krijgt in duidelijke en herkenbare rechtswaarborgen.

4.1 De bestuursrechter

De bestuursrechter is een onvolmaakte 'toezichthouder' op de naleving van de zorgplicht. Allereerst omdat aan hem alleen geschillen over besluiten kunnen worden voorgelegd. Zoals in hoofdstuk 3 uiteengezet zijn er veel zaken voor de feitelijke ervaring van de burger in relatie tot het bestuursorgaan relevant die niet binnen de directe reikwijdte van het enkele besluit vallen. Het besluit als rechtsingang beperkt ook de mogelijkheden om een adequate remedie te bieden voor onvoldoende naleving van de zorgplicht: als een burger een geschil voorlegt over een onvoldoende toegankelijke informatievoorziening, maar het niet naleven van deze

norm leidt niet tot een andere inhoud van het besluit, dan zijn de mogelijkheden voor de bestuursrechter beperkt.¹²⁷

Een tweede beperking (die vaak door bestuursrechters zelf benadrukt wordt) is dat de bestuursrechter beperkt zicht heeft op de maatschappelijke en uitvoeringstechnische gevolgen van zijn rechtspraak. Anderzijds heeft de bestuursrechter legio instrumenten om zijn kennis te vergroten; deze beperking kan de bestuursrechter dus grotendeels zelf wegnemen. Of hij dat doet, is afhankelijk van de eigen taakopvatting, nieuwsgierigheid, onverschilligheid of behoefte om vast te houden aan uitgezette 'lijnen'.¹²⁸

Ten derde spreekt de rechter zich slechts uit over geschillen die aan hem worden voorgelegd: een selectie van een selectie. Allereerst moet de burger tijdig herkennen dat het bestuursorgaan in strijd met het recht handelt. Als die horde genomen is, moet er ook een belang zijn om door te procederen ten opzichte van de (sociale) kosten die met een dergelijke procedure gepaard gaan. Daarbij speelt ook mee dat burgers vaak in een afhankelijke positie verkeren. De gang naar bezwaar en beroep kan de verhouding met het bestuursorgaan bemoeilijken, burgers kunnen (terecht) bang zijn om als 'moeilijke klant' of querulant te boek te komen te staan. Veel gevallen van onvoldoende naleving van de zorgplicht zullen bovendien als 'strooischade'¹²⁹ kwalificeren: voor individuele burgers wordt de schade niet herkend of is deze niet groot genoeg om een individuele procedure te starten, maar de collectieve gevolgen zijn wel aanzienlijk.¹³⁰ Andere instituties dan de rechter kunnen ook toezien op de algemene naleving, zoals de Nationale ombudsman of een externe toezichthouder.¹³¹ Of het bestuur zich iets aantrekt van de adviezen van deze instituties is echter afhankelijk van de politieke wind die waait.¹³²

127 De discussie over het besluit als rechtsingang laten we hier buiten beschouwing; wij kijken uit naar de adviezen van de VAR-Commissie rechtsbescherming.

128 Zie aanbevelingen van de rechtspraak aan zichzelf: *Recht vinden bij de rechtbank*, Den Haag 2021, p. 58-63; Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, Hoofdstuk 5 Vooruitkijken en Bijlage 2 Aanbevelingen.

129 I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

130 Dit leidt tot 'rationele apathie': de kosten van de procedure wegen niet op tegen de baten. De (theoretisch) meest effectieve remedie is een collectieve actie: schades kunnen gebundeld worden, expertise verzameld, enz. Hier kleven uiteraard wel weer eigen praktische bezwaren aan; L.F. Wiggers-Rust, 'Collectieve' acties. Een interne rechtsvergelijking tussen privaatrecht en bestuursrecht, Den Haag: WODC 2014.

131 Zie reeds over de noodzaak van andere instrumenten voor het toezicht op de naleving van het recht door de overheid: Scheltema 1997, p. 8-10. In dit kader is de oprichting van de Inspectie belastingen, toeslagen en douane (IBTD) een interessante ontwikkeling: *Kamerstukken II 2020/21*, 31066, nr. 731. Zie nader voor de redenen voor de instelling: J. van Erp, J. van de Bos, S. Hemels & M. Bokhorst, *Toezicht als tegenkracht. Naar een inspectie op de domeinen belastingen, toeslagen en douane*, 2020, bijlage bij genoemd Kamerstuk, en de toelichting bij de Regeling taakuitoefening en bevoegdheden IBTD.

132 Het berouw komt vaak later, zie bijvoorbeeld de kabinetsreactie op het rapport *Ongekend onrecht* onder 'Leren van de praktijk: signalen serieus nemen', *Kamerstukken II 2020/21*, 35510, nr. 4, p. 4-7.

Toch is het nuttig om in dit preadvies stil te staan bij de wijze waarop de bestuursrechter toe kan zien op de uitvoering van de zorgplicht. Ten eerste kan het bestuursorgaan niet onafhankelijk oordelen over de vraag of de zorgplicht in voldoende mate is nageleefd; de burger moet dit kunnen laten toetsen door een onafhankelijke rechter. Deze rechtspraak werkt ook normerend voor andere bestuursorganen en toekomstige gevallen. Daarnaast zijn er in het wetgevingsproces van de Wet modernisering bestuurlijk elektronisch verkeer vragen gerezen over de afdwingbaarheid van de zorgplicht van artikel 2:1 lid 1 Awb die wat ons betreft niet adequaat zijn geadresseerd. Het ontwerpvoorstel dat aan de Afdeling advisering werd voorgelegd bevatte een zorgplicht voor gevallen waarin bij wettelijk voorschrift was bepaald dat er alleen elektronisch kon worden gecommuniceerd: het bestuursorgaan moest dan ondersteuning bieden aan degenen voor wie deze elektronische communicatie ‘bezwaarlijk’ is.¹³³ De Afdeling advisering vond deze zorgplicht globaal geformuleerd en ‘doorgaans rechtens niet afdwingbaar’. Daarnaast adviseerde de Afdeling de zorgplicht uit te breiden naar andere gevallen dan waarin de digitale weg verplicht is gesteld.¹³⁴ Dit heeft de regering ertoe gebracht de zorgplicht uit te breiden; concreter geformuleerd is de zorgplicht echter niet.¹³⁵ Volgens de regering is de zorgplicht afdwingbaar, maar zij blijft uitzonderlijk vaag over hoe dat in de praktijk zal werken. Zo stelt de regering: ‘Voor wat betreft de afdwingbaarheid kan, naast de mogelijkheid om in bezwaar te wijzen op (als onvoldoende ervaren) aard en omvang van ondersteuning, het klachtrecht en het inschakelen van de Ombudsman soelaas bieden.’¹³⁶ en ‘Een rechter kan bij een geschil tussen burger en overheid de geboden ondersteuning meewegen’. De vervolgvragen blijven onbeantwoord:¹³⁷ wat moet het bestuursorgaan met een opmerking over onvoldoende ondersteuning in de bezwaarfase doen en welk gewicht moet de bestuursrechter geven als de ondersteuning onvoldoende was?

In de wijze waarop de rechtsstatelijke zorgplicht door de bestuursrechter wordt betrokken kan aangesloten worden bij de werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit verband wordt eveneens gelegd door de regering, die artikel 2:1 lid 1 Awb als een codificatie van een bestaande behoorlijkheidsnorm beschouwt en ook de toepassing ervan in samenhang met bestaande beginselen voor zich ziet. Ook als we kijken naar de eigenschappen van de zorgplicht is er een duidelijk verband met rechtsbeginselen: de zorgplicht is contextafhankelijk en heeft geen alles-of-nietskarakter. Tevens is de zorgplicht compenserend van aard;

133 Zie de ‘Raad van State-versie’ van het voorstel gepubliceerd op de website van de Raad van State.

134 Kamerstukken II 2018/19, 35261, nr. 4.

135 Ten opzichte van het ontwerp is het woord ‘passend’ voor ondersteuning geplaatst. Hoe de Afdeling tegen deze nieuwe formulering aankijkt, is niet bekend; een motie van Leijten om het gewijzigde wetsvoorstel nogmaals voor te leggen aan de Afdeling (Kamerstukken II 2021/22, 35261, nr. 20) haalde het niet.

136 Overigens kan de vraag gesteld worden of art. 2:1 Awb gevolgen heeft voor de beoordeling door de Nationale ombudsman aangezien het door hem gehanteerde behoorlijkheidskader al verder lijkt te reiken.

137 Of worden beantwoord met weinigzeggende frases als ‘Het is op voorhand niet te zeggen hoe de rechter een bepaalde casus zal beoordelen. Dit is afhankelijk van de omstandigheden van het geval’, Kamerstukken I 2022/23, 35261, D, p. 17.

hetzelfde geldt voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur: deze werken als compensatie tegen de machtsuitoefening van het bestuur. Deze compensatie werkt twee kanten op: als compensatie voor ruime discretionaire ruimte van het bestuur, maar ook voor te knellende wet- en regelgeving, oftewel een gebrek aan discretionaire ruimte.¹³⁸ Nicolaï herkende bovendien in het ontwerp van de Awb als een van de leidende principes dat de functie en inhoud van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bepaalt 'het principe van actieve zorgplicht van het bestuur': uit de dienende functie van het bestuur kan worden afgeleid dat dit bestuur zo nodig de helpende hand moet reiken.¹³⁹

De werking van de zorgplicht kan allereerst betekenis krijgen in de werking van bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo is het materiële rechtszekerheidsbeginsel, waar het vertrouwensbeginsel een uitvloeisel van is, reeds erkend. De zorgplicht betekent dat de feitelijke rechtszekerheid meer gewicht toekomt. Het beginsel van de dienende overheid kan in veel verschillende bestaande rechtsbeginselen tot uiting komen, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, maar kan ook sterker als zelfstandig beginsel functioneren.¹⁴⁰ De voorgenomen codificatie ondersteunt deze benadering. Het voordeel van de zelfstandige betekenis van de zorgplicht is dat er minder discussie kan ontstaan over de precieze reikwijdte ervan en dat de werking ervan (enigszins) los kan komen van de klassieke werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die zich richten op de rechtmatigheidstoetsing van een enkel besluit, terwijl de zorgplicht laat zien dat de verhouding tussen de burger en het bestuursorgaan zich juist niet door slechts enkele besluiten laat beschrijven.

De zorgplicht kan – in lijn met de werking van beginselen in het bestuursrecht¹⁴¹ – op twee manieren betekenis krijgen in de toetsing door de bestuursrechter.

¹³⁸ P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990, p. 211-218.

¹³⁹ Nicolaï 1990, p. 180. Curieus detail: dezelfde Peter Nicolaï, tegenwoordig senator voor de Partij voor de Dieren, ziet het nieuwe art. 2:1 in deze hoedanigheid als 'een fundamentele aanpassing van de Awb'; *Kamerstukken I 2022/23*, 35261, D, p. 17. Dit is wellicht omdat hij enige tijd na zijn dissertatie moest constateren dat deze helpende hand in de ogen van de rechter – in het bijzonder de Afdeling – werd 'afgehakt': P. Nicolaï, 'Kroniek algemene beginselen van behoorlijk bestuur', *NTB* 1997/4, p. 161. Zie over deze verschuiving o.a.: L.J.A. Damen, 'Is de burger beter af onder het bestuursrecht van 2004 dan onder dat van 1993?', *NTB* 2004/24; Schlössels 2011.

¹⁴⁰ Ippel 2020, p. 192. Voor wie ervan overtuigd is (geraakt) dat echte verschuiving in het bestuursrecht uit Europa moet komen, kan het Europese *Service principle* genoemd worden (zie o.a. R.J.N. Schlössels, 'Service Principle', *Gst.* 2016/20) en de ontwikkeling van algemene beginselen in het Unierecht waarin het burgerperspectief steeds meer tot uiting komt: Commissie Europeanisering algemeen bestuursrecht, *Europa en het algemeen bestuursrecht. Burger en bestuur in de gemeenschappelijke rechtsorde* (VAR-reeks 165), Den Haag: Boom juridisch 2021, hoofdstuk 3 en M.H. Ippel, 'De ontwikkeling van beginselen van goed bestuur in het Europees bestuursrecht. Voer voor discussie over beginselen, responsiviteit en het burgerperspectief in het Nederlands bestuursrecht', *NTB* 2021/142.

¹⁴¹ Schlössels identificeert vier functies van rechtsbeginselen: de constitutieve, normerende, rechtsvormende en strategisch instrumentale functie: R.J.N. Schlössels, 'Dimensies van rechtsbeginselen. Enige observaties vanuit het bestuursrecht', in: R.J.N. Schlössels (e.a.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Allereerst legt de zorgplicht een gedragsnorm neer voor waar het positieve recht zwijgt; hoofdstuk 3 laat zien dat er leemtes te vullen zijn. Ten tweede biedt de zorgplicht een kader voor de rechtsvorming van de bestuursrechter: wet- en regelgeving zou zo veel mogelijk ‘zorgplichtconform’ geïnterpreteerd en toegepast moeten worden.¹⁴² Zoals in het vorige hoofdstuk aan de orde is gekomen, is de werking van de zorgplicht afhankelijk van de specifieke context en de fase (geen contact, besluitvorming, duurrelatie) van de reis van de burger door het bestuursrecht.

4.1.1 *Nog geen contact*

Geschillen die zien op de fase waarin er nog geen contact was, komen bij de bestuursrechter terecht wanneer dit voortraject negatieve gevolgen heeft voor het besluit. Doorgaans omdat de burger te laat is, met verlies van rechten, of omdat de (algemene) informatie die verstrekt is onvolledig of onjuist blijkt te zijn en het opgewekte vertrouwen niet gehonoreerd wordt. Voor de (genuanceerde) toepassing van het vertrouwensbeginsel in deze gevallen, verwijzen wij andermaal naar het proefschrift van Cramwinckel.¹⁴³

De burger kan om verschillende redenen te laat zijn: onbekendheid, onjuiste informatieverstrekking waardoor hij ervan uitging geen recht te hebben of iets niet hoefde te doen (bijvoorbeeld een vergunning aan te vragen) en een gebrek aan doenvermogen. Als een bestuursorgaan onvoldoende heeft ondernomen om deze burgers te informeren of actief te benaderen, komt dit in beginsel voor rekening en risico van het bestuursorgaan. Komt de zorgplicht daarmee neer op een nieuwe ‘Wet van Ali Baba’: zeg ‘ik wist of kon het niet’ en krijg toegang of kom van uw last onder dwangsom af?¹⁴⁴ Dat is niet het geval; relevant is of de burger gezien zijn eigenschappen een redelijke kans heeft gehad om wel op tijd te zijn. Wanneer voor de doelgroep realistische aannames worden gemaakt, kan de bestuursrechter algemene en objectieve criteria formuleren voor wanneer het bestuursorgaan aan de uit de zorgplicht volgende gedragsnorm heeft voldaan. Bij de toetsing van een individueel besluit kunnen de specifieke omstandigheden betrokken worden, waarbij ook het gedrag van de burger aan de orde kan komen. Als de burger bijvoorbeeld bewust traineert, kunnen daar gevolgen aan verbonden worden. Als voorbeeld kan de volgende frase van een uitspraak van de rechtbank Noord-Nederland over het verdedigingsbeginsel genoemd worden:

‘De inspecteur hoeft niet, zoals eiser kennelijk voorstaat, hemel en aarde te bewegen om te garanderen dat de belanghebbende, ook als hij niet reageert op uitnodigingen, vooraf daadwerkelijk wordt gehoord. (...) Waar het om gaat is dat de belanghebbenden

¹⁴² Schlössels 2004.

¹⁴³ Cramwinckel 2022, Hoofdstuk 7.

¹⁴⁴ Zo karakteriseerde Van Ravels de objectum litis-leer: B.P.M. van Ravels, ‘Kroniek Schadevergoeding’, NTB 2001/1, p. 21

in staat worden gesteld om naar behoren hun standpunt kenbaar te maken. Dat laatste is in dit geval wel degelijk gebeurd.¹⁴⁵

Zoals in hoofdstuk 2 betoogd mag er dus een bepaalde mate van coöperatie van de burger verwacht worden.

Meestal zal er sprake zijn van een wettelijk voorschrift dat gevolgen verbindt aan het te laat zijn van de burger of aan honorering van het gewekte vertrouwen in de weg staat. Komen de negatieve gevolgen voort uit een algemeen verbindend voorschrift, niet zijnde een wet in formele zin, dan kan dat leiden tot het buiten toepassing laten van het voorschrift. Zo achtte de rechtbank Midden-Nederland een zeer korte aanvraagtermijn voor een tegemoetkoming voor ouders die geconfronteerd werden met de sluiting van de kinderopvang vanwege de eerste en tweede coronalockdown in strijd met het evenredigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.¹⁴⁶ Daarbij speelde mee dat door de betrokken bewindspersonen werd gecommuniceerd dat ouders geen negatieve gevolgen zouden ondervinden van het doorbetalen van de kinderopvang en er vervolgens een zeer korte termijn werd gesteld voor het aanvragen daarvan, zonder dat ouders hier duidelijk op gewezen werden. Bij de derde lockdown werd, vanwege deze uitspraak, aanvullend gecommuniceerd en werden ouders die eerder van de tegemoetkoming gebruik hadden gemaakt actief aangeschreven.¹⁴⁷

Als er sprake is van een wet in formele zin kan de zorgplicht een rol spelen bij de interpretatie van het wettelijke voorschrift. Zo kan bij de interpretatie van een begrip als 'dringende redenen', de toepassing van een hardheidsclausule, of de invulling van discretionaire ruimte de rol van het bestuursorgaan bij het ontstaan van die dringende situatie betrokken worden. Daarnaast heeft de zorgplicht een meer algemene werking op de interpretatie van wettelijke bepalingen. Zo stelt de AOW dat aan deze uitkering met maximaal een jaar terugwerkende kracht verleend kan worden, tenzij er sprake is van een 'bijzonder geval'.¹⁴⁸ Wat een bijzonder geval is, hangt af van wat normale gevallen zijn. Bij een erkenning van de verplichting tot het verstrekken van informatie die de relevante doelgroep bereikt en waar mogelijk het actief benaderen van burgers, is er sprake van een bijzonder geval als iemand desalniettemin niet bereikt wordt. Bijvoorbeeld omdat hij in het buitenland verblijft en de Svb geen adres heeft.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Rb. Noord-Nederland 13 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:2414; de belanghebbende leed geenszins aan 'rationele apathie' (zie noot 132), maar kreeg in hoger beroep en cassatie geen ander oordeel, zie resp. ECLI:NL:GHARL:2019:6891 en ECLI:NL:HR:2020:925 (art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie).

¹⁴⁶ Rb. Midden-Nederland 28 maart 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:1289.

¹⁴⁷ Zie expliciet: Strt. 2022, 17855, p. 8.

¹⁴⁸ Art. 16 lid 2 AOW.

¹⁴⁹ Thans neemt de rechter een dergelijke zorgplicht niet aan en wordt de situatie dat iemand in het buitenland verblijft en niet op de hoogte is van het recht op de uitkering niet bijzonder beschouwd. Zie CRvB 2 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1298, AB 2022/334, m.nt. L.J.A. Damen.

Soms kan er geen herstel geboden worden door de burger alsnog of met terugwerkende kracht toegang te verlenen, bijvoorbeeld omdat er belangen van derden in het spel zijn – zoals bij een subsidie met een bepaald verdeelmodel – of simpelweg omdat het leed al geleden is: de burger is te laat aangeland bij de schuldhulpverlening of maatschappelijke ondersteuning. In dergelijke gevallen kan het negatieve besluit voor vernietiging in aanmerking komen met instandhouding van de rechtsvolgen. Op die manier kan herstel worden geboden door middel van een schadevergoeding op grond van artikel 8:88 Awb.

4.1.2 Van contact tot besluit

Over de intensiteit waarmee de bestuursrechter besluiten toetst, is, met name op het gebied van het evenredigheidsbeginsel, de laatste tijd veel te doen. De drijvende kracht achter deze beweging is het beter recht doen aan het burgerperspectief en de responsiviteit van het bestuursrecht. Er is in dit preadvies niet de ruimte om deze ontwikkeling uiteen te zetten. Wel zien wij de zorgplicht, die in de fase van besluitvorming verlangt dat het probleem van de burger centraal staat, als in overeenstemming met deze beweging; van een dienende overheid moet verwacht worden dat het probleem van de burger centraal wordt gesteld en wettelijke voorschriften ‘zorgplichtconform’ worden uitgelegd. Dit is zeker het geval als er normen van administratieve aard in het spel zijn; deze beogen een weergave van de werkelijkheid te geven, maar dienen niet tot de absolute waarheid verheven te worden.¹⁵⁰

De zorgplicht verlangt daarnaast dat een probleem integraal benaderd wordt en bezien wordt of de burger wellicht meer dan één voorziening nodig heeft. Wanneer het voorzieningen betreft die ‘in één hand’ liggen, en dus door hetzelfde bestuursorgaan worden uitgevoerd, kan van een zorgvuldig handelend bestuursorgaan verwacht worden dat de burger op deze voorziening wordt gewezen als het bestuursorgaan, nadat de situatie van de burger in kaart is gebracht, er redelijkerwijs van uit kon gaan dat daar behoefte aan bestond. Wordt dit de burger niet duidelijk gemaakt, dan kan een eventueel te laat beroep op de regeling hem in beginsel niet tegengeworpen worden en geldt het hierboven uiteengezette kader.¹⁵¹ Als de benodigde andere voorziening niet wordt uitgevoerd door het betreffende bestuursorgaan, bijvoorbeeld als iemand bij de gemeente aanklopt voor maatschappelijke ondersteuning maar ook een ongebruikt recht op een uitkering of toeslag blijkt te hebben, ligt de vraag voor aan wie het risico moet worden toebedeeld als de gemeente de burger hier niet op wijst. Het zou het effectiefst zijn als de gemeente hierop aanspreekbaar is, maar dit is niet praktisch voor de burger. Bovendien lijkt hij geen rechtsingang te hebben: het ontbreken van de doorverwijzing is immers geen besluit. Uit de gedachte dat een dienende overheid zo veel mogelijk als één overheid functioneert, volgt dan ook dat het ontbreken van de doorverwijzing betrokken wordt bij het besluit op de benodigde voorziening. In zoverre kan het

¹⁵⁰ Zie bijv. ABRvS 2 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1046, AB 2019/290, m.nt. B.M.A. van Eck.

¹⁵¹ Een soortgelijke norm geldt in het belastingrecht ook al voor bezwaarschiffen, zie HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK1513.

onvoldoende uitvoering geven aan de zorgplicht door het ene bestuursorgaan dus gevolgen hebben voor het andere bestuursorgaan.

In het vorige hoofdstuk is aangegeven dat fouten in het proces van contact tot besluit zo veel mogelijk, en waar mogelijk informeel, hersteld zouden moeten worden. Op dit punt is de rechtsspraak al in beweging, bijvoorbeeld ten aanzien van verzoeken om een besluit dat formele rechtskracht heeft gekregen te herzien. Het belang van de burger lijkt aan gewicht te winnen. Zo ook bij het buiten behandeling stellen van een onvolledige aanvraag. In een recente uitspraak komt de CRvB terug van zijn eerdere lijn ten aanzien van onvolledige bijstands aanvragen.¹⁵² In deze nieuwe lijn komt de afweging tussen het belang van de burger ten opzichte van het belang van het bestuursorgaan goed tot uitdrukking:

‘Bij een belangenafweging moeten in beginsel alle rechtstreeks bij een besluit betrokken belangen worden afgewogen. Dat volgt ook uit artikel 3:4, eerste lid van de Awb. Uit de aard van de bevoegdheid tot handhaving van de buitenbehandelingstelling van een aanvraag om bijstand vloeit voor zo een belangenafweging geen beperking voort. Daarbij is het volgende van betekenis. Handhaving van de buitenbehandelingstelling van een bijstands aanvraag brengt voor de aanvrager – als die in bijstand behoevende omstandigheden verkeert – mee dat deze een nieuwe aanvraag om bijstand zal moeten doen. Bijstand wordt in beginsel niet toegekend met terugwerkende kracht. (...) Bij toekenning van bijstand op de nieuwe aanvraag zal deze daarom in beginsel niet eerder ingaan dan op de datum van de melding voor die nieuwe aanvraag. Toekenning van bijstand met ingang van de oorspronkelijk beoogde ingangsdatum is dus in beginsel niet meer mogelijk. Indien op basis van de alsnog overgelegde gegevens komt vast te staan dat de aanvrager ook al recht op bijstand had met ingang van de datum van de aanvraag die buiten behandeling is gesteld, heeft de aanvrager dus een zwaarwegend belang bij het alsnog in behandeling nemen van die aanvraag. Immers, hij kan dan over die periode geen bijstand meer krijgen, terwijl hij wel in bijstand behoevende omstandigheden verkeerde. Daarbij is mede van betekenis dat de bijstand het karakter heeft van een laatste vangnet. Verder zijn bij een besluit tot buitenbehandelingstelling van een bijstands aanvraag geen belangen van derden betrokken. Dat betekent dat het college tegenover het zwaarwegende belang van de aanvrager een eigen belang bij handhaving van de buitenbehandelingstelling moet stellen om tot een evenwichtige belangenafweging te komen. (...) In algemene zin kan daartegenover aan de zijde van de bijstandverlenende instantie bijvoorbeeld een belang bestaan om de buitenbehandelingstelling in bezwaar te handhaven, gezien de bestuurslast die gepaard kan gaan met het nemen van een inhoudelijke beslissing.’¹⁵³

¹⁵² Zie voor de ongunstige uitwerking van het buitenbehandeling laten van bijstands aanvragen: K-W, Bruggeman & t. Poppema, ‘Buitenbehandelingstelling en bijstand: bezint eer ge begint’, in: T. Barhuysen (e.a.) (red.), 25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 613-622.

¹⁵³ CRvB 13 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2793.

Wat betreft deze laatste zin zal op grond van de zorgplicht van een ‘bestuurslast’ die het ‘zwaarwegende belang’ van de burger bij de noodzakelijk voorziening opzij zet, niet snel sprake zijn.

4.1.3 De duurrelatie

De zorgplicht beïnvloedt allereerst de risicoverdeling in algemene zin. Als het bestuursorgaan op de hoogte is van feiten of omstandigheden, mag verwacht worden dat het deze informatie tijdig betreft in de duurrelatie. De CRvB heeft in het kader van meldingen die de burger doet in het kader van de inlichtingenplicht al een kader ontwikkeld waaruit volgt dat het bestuursorgaan deze informatie tijdig moet verwerken, op straffe van verlies van bevoegdheid tot terugvordering. Het valt niet goed in te zien waarom een soortgelijke regel niet zou kunnen gelden voor feiten en omstandigheden waarvan het bestuursorgaan op grond van informatie die al bij de overheid beschikbaar is op de hoogte is.

Rust een verplichting op de burger, dan geldt het in paragraaf 3.4 aangehaalde voorbeeld van de pgb-uitspraak van de CRvB als model voor de wijze waarop de rechtsverhouding tussen de burger en het bestuursorgaan, in lijn met de zorgplicht, vorm kan krijgen. Aan de voorkant dient voldoende informatie verstrekt te worden; op die manier kan materiële kenbaarheid bevorderd worden. Daarnaast heeft het bestuursorgaan een verplichting om de vinger aan de pols te houden. Gaat het toch mis, dan moet onderzoek gedaan worden naar de gevolgen van het te nemen negatieve besluit. In deze uitspraak leunt de CRvB op de bedoeling van de Wlz-wetgever en ziet hij ruimte omdat het pgb – vormgegeven als subsidie – veel discretionaire ruimte laat bij de herziening en terugvordering. Bij andere wetgeving, zoals toeslagen en in de sociale zekerheid, is deze ruimte er veel minder en is de bedoeling van de wetgever veel minder ‘burgervriendelijk’. Dat betekent niet dat de rechter geen rechtsbescherming kan bieden.

Allereerst de ‘geobjectieerde open norm’ van de inlichtingenplichten die in veel wetgeving terugkomt: de betrokkene moet alles melden dat ‘redelijkerwijs’ van invloed kan zijn, enzovoort, enzovoort. Wat is een redelijke veronderstelling van de kennis van de gemiddelde toeslag- of uitkeringsgerechtigde? De *reasonable person standard* kan een nuttig instrument zijn, omdat iemands daadwerkelijke mentale gesteldheid lastig te achterhalen is. Zoals aangegeven is objectivering soms noodzakelijk voor een goede uitvoering. Soms lijken bestuursrechters daar echter de ‘Garantenstellung’ die past bij een expert op het betreffende rechtsgebied aan te verbinden. Hierdoor rijst de vraag of deze invulling van ‘redelijkerwijs’ zelf eigenlijk wel redelijk is of slechts een ‘bureaucratische fictie’. Een zorgplichtconforme uitleg van dit begrip verlangt dus dat er redelijke – dat is: realistische – verwachtingen gekoesterd worden over de kennis van de burger. Als een bijstandsgerechtigde bijvoorbeeld een forse erfenis ontvangt, mag verwacht worden dat er een lampje gaat branden. Voor veel minder voor de hand liggende verplichtingen dient kenbaarheid bereikt te worden door voorlichting. Gebeurt dit niet, dan kan er behoudens aanwijzingen dat de bekendheid wel aanwezig was, niet gesproken worden over een feit waarvan het redelijkerwijs duidelijk was dat dit meldingsplichtig was.

Als de overtreding vaststaat en er in beginsel een negatief gevolg aan dient te worden verbonden, biedt wetgeving vaak een mogelijkheid om daarvan af te zien als de terugvordering tot onevenredige resultaten leidt. Soms noopt de problematiek van de burger, de uitvoeringspraktijk of nieuwe inzichten tot een ruimere lezing van wetgeving om hieraan tegemoet te komen. In dit verband kunnen de 13 oktober 2019-uitspraken over proportionele vaststelling van de kinderopvangtoeslag en de terugvordering daarvan genoemd worden.¹⁵⁴ Hoewel de ‘wende’ (te) laat kwam, waren problemen in de uitvoering, de gevolgen daarvan voor burgers en nieuwe inzichten over menselijk gedrag als doenvermogen aanleiding. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, Van Ettehoven, heeft deze uitspraken als een ‘noodgreep’ getypeerd, die niet voor herhaling vatbaar is.¹⁵⁵ Waarom eigenlijk niet?¹⁵⁶ Dynamische wetsinterpretatie verlangt dat de rechter oog heeft voor veranderende inzichten en omstandigheden¹⁵⁷ of erkent dat hij het verkeerd heeft gezien: een wende kan te laat komen, maar dat is beter dan nooit.

Een tweede instrument ligt niet in de interpretatie van de wet, maar in de wijze waarop het recht wordt vastgesteld: wie maakt wat aannemelijk? Bij een overtreding van een wettelijke verplichting wordt doorgaans aangenomen dat het daarmee aan de belanghebbende is om aan te tonen dat er toch recht bestond.¹⁵⁸ Deze bewijslastverdeling is zelden op een wettelijk bewijsvermoeden gestoeld, maar is rechtersrecht (vaak gebaseerd op een notie van wat de wetgever ooit beoogd heeft). Allereerst de veronderstelling dat er geen recht is. Het voorbeeld over gokken in de bijstand liet zien dat als er geen deugdelijke administratie van de gokactiviteiten word bijgehouden ervan uitgegaan wordt dat er geen recht bestond op bijstand. Dit terwijl gokken doorgaans juist tot verlies en verslaving leidt; zo kent de Wet op de kansspelen allereerste verplichtingen (lees: zorgplichten) om spelers op deze risico’s te wijzen. Recent heeft de rechtbank Rotterdam een viertal uitspraken gedaan waarin zij breekt met deze uitleg.¹⁵⁹ Nadat de gemeente uiteen heeft gezet dat de beoordeling in deze zaak in lijn is met de rechtspraak van de CRvB, stelt de rechtbank (expliciet in afwijking van deze lijn):

‘Een besluit tot intrekking en volledige terugvordering van de bijstandsuitkering heeft een reparatoir karakter, wat inhoudt dat een dergelijk besluit tot doel heeft om

154 ABROV 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535 en ECLI:RVS:2019:3536.

155 B.J. van Ettehoven, ‘Tussen wet en recht. Reactie van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag’, NJB 2021/2, p. 98107.

156 Deze reactie is al eerder bekritiseerd, zie L. van den Berge, ‘Recht, wat is dat eigenlijk? Over de toeslagenaffaire en andere buikpijndossiers’, *Recht der Werkelijkheid* 2022 (43) 3, en verwijzingen aldaar.

157 M. Scheltema, *Een wet van Meden en Perzen? Geen onwrikbare wet in het hedendaagse bestuursrecht* (Preadvies Vereniging voor Wetgeving), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 15-17.

158 Overigens heeft de CRvB al wel gepoogd op punten de burger te ondersteunen, bijvoorbeeld door het bestuursorgaan te verplichten bij onduidelijkheid over inkomsten te pogen deze schat-tenderwijs vast te stellen. Zie bijv. CRvB 14 juni 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1313.

159 Rb. Rotterdam 2 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7357, ECLI:NL:RBROT:2022:7358, ECLI:NL:RBROT:2022:7360 en ECLI:NL:RBROT:2022:7362.

de bijstandsgerechtigde in de situatie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als hij zijn inlichtingenplicht zou hebben nageleefd. (...) [De] rechtbank [is] van oordeel dat verweerder ervoor moet zorgen dat, ook als de bijstandsgerechtigde zijn situatie niet (voldoende) inzichtelijk heeft gemaakt, de intrekking en terugvordering zoveel mogelijk aansluit bij de situatie waarin de bijstandsgerechtigde naar redelijke verwachting zou hebben verkeerd indien hij zijn inlichtingenplicht wel zou zijn nagekomen. Ingeval de bijstandsgerechtigde in een casino heeft gegokt, is het nagenoeg onmogelijk om hiervan een sluitende, verifieerbare administratie over te leggen. De gevolgen hiervan voor de bijstandsgerechtigde zijn groot, nu de gehele bijstandsuitkering over de desbetreffende maand wordt ingetrokken en teruggevorderd. Dat met het gokken (hoge) inkomsten zijn verworven die de toepasselijke maandelijksse bijstandsnorm overschrijden, is echter niet waarschijnlijk, mede gelet op het feit dat gokken, in het algemeen gesproken, meestal niet winstgevend is.¹⁶⁰

Behoudens gevallen waarin betrokkene weigert medewerking te geven aan een onderzoek of er aanwijzingen zijn van grote winsten, leidt de overtreding van de inlichtingenplicht niet meer tot volledige terugvordering van de verleende bijstand.

4.2 De wetgever

In het vorige hoofdstuk zijn normen neergelegd voor het handelen van het bestuursorgaan die volgen uit de zorgplicht die ontleend is aan het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van de dienende overheid. Het gelijkheidsbeginsel verlangt dat deze zorgplicht gedifferentieerd toepassing krijgt. De grondslag is dus gelegen in ongeschreven rechtsbeginselen die de toepassing van het positieve recht inkleuren. In sommige gevallen kan het nieuwe artikel 2:1 lid 1 Awb het ‘haakje’ vormen voor de door ons voorgestelde normen. Tevens hebben we het legaliteitsbeginsel als instrument voor rechtszekerheid voor de burger gerelativeerd. De stelling zou betrokken kunnen worden dat daarmee de rol van de wetgever voor het bieden van rechtszekerheid aan de burger is uitgespeeld. Dat is echter geenszins het geval. De wet blijft de basis voor het optreden van de bestuursorganen en de rechter. De wetgever dient dus ook aan te geven hoe bestuur en rechter de rechtszekerheid jegens de burger moeten realiseren. Wel kan de vraag gesteld worden of meer rechtsregels helpen de overheid responsiever te maken, of zaken juist complexer maken en voor meer juridisering zorgen. Wanneer het noodzakelijk blijkt om basale (of: banale) zaken vast te leggen, zoals het voornemen om in de Awb op te nemen dat een motivering van een besluit niet alleen deugdelijk maar óók begrijpelijk moet zijn,¹⁶¹ ligt het probleem wellicht in de bredere rechtscultuur en is wetgeving symptoombestrijding.¹⁶²

¹⁶⁰ Rb. Rotterdam 2 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7358, r.o. 8.

¹⁶¹ Zoals wordt voorgesteld in het conceptwetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb.

¹⁶² Schuurmans 2022, p. 272; zie bijv. L.J.A. Damen, ‘Het CAK kan nog steeds niet begrijpelijk schrijven’, AA januari 2015.

Toch is dit een te eenvoudige voorstelling van zaken. De bijzondere wetgever dient de juiste randvoorwaarden te creëren om op een doelmatige en doeltreffende manier invulling te geven aan de zorgplicht.¹⁶³ De Awb-wetgever dient te streven naar herkenbare en met de zorgplicht coherente waarborgen voor de burger.¹⁶⁴ Begrijpelijkheid van communicatie is een veel complexer onderwerp dan men op het eerste gezicht zou denken, zodat aandacht daarvoor in de Awb belangrijk kan zijn.¹⁶⁵ De zorgplicht omvat meer, bijvoorbeeld de verplichting om in een ‘warme overdracht’ te voorzien als de burger bij een verkeerd bestuursorgaan heeft aangeklopt. De huidige doorzendplicht van artikel 2:3 Awb legt een veel smallere verplichting op en is daarmee niet coherent met de zorgplicht.

4.2.1 De bijzondere wetgever: doelmatige en doeltreffende uitvoering

De bijzondere wetgever kan allereerst de taak van het bestuur vergemakkelijken door regels te stellen die doenbaar zijn voor de burgers en dus een realistisch mensbeeld koesteren. De WRR heeft hier praktische handvatten – of: tools – voor ontwikkeld.¹⁶⁶ De regering heeft ook de ambitie uitgesproken wetgeving beter aan te laten sluiten bij de belevingswereld van burgers, maar in de praktijk blijkt het lastig hieraan gevolg te geven.¹⁶⁷ De zorgplicht benadrukt dit belang; dit argument wordt kracht bijgezet als ook het perspectief van het bestuursorgaan ingenomen wordt.

Net als dat de wetgever moet uitgaan van een realistisch beeld van de burger en geen gedrag kan verwachten dat niet waargemaakt kan worden, moet er ook een realistisch beeld gevormd worden van de capaciteiten van de uitvoerende organen én de mensen die daar werken. Lange tijd is het uitvoeringsperspectief bij het maken van beleid en opstellen van wetgeving veronachtzaamd, waardoor de uitvoering en professionals klem kwamen te zitten tussen balie en beleid.¹⁶⁸ Beleid met weinig oog voor de werkvloer, dat (mede naar aanleiding van incidenten) steeds sneller verandert en gestapeld wordt, heeft – in combinatie met bezuinigingen – de slagkracht van de uitvoerende overheid sterk verzwakt. Inmiddels is er een emancipatieproces van de uitvoering gaande; uitvoeringsorganisaties durven vaker ‘nee’ te zeggen, in plaats van ‘ja, maar...’ waarbij de kanttekeningen ondersneeuwden onder politieke wensen, die niet zelden zijn ingegeven door beeldvorming.¹⁶⁹ Onderdeel van dit emancipatieproces is dat de uitvoeringsorganisaties steeds vaker direct aan het parlement rapporteren, via knelpuntenbrieven, standen van de uitvoering en

163 Zie uitgebreid: M.H. Ippel & P. Beirnaert, ‘Goede uitvoering van wetgeving vanuit het burgerperspectief’, *RegelMaat* 2022, afl. 4, p. 314-331.

164 M. Scheltema, ‘Rechtseenheid of rechtsstaat als doelstelling van de Awb?’, *NJB* 2015/814; aldus ook de conceptmemorie van toelichting bij de Wet versterking waarborgfunctie Awb.

165 Zie Cramwinkel, Pander Maat & Sanders 2023.

166 WRR, *Doenvermogen. Van toets naar tools*, Den Haag 2020.

167 M. Bovens, ‘Het doenvermogen van de wetgever’, *NTB* 2021/103.

168 Tijdelijke commissie Uitvoeringsorganisaties, *Klem tussen balie en beleid*, februari 2021, *Kamerstukken II* 2020/21, 35387, nr. 2.

169 De ‘mits verdwijnt in de mist’, ook tijdens het parlementair proces: H. van der Vlist & D. Heerschop, *Werk aan Uitvoering Fase 2. Handelingsperspectieven en samenvatting analyse. ‘Ja, mi(t)s’*, Den Haag: ABDTOPConsult 2020, p. 9-10. Bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 31490, nr. 284.

hoorzittingen. Uit deze documenten, bij elkaar gebracht in de *Staat van de uitvoering*,¹⁷⁰ volgt een eenduidig beeld: het burgerperspectief is geland in de uitvoering, maar het verbeteren van de dienstverlening is binnen een complex stelsel van wetten en regels die veel administratieve verplichtingen bij de burger leggen, bijna niet te doen.¹⁷¹ Bestuursorganen en de mensen die daar werken, raken zelf ook verstrikt in de wet- en regelgeving.

De zorgplicht kan beschouwd worden als een uniforme standaard – of bodem – voor wat de burger van de rechtsstaat moet kunnen verwachten. Vanuit het burgerperspectief bezien is het van belang ‘wat’ voor bescherming hij materieel ontvangt, maar in mindere mate ‘hoe’ deze wordt geboden, door het bestuursorgaan of de wetgever. De wetgeving en de ondersteuning die van het bestuursorgaan verlangd dient te worden zijn communicerende vaten: is de wetgeving eenvoudig, begrijpelijk, proactief toepasbaar en voorzien van de juiste defaults, dan is het voor het bestuursorgaan relatief eenvoudig om invulling te geven aan de zorgplicht. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de toepassing van de kinderbijslag: als een kind wordt ingeschreven in de burgerlijke stand, krijgt de ouder automatisch een vooringevuld aanvraagformulier op de mat, de voorwaarden lopende de regeling zijn relatief eenvoudig. Het wordt ingewikkelder wanneer er (goedbedoelde) modules aan vastgeplakt worden en de financiële ondersteuning voor kinderen ook bij andere bestuursorganen wordt neergelegd. Is de wet daarentegen reactief vormgegeven, voorzien van administratieve hordes en ‘gevaarzettend’ in zijn vormgeving, dan is veel zorg van het bestuursorgaan nodig wat betreft het informeren van burgers, hulp bij het invullen van de benodigde formulieren, waarschuwen voor mogelijke nadelige gevolgen van handelen en nalaten, het vinger aan de pols houden, enzovoort. Als de wetgever (met voorwaardelijk opzet)¹⁷² het kelderluik openzet en het licht uit doet door normen te stellen die door de burger niet goed na te leven zijn, dan zal het uitvoerende bestuursorgaan immers moeten inspringen. Gebeurt dat niet, dan is er sprake van blote machtsuitoefening die rechtsstatelijke legitimiteit ontbeert.¹⁷³ Bij het ontbreken van de noodzakelijke ondersteuning worden de ‘kosten’ bij de burger neergelegd; door de wetgever geïntroduceerde aanvullende complexiteit, versnippering, niet goed naleefbare eisen zijn daarmee te ‘goedkoop’ omdat de negatieve gevolgen voor de burger niet beprijsd worden. Door de zorgplicht worden de werkelijke kosten inzichtelijk.

170 Dit is een rapport dat eens in de twee jaar verschijnt. In de eerste *Staat van de uitvoering* geven 38 uitvoeringsorganisaties een algemeen beeld van de trends en uitdagingen voor uitvoerende organen. Zie bijlage bij *Kamerstukken II 2022/23*, 29362, nr. 321.

171 *Staat van de uitvoering 2022*, p. 7 e.v.

172 S.E. Zijlstra, ‘Voorwaardelijk opzet van de wetgever. Enkele kanttekeningen bij het preadvies van M. Scheltema voor de Nederlandse Vereniging voor Wetgeving’, 2020. Raadpleegbaar via: www.nederlandseverenigingvoorwetgeving.nl/jaarvergadering-2020-reageer-op-bijdragen-van-scheltema-en-de-ombudsman/.

173 De Venetiëcommissie spreekt dan over ‘rule by law’ in plaats van ‘rule of law’: Venice Commission, *Opinion on the legal protection of citizens in the Netherlands*, p. 24, bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35510, nr. 85.

Daarmee ligt de vraag voor: wat is een doelmatige en doeltreffende rolverdeling tussen wetgever en bestuur? Beantwoording van deze vraag ligt met name binnen het domein van de bijzondere wetgever. Deze wetgever kan allereerst de zorgbehoefte van de burger verkleinen door minder belastende, complexe en risicovolle regels te stellen en deze minder versnipperd te attribueren. De maatschappelijke kosten van het door het bestuursorgaan – door middel van ondersteuning – mitigeren van deze risico's zullen lager zijn dan wanneer zij bij de burger worden neergelegd (het bestuursorgaan heeft kennis, expertise, middelen en (als het goed is) een groter vermogen rationeel te handelen), maar waarschijnlijk hoger dan wanneer de wetgever ze niet in het leven roept. Dat betekent 'minder en beter' beleid.¹⁷⁴ Dat betekent echter niet dat alle voorzieningen generiek moeten worden vormgegeven: zo zijn er legitieme (politieke) redenen om regelingen af te stemmen op het inkomen, maar door de huidige vormgeving schiet verrekening zijn doel voorbij.¹⁷⁵ Hier moet dus een balans gevonden worden.¹⁷⁶ Complexiteitsreductie moet dus niet gezocht worden in het 'eenvoudiger opschrijven' van wetten, maar in de wijze waarop het systeem is ingericht. Want dat heeft een direct effect op de dienstverlening die het bestuursorgaan kan bieden en op de uitvoerbaarheid van de zorgplicht.¹⁷⁷

Er is een aantal specifieke zaken aan te wijzen waar de wetgever het bestuur, en daarmee de burger, kan 'helpen' die waarschijnlijk doelmatiger en doeltreffender zijn dan als de ondersteuning door bestuursorgaan geboden moet worden. Allereerst de gegevensverwerking. Bestuursorganen kunnen meer en beter gebruikmaken van bestaande verwerkingsgrondslagen en bij de afweging of de gegevensverwerking proportioneel is meer gewicht toekennen aan de negatieve effecten van het ontbreken van proactieve dienstverlening.¹⁷⁸ Het ontbreekt echter aan een generiekere voorziening voor het uitwisselen van gegevens gericht op het reduceren van lasten voor burgers, het bieden van proactieve dienstverlening en het organiseren van integraliteit.¹⁷⁹ Door een algemeen kader te creëren wordt meer duidelijkheid gegeven over welke gegevens waarvoor gebruikt worden en kunnen ook duidelijke keuzes gemaakt worden over waarvoor de verwerking plaatsvindt (gaat het om de

174 Staat van de uitvoering 2022, p. 13.

175 Zie bijv. Nationale ombudsman, *Meedoen zonder beperking. De financiële problemen van jongeren met een beperking in de Wajong en Participatiewet*, Rapportnr. 2022/144; UWV, Eindrapport 'Als verrekenen een beperking is', februari 2021, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 34352, nr. 208; Panteia, *Hardvochtige effecten op burgers door knelpunten in (uitvoering) wet- en regelgeving binnen de sociale zekerheid*, 2022, p. 81-84, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 26448, nr. 309.

176 Zie o.a. het traject 'Participatiewet in balans', Kamerstukken II 2021/22, 34352, nr. 253 en de bijlage daarbij.

177 Met deze blik worden ook al stappen gezet, zie bijvoorbeeld de taakopdracht voor het Interdepartementaal beleidsonderzoek (IBO) Vereenvoudiging sociale zekerheid, Kamerstukken II 2021/22, 35975, nr. 1, p. 28-31.

178 Bij de subsidiariteitsafweging zal ook een realistisch beeld van de burger gevormd moeten worden: als gegevensverwerking ontbreekt, is het dan te verwachten dat de burger de gegevens wel zelf kan leveren?

179 In hoofdstuk 3 passeerde al een aantal voorbeelden van nieuwe wetgeving de revue, zoals de Wet aanpak meervoudige problematiek sociaal domein; een algemeen dekkend en herkenbaar kader lijkt dit voorstel echter niet te bieden.

fraude bestrijdende overheid of de actief helpende overheid?).¹⁸⁰ Hierdoor komt ook de strekking van het gegevensbeschermingsrecht beter tot zijn recht: het bieden van regie aan burgers op wat er met hun gegevens gebeurt, dit begint bij duidelijkheid bieden.

Ten tweede moet de bijzondere wetgever een individuele benadering mogelijk maken. De wetgever stelt algemeen toepasbare regels en stelt daarbij in sommige gevallen noodzakelijkerwijs dwingende regels. Gebonden bevoegdheden zijn in sommige gevallen noodzakelijk, gezien de aard van de regeling of de (bulk)uitvoering.¹⁸¹ Generiek vormgegeven regelingen kunnen, zoals hierboven aangegeven, ook juist helpen bij een burgervriendelijke overheid.¹⁸² Harde wettelijke grenzen moeten soms ook gesteld worden om rechtspolitieke kwesties te beslechten. Voor een goede uitvoering van de zorgplicht moet echter ruimte worden geboden voor het wegen van de omstandigheden van de burger en de uitwerking van algemene regels in een individueel geval. Vaak biedt bijzondere wetgeving al ruimte voor maatwerk, maar wordt deze in onvoldoende mate gevonden. Ook omdat bij bijvoorbeeld een hardheidsclausule de burger geacht wordt hier zelf een beroep op te doen en deze niet proactief toegepast wordt.¹⁸³ Een individuele benadering in de vorm van procedureel en materieel maatwerk is in de context van de zorgplicht allereerst noodzakelijk als middel om het handelen van het bestuur af te kunnen stemmen op de ongelijkheid van gevallen en zo invulling te geven aan het gelijkheidsbeginsel (zie hoofdstuk 2). Ten tweede moet het recht een praktisch correctiemechanisme bieden. Correctie kan nodig zijn wanneer een algemene regel niet past in het individuele geval, bijvoorbeeld bij het gebruik van administraties: deze zijn nuttig voor een ordentelijk proces, maar beschrijven niet altijd de werkelijkheid en moeten dus ook niet zo behandeld worden.¹⁸⁴ Daarnaast moeten ‘fouten’ (van het bestuursorgaan of de burger) rechtgezet kunnen worden; het recht gaat er vaak van uit dat alles in één keer goed gaat, terwijl dat evident niet het geval is.

Een laatste aspect waar de bijzondere wetgever aan zet lijkt, is de wijze van financieren van bestuursorganen. Dit aspect van wetgeving komt niet snel ter sprake in bestuursrechtelijke beschouwingen, omdat de financiering het individuele besluit niet direct lijkt te raken. Feitelijk is de hoogte van financiering echter van aanzienlijk belang voor de wijze waarop het bestuursorgaan de burger tegemoet treedt. Allereerst is een inadequate financiering, vaak in combinatie met decentralisatie,

180 Overigens lijkt de verwerking van gegevens ter fraudebestrijding wel integraal aangepakt te kunnen worden, zo integraal dat de transparantie te veel verloren ging, aldus Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (Syri).

181 Zie over de dilemma's die kunnen spelen bij de afweging tussen gebonden bevoegdheden en discretionaire ruimte: Kamerstukken II 2022/23, 29362, nr. 313, p. 13-17. Zie ook: IBO Toeslagen Deelonderzoek 1 *Eenvoud of maatwerk: Uitrusten binnen het bestaande toeslagenstelsel*, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 31066, nr. 540.

182 'Maatwerk is geen oplossing voor slecht beleid', aldus Nationale ombudsman, *De burger kan niet wachten. Jaarverslag 2021, Kamerstukken II 2021/22, 36046, nr. 2, p. 3*. Dit geluid wordt steeds vaker vertolkt, zie bijvoorbeeld: S. de Vries, 'De (on)wenselijkheid van meer maatwerk', NTB 2022/113.

183 Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 102, p. 7.

184 Nationale ombudsman, *Een mens leeft, een systeem niet. Onderzoek naar (problemen rond) inschrijvingen in de Basisregistratie personen (BRP), Rapportnr. 2016/110*.

een welomschreven motor voor administratieve uitsluiting: een gemeente die allerhande taken op zich af heeft zien komen, in combinatie met een reductie-doelstelling, zal minder snel op zoek gaan naar ‘nieuwe vraag’ en bezien wat het recht minimaal van haar verwacht voordat het haarzelf pijn gaat doen.¹⁸⁵ De wijze van financiering kan er ook toe leiden dat de burger van het kastje naar de muur gestuurd wordt, of de noodzakelijke hulp met vertraging geboden wordt. Zo hebben gemeenten er belang bij om burgers van de Wmo 2015 richting de Wlz of via de Zorgverzekeringswet gefinancierde zorg te schuiven.¹⁸⁶ Deze ‘concurrerende wettelijke regimes’ zijn exemplarisch voor de verkokerde wijze van financieren. Door deze verkokering wordt een ‘intensivering’ (lees: meer geld) niet beoordeeld op de maatschappelijke baten en of het probleem van de burger wordt opgelost, maar op de consequenties voor de individuele begroting. Dit heeft invloed op de inhoud van beleid: wijzigingen die tot een betere toegang leiden, worden gekwalificeerd als kostenpost, niet-gebruik is dus ingecalculeerd.

4.2.2 De Awb-wetgever: coherente en herkenbare rechtsbescherming

De Awb vormt het rechtsstatelijke kader voor de verhouding tussen burger en overheid. Dat betekent dat de vormgeving van de beginselen van de rechtsstaat jegens de burger daarin ook een plaats moet hebben. De ontwikkeling naar een responsieve rechtsstaat in de laatste jaren is dan ook in de Awb terug te vinden, bijvoorbeeld in de nieuwe bepaling over de zorgplicht van artikel 2:1 lid 1 en in het wetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb dat recent in preconsultatie is gegaan.

In hoeverre is op grond van de voorgaande beschouwingen een nadere invulling van de zorgplicht in de Awb wenselijk, naast de bepaling van artikel 2:1? Zoals aangegeven geldt de zorgplicht in zekere zin voor alle interacties tussen het bestuursorgaan en de burger en zelfs als het contact nog niet gelegd is. Daarmee lijkt Hoofdstuk 2 van de Awb allereerst een plek waar de aandacht van de Awb-wetgever op gericht zou moeten zijn. Hieronder worden enkele ideeën daarover naar voren gebracht, soms in de vorm van een wetsartikel, niet om als precies tekstvoorstel te dienen, maar om een discussie over de richting uit te lokken.

In aanvulling op de nieuwe bepaling over de zorgplicht in artikel 2:1 zou concretisering daarvan voor wat betreft de rechtszekerheid als volgt inhoud kunnen krijgen:

Artikel 2:1a

1. Ieder bestuursorgaan draagt er zorg voor dat voorschriften die tot doel hebben dat burgers hun gedrag daarop afstemmen, voor hen voldoende kenbaar zijn.
2. Deze kenbaarheid vereist dat de belanghebbende voldoende op de hoogte komt van de betekenis van die regels voor zijn rechtspositie om zijn handelen daarop af te stemmen.

¹⁸⁵ Herd & Moynihan 2018.

¹⁸⁶ P. Alders & E. Schut, ‘Gemeenten verschuiven zorgkosten naar de Wet langdurige zorg’, *ESB*, 106(4803), 18 november 2021; Nationale ombudsman, *Blijvende zorg. Nationale ombudsman maakt balans op twee jaar na zijn aanbevelingen om de toegang tot zorg voor burgers te verbeteren*, Rapportnr. 2020/031; L. van den Dungen, B. Heilbron & K. Kuijpers, ‘Onderzoek Ongewensten en gemeentegrenzen: “Wij zijn geen Swiebertjes”’, *Groene Amsterdammer* 6 januari 2021.

Met een dergelijke bepaling wordt duidelijk dat bestuursorganen er niet zonder meer van uit mogen gaan dat burgers wetten en andere regels kennen wanneer zij bekend zijn gemaakt. Zij kunnen doorgaans die regels zelf niet goed raadplegen of hun betekenis voor hun rechtspositie inschatten. Het zal van de omstandigheden afhangen wat een bestuursorgaan moet doen om de regels voldoende kenbaar te doen zijn. Een bestuursorgaan hoeft niet altijd zelf in actie te komen omdat de wet of de regel al op een andere manier bekend is of omdat men mag verwachten dat een burger op eigen initiatief informatie gaat inwinnen. In hoofdstuk 3 is hierop nader ingegaan.

Het tweede lid specificceert nader om wat voor soort informatie het moet gaan. Onvoldoende is om in heel algemene zin aan te geven waar de regel over gaat; de bedoeling is dat de burger voldoende informatie krijgt om daarop zijn handelen te baseren.

Artikel 2:1b

Ieder bestuursorgaan stemt zijn bereikbaarheid zo veel mogelijk af op de wensen en mogelijkheden van belanghebbenden en biedt daarbij in ieder geval de mogelijkheid voor persoonlijk contact.

Bestuursorganen kunnen op vele manieren bereikbaar zijn. Digitale bereikbaarheid is daarbij sterk in opmars, en kan ook voor de burger aanzienlijke voordelen hebben. Toch hebben veel burgers, ook indien zij de digitale weg gebruiken, behoefte aan persoonlijk contact, soms om nadere informatie te krijgen, soms ook om te verifiëren of zij alles goed hebben gedaan.

Daarnaast zou de doorzendplicht van artikel 2:4 Awb onder de loep moeten worden genomen; zoals aangegeven komt deze norm voor verbreding in aanmerking. Als het principe van 'geen verkeerde deur' of 'één overheid' inderdaad als algemene norm zou moeten gelden, is het wat vreemd als dit alleen is vastgelegd voor brieven en e-mails. Er zou bijvoorbeeld nagedacht kunnen worden over een bredere en actieve 'nazorgbepaling' die ziet op situaties waarin er contact is gelegd, maar dit contact eindigt. Dit kan zijn omdat de burger bij het eerste contact al aan het verkeerde adres is, of omdat hij niet langer in aanmerking komt voor de voorzieningen die het betreffende bestuursorgaan biedt. Als een ander bestuursorgaan de burger wel verder kan helpen, zou het bestuursorgaan die overdracht moeten verzorgen.

Uiteraard komt de vraag op wat de rechtsgevolgen zijn indien een bestuursorgaan niet aan deze geconcretiseerde zorgplichten voldoet. Wij menen dat het in dit stadium van de ontwikkeling niet in de rede ligt daarover al regels te geven in de Awb. Het zal ook sterk van de omstandigheden afhangen wat de beste reactie is. Bij onvoldoende informatie of ondersteuning kan verlenging van een termijn of het niet in rekening brengen van kosten in aanmerking komen. Eventueel kan schadevergoeding mogelijk zijn. Bestuursorganen en rechters zullen hier hun weg in moeten vinden voordat eventueel tot codificatie wordt overgegaan.

Ten aanzien van het nemen van besluiten, primair het domein van hoofdstukken 3 en 4 Awb, geeft de zorgplicht ook reden tot nader onderzoek of bestaande bepalingen wel voldoen. In hoeverre voldoet bijvoorbeeld artikel 4:2 lid 2 Awb? Dit lid luidt als volgt: 'De aanvrager verschafft (...) de gegevens en bescheiden die voor de beslissing op de aanvraag nodig zijn en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen.'. Artikel 4:3 Awb stelt slechts enige beperkingen: de persoonlijke levenssfeer, bedrijfsgeheimen en een verbod op uitvraag van gegevens in de bijzondere wet. Zou niet als algemene norm moeten gelden dat het bestuursorgaan slechts gegevens verlangt waar het zelf nog niet over beschikt of redelijkerwijs kan beschikken?

Ten aanzien van het op grond van artikel 4:5 Awb buiten behandeling stellen van onvolledige aanvragen biedt de in paragraaf 4.2.2 aangehaalde uitspraak van de CRvB al meer bescherming dan in het verleden, omdat er een belangenafweging moet worden gemaakt. Dat laat onverlet dat een burger die een hersteltermijn wordt geboden vaak nog niet weet wat hem te doen staat. Omdat een onvolledige aanvraag een teken kan zijn dat de burger moeite heeft een goede aanvraag in te dienen, zou dit voor het bestuursorgaan aanleiding moeten zijn na te gaan of de burger hulp nodig heeft. Dit kan door aan het slot van het eerste lid over het buiten behandeling laten te bepalen dat dit kan mits het bestuursorgaan de aanvrager de gelegenheid heeft geboden de aanvraag binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn aan te vullen, en heeft nagegaan of de aanvrager daarbij ondersteuning behoeft.

5 Samenvatting en conclusies

De aanleiding voor dit preadvies was de nieuwe zorgplicht van artikel 2:1 lid 1 Awb om de burger ‘passende ondersteuning’ te bieden. Wij zien deze bepaling als een stap in een rechtsontwikkeling naar een meer responsief bestuursrecht. De zorgplicht van de overheid ten opzichte van de burger heeft echter een meer fundamenteel rechtsstatelijk karakter. Deze zorgplicht normeert de verhouding tussen burger en overheid en heeft consequenties voor bestuursorganen, de bestuursrechter, de wetgever, maar ook de burger.

Hoofdstuk 2 De rechtsstatelijke basis voor de zorgplicht

In dit hoofdstuk hebben we uiteengezet dat deze zorgplicht op twee pijlers rust. De eerste wordt gevormd door drie beginselen van de rechtsstaat: het rechtszekerheidsbeginsel, het beginsel van de dienende overheid en het gelijkheidsbeginsel. Deze beginselen beogen de burger te beschermen. Het succes van de instrumenten die het recht ontplooit om deze doelstelling te bereiken kan daarmee in de praktijk getoetst worden. We hebben laten zien dat de middelen die het recht inzet vaak onvoldoende zijn om de beginselen van de rechtsstaat de burger daadwerkelijk te doen bereiken.

Zo bewerkstelligt het legaliteitsbeginsel niet dat er rechtszekerheid ontstaat voor de burger. Dit komt doordat de veronderstelling dat de burger op de hoogte is van regels die op hem van toepassing zijn, onjuist is. Hij is veelal niet in staat de gevolgen te voorzien die deze dikwijls ingewikkelde en doorgaans abstracte rechtsregels voor de eigen situatie betekenen. Ook de capaciteit om naar regels die wel bekend zijn te handelen is beperkt, zo heeft onder andere de WRR laten zien. Dit inzicht heeft consequenties voor de ondersteuning die de dienende overheid moet bieden. De overheid moet de burger de helpende hand reiken om hem in staat te stellen om zijn aanspraken gestalte te geven en om aan zijn verplichtingen te voldoen. Uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat de overheid dient te erkennen dat de vermogens om de regels te kennen en daarnaar te handelen onder burgers niet gelijk verdeeld zijn. Als ervan uitgegaan wordt dat dit wel het geval is, worden verschillen juist vergroot.

De kern van waar de zorgplicht zich op zou moeten richten is het in staat stellen van de burger om weloverwogen keuzes te maken bij het bepalen van zijn gedrag ten opzichte van de overheid en dienovereenkomstig te handelen. Dit betekent dat de genoemde rechtsbeginselen de volgende invulling krijgen:

- Het rechtszekerheidsbeginsel: de overheid moet zich richten op feitelijke rechtszekerheid. Het dient voor de burger concreet duidelijk te worden wat er van hem wordt verwacht en hoe regels in zijn situatie uitwerken. Dit verlangt

dat de overheid relevante, concrete en begrijpelijke informatie verstrekt en niet volstaat met het bekendmaken van de regels.

- Het beginsel van de dienende overheid: de burger heeft niet altijd het vermogen om de overheid te vinden of om regels na te leven. Dit betekent dat de overheid hem een helpende hand moet bieden om zijn verhouding met de overheid op een goede manier in te vullen.
- Het gelijkheidsbeginsel: de overheid dient haar handelen aan te passen aan de burger die zij tegenover zich vindt en de situatie waarin deze verkeert. Op die manier wordt gelijke toegang tot de overheid dichterbij gebracht en wordt voorkomen dat het recht verschillen vergroot.

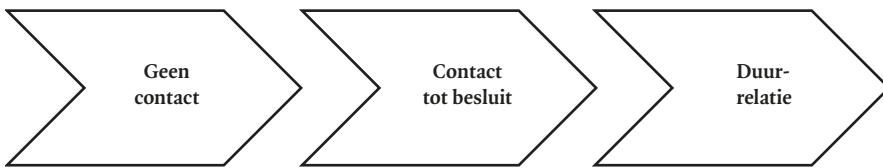
De tweede pijler voor de zorgplicht is de consistentie van het rechtssysteem. Als het privaatrecht als spiegel aan het bestuursrecht wordt voorgehouden, wordt een aantal inconsistenties zichtbaar. In privaatrechtelijke verhoudingen geldt in beginsel een horizontale verhouding. Als er een duidelijke asymmetrie in de rechtsverhouding bestaat (qua kennis, macht, middelen en afhankelijkheid), wordt een zorgplicht voor de ‘machtige partij’ aangenomen of in het leven geroepen. In dat geval kan de partij waar de zorgplicht op rust niet volledig in haar eigen belang handelen, maar moet zij zich actief bekommeren om de ander. Dit geldt ook als een partij een belangrijke maatschappelijke functie heeft, zoals een notaris of advocaat. Het publiek moet erop kunnen vertrouwen dat advocaten en notarissen in hun handelen dit maatschappelijke belang in het oog houden en niet hun eigen belangen nastreven. Deze privaatrechtelijke zorgplichten verlangen dus een verhoogde zorgvuldigheid. Deze factoren zijn toepasbaar op de relatie tussen de overheid en de burger: er is een gezagsverhouding, de overheid heeft een ‘voorsprong’ wat betreft kennis en middelen en de burger is niet zelden afhankelijk van de overheid. Voorts vertegenwoordigt de overheid steeds een publiek belang. In een consistent rechtssysteem kan het niet zo zijn dat er voor het bestuur een minder zware norm geldt. Dit is ook niet in lijn met de notie dat het handelen van de overheid aan strengere eisen is gebonden dan andere partijen.

De spiegel van het privaatrecht heeft ook consequenties voor de burger. In het privaatrecht rust er op iedereen een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Het bevreemdt wanneer deze norm niet op de burger zou rusten in zijn interactie met het bestuur. Hoewel er geen onrealistische verwachtingen van zijn gedrag zouden moeten worden aangenomen, is hij geen willoos object maar een partij wier gedrag de verhouding mede vormgeeft. Van de burger mag verwacht worden dat hij de toepassing van het recht niet onnodig frustreert, en zaken waarvan het voor de hand ligt dat deze relevant zijn voor de overheid meldt. De positie van de burger als actieve deelnemer aan de verhouding met de overheid biedt ook een inhoudelijke begrenzing van de zorgplicht. De zorg van de overheid mag niet zover gaan dat de burger de regie over de rechtsverhouding verliest: zijn rechtssubjectiviteit mag niet in het gedrang komen.

Hoofdstuk 3 Consequenties voor het bestuursorgaan

De consequenties van de zorgplicht voor bestuursorganen kunnen worden omschreven aan de hand van een reis van de burger door het bestuursrecht. We

onderscheiden en beschrijven drie fases: de fase waarin er nog geen contact is, de fase ‘van contact tot besluit’, en de duurrelatie. Hierdoor wordt duidelijk dat, afhankelijk van de context of fase, de zorgplicht specifiek handelen van het bestuursorgaan verlangt. Zo is de informatiebehoefte van de burger anders als er nog geen contact is dan wanneer er een duurrelatie – zoals een uitkering of een vergunning met doorlopende verplichtingen – bestaat. In de eerste situatie beoogt de burger antwoord te krijgen of het zinvol is om contact op te nemen, of hij in aanmerking komt voor een voorziening of juist verplicht is een activiteit te melden. Tijdens een duurrelatie is voor de burger relevant om te weten welke verplichtingen er op hem rusten, wat hij zelf moet melden en waar het bestuursorgaan voor verantwoordelijk is. Deze analyse levert een aantal stelregels voor het bestuursorgaan voor de verschillende fases op. Deze zijn in het onderstaande schema kort opgesomd.



- | | | |
|--|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> – Bied actief duidelijke, concrete, correcte en begrijpelijke informatie – Zorg dat de informatie de potentiële doelgroep bereikt – Informeer burgers met wie al anderszins contact is persoonlijk – Maak laagdrempelig en persoonlijk contact mogelijk – Benader waar mogelijk burgers actief | <ul style="list-style-type: none"> – Bedenk dat het voor de burger om het probleem gaat en niet (enkel) om het besluit – Breng het probleem in kaart en betrek dit in de afweging – Betrek waar nodig andere bestuursorganen en coördineer – Ondersteun de burger, o.a. door beschikbare informatie te (her)gebruiken – Bied de mogelijkheid tot herstel van fouten in alle fases – Bied actief informatie over de regels en het proces – Handel tijdig, in het licht van de situatie van de burger – Bied als de burger verkeerd zit waar nodig nazorg | <ul style="list-style-type: none"> – Maak gebruik van informatie waarover de overheid beschikt om de verplichtingen van de burger te beperken – Borg vooraf materiële kenbaarheid van verplichtingen – Houd gedurende de duurrelatie de vinger aan de pols – Zorg voor toegankelijkheid voor signalen van burgers – Handel tijdig bij nieuwe feiten en omstandigheden – Onderzoek bij overtreding de omstandigheden en de gevolgen van herziening, intrekking of terugvordering – Bied aan het einde van de duurrelatie waar nodig nazorg |
|--|---|--|

Deze stelregels hebben consequenties voor de wijze waarop het bestuursorgaan het recht toe dient te passen, rechtsregels interpreteert en de wijze waarop algemene rechtsbeginselen invulling krijgen. Wat dit laatste betreft, krijgt bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel een andere betekenis wanneer een algemene informatieplicht aangenomen wordt. Voorts krijgt het zorgvuldigheidsbeginsel een bredere betekenis dan doorgaans wordt aangenomen. Dit beginsel ziet niet slechts op het verzamelen van feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het te nemen besluit, maar verlangt bijvoorbeeld ook dat in de aanloop naar een besluit onderzoek naar het feitelijke probleem van de burger wordt gedaan. En zo kan tijdens een duurrelatie van een zorgvuldig handelend bestuursorgaan verlangd worden dat het verifieert dat de burger in staat is zijn verplichtingen na te leven.

Deze andere verhouding tussen de burger en het bestuursorgaan heeft ook consequenties voor hoe het bestuursorgaan zijn dienstverlening inricht en welke vaardigheden de bij het bestuursorgaan werkzame ambtenaren dienen te bezitten. Gezien de bestaande uitdagingen waarmee de uitvoering zich geconfronteerd ziet, zal dit een proces van lange adem zijn. Nieuwe technologie als digitalisering biedt daarbij kansen om de ondersteuning van de burger te verbeteren en het bestuur te ontlasten. Dit vergt wel dat het perspectief en het probleem van de burger bij de vormgeving van de digitalisering vooropstaat.

Hoofdstuk 4 Consequenties voor de bestuursrechter en wetgever

De bestuursrechter is een beperkte toezichthouder op de zorgplicht. De zaken die hem bereiken, zijn een selectie van een selectie. Bovendien bereiken de kwetsbaarste burgers de bestuursrechter niet. De bestuursrechter heeft echter wel een belangrijke functie voor het bieden van individuele rechtsbescherming en zijn rechtspraak heeft een disciplinerend effect op de bestuurspraktijk. De bestuursrechter kan in zijn rechtspraak allereerst de geformuleerde stelregels voor het bestuursorgaan als gedragsnorm bestendigen en waar nodig verfijnen. Dit is met name aan de orde waar het geschreven recht zwijgt. Dit kan door een andere invulling van bestaande algemene beginselen van behoorlijk bestuur, of door het erkennen van de zelfstandige werking van het beginsel van de dienende overheid. Het voorgestelde 'dienstbaarheidsbeginsel' versterkt deze gedachte. Bij de interpretatie van rechtsregels kan de zorgplicht dienen als maatstaf voor de rechtsvorming van de bestuursrechter. Deze zal het recht zo veel mogelijk zorgplichtconform dienen uit te leggen. Daarbij dient oog te zijn voor veranderde omstandigheden en voortschrijdende inzichten. In hoofdstuk 4 laten we aan de hand van de eerder in hoofdstuk 3 omschreven fases zien hoe de bestuursrechter hier invulling aan kan geven. Zo dient de bestuursrechter bij een burger die te laat contact heeft opgenomen omdat het bestuursorgaan onvoldoende gevolg heeft gegeven aan zijn informatieplicht dit in zijn beoordeling betrekken. Deze fout dient in beginsel voor rekening en risico van het bestuursorgaan te komen. Is herstel – bijvoorbeeld toegang tot een voorziening – niet mogelijk, dan kan een schadevergoeding een passende remedie zijn. Negatieve besluiten die voortkomen uit een duurrelatie dient de bestuursrechter in de bredere context van die relatie te bezien, waarbij vragen van belang zijn als: Was het bestuursorgaan zelf al op de hoogte van de relevante feiten en

omstandigheden? Heeft het bestuursorgaan tijdig gehandeld? Kan het recht écht niet vastgesteld worden? en Hoe werkt het besluit uit in de situatie van de burger?

Als laatste hebben we de taak van de wetgever geadresseerd. Hierbij is een onderscheid te maken tussen de bijzondere wetgever en de Awb-wetgever. De bijzondere wetgever dient uit te gaan van een realistisch beeld van de eigenschappen van de burger; deze heeft een beperkte capaciteit om complexe systemen te doorgronden en niet altijd het doenvermogen om (tijdig) te handelen. Tevens moet de wetgever oog hebben voor de capaciteiten van de uitvoerende bestuursorganen. De capaciteit van de uitvoeringsorganisaties is beperkt en er is achterstallig onderhoud. Bovendien is het vaak efficiënter en effectiever als de wetgever bepaalde risico's niet in het leven roept, dan wanneer het bestuursorgaan op grond van de zorgplicht moet mitigeren. In paragraaf 4.2.1 hebben we een aantal gebieden beschreven die aandacht van de bijzondere wetgever verdienen. In de kern komt het erop neer dat de zorgplicht een basishouding voor de verhouding tussen de burger en overheid neerlegt. De wetgever en het bestuur hebben een gemeenschappelijke rechtsstatelijke opdracht om deze te verwezenlijken.

Dit geldt ook voor de Awb-wetgever. Gezien de waarborgfunctie van de Awb dient deze wetgever zich echter primair te richten op herkenbare en met de zorgplicht coherente waarborgen. Het recent gepubliceerde conceptwetsvoorstel voor de Wet versterking waarborgfunctie Awb wijst wat ons betreft in de juiste richting. In paragraaf 4.2.2 doen we een aantal aanvullende voorstellen, zoals een informatieplicht en toegankelijkheidsnorm in Hoofdstuk 2 Awb. Daarnaast zouden de normen voor besluitvorming onder de loep genomen kunnen worden.

Tot slot

Wij hebben in dit preadvies een richting voor de ontwikkeling van het bestuursrecht willen schetsen. Dit betekent dat niet alle voorstellen die wij doen direct overgenomen dienen te worden of de dag na publicatie in de praktijk kunnen worden gebracht. De rechtsstatelijke zorgplicht biedt echter wel een bruikbaar denkraam om de verhouding tussen de overheid en de burger zoals deze in het bestuursrecht vorm krijgt beter in balans te brengen. Het huidige tijdsgewricht lijkt een vruchtbare bodem voor een grotere nadruk op het burgerperspectief in het bestuursrecht. Wij hopen dat de door ons uiteengezette zorgplicht dit perspectief ook bestendig wortels doet schieten in het rechtsstatelijk bewustzijn.

Stellingen

1. De burger ontleent onvoldoende rechtszekerheid aan bekendgemaakte wet- en regelgeving. De overheid dient er daarom voor te zorgen dat de burger op de hoogte raakt van voor hem relevante wetten en regels en van de uitwerking daarvan voor zijn situatie.
2. Het doenvermogen en de administratieve vaardigheden van de burger zijn beperkt en niet gelijk verdeeld. De overheid houdt hier rekening mee, verlangt geen gedrag dat niet waargemaakt kan worden en ondersteunt de burger waar nodig bij het uitoefenen van aanspraken en het nakomen van verplichtingen.
3. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm die op de burger jegens eenieder rust, geldt ook ten opzichte van de overheid. Als de burger daar onvoldoende invulling aan geeft, mag de overheid daar negatieve consequenties aan verbinden.
4. Ieder bestuursorgaan is bij zijn contacten met een burger alert op signalen die erop wijzen dat de burger een probleem heeft dat verdergaande bemoeienis van bestuursorganen vergt dan waarvoor het contact werd gelegd. In dat geval spant het bestuursorgaan zich in om, eventueel in samenwerking met andere bestuursorganen, de burger te ondersteunen.
5. Digitalisering staat haaks op de zorgplicht wanneer het burgerperspectief onvoldoende is betrokken. Daarentegen kan digitalisering, indien wel vormgegeven vanuit het burgerperspectief, een aanzienlijke bijdrage aan de zorgplicht leveren.
6. Indien een bestuursorgaan onvoldoende inhoud heeft gegeven aan de zorgplicht, dient de bestuursrechter daartegen rechtsbescherming te bieden door de rechtsstatelijke gedragsnorm voor het bestuur te handhaven en het recht in het licht van de rechtsstatelijke zorgplicht uit te leggen.
7. Voor een goede uitvoering van de zorgplicht dient de wetgever regels te maken met realistische verwachtingen van de mogelijkheden van burgers én bestuursorganen en in de Awb herkenbare en met de zorgplicht coherente waarborgen op te nemen.

De informatiele zorgplicht van de overheid

A. Zuurmond, M.H.A.F. Lokin, G. Mulder*

1	Inleiding	79
2	Wat is informatiehuishouding?	83
2.1	Definities van informatiehuishouding	83
2.2	Informatiehuishouding in de praktijk	86
3	Gebreken in de informatiehuishouding: oorzaken en gevolgen	88
3.1	Inleiding	88
3.2	Oorzaken van een achteropgeraakte informatiehuishouding	89
3.3	Gevolgen van een achteropgeraakte informatiehuishouding	92
3.3.1	Energiesubsidies: hoe komt het geld waar het zijn moet?	92
3.3.2	Kinderopvangtoeslag: een stapeling van gegevensproblemen	92
3.3.3	Een vals kenteken	93
3.3.4	Perikelen rond basisregistraties	95
3.3.5	Onderzoek naar oversterfte tijdens de COVID-19-pandemie: een onterecht moeizaam proces	96
3.3.6	Openbaarheid van overheidsinformatie: de olifant in de kamer	97
3.3.7	Conclusie	99
4	Op weg naar een responsieve overheid	101
4.1	Inleiding	101
4.2	Professionalisering van medewerkers	102
4.3	Versterken van werkprocessen	104
4.4	ICT-systemen en architectuur	105

* Dr. A. (Arre) Zuurmond is regeringscommissaris Informatiehuishouding. Mr. dr. M.H.A.F. (Mariette) Lokin is principal consultant bij Hooghiemstra & Partners en onderzoeker aan de VU Amsterdam en mr. G. (Trude) Mulder is zelfstandig juridisch adviseur. Zij werken beiden als juridisch adviseur in het team van de regeringscommissaris.

4.5	Heldere kaders en besturing	107
4.5.1	Inleiding	107
4.5.2	Contouren van een Algemene informatiewet	109
5	Beschouwing en conclusies	131
	Stellingen	134

I Inleiding

Zorgplichten zijn een onderwerp van alle tijden. In 1990 boog zich al een regerings-commissaris over dit thema, namelijk prof. mr. C.A.J.M. Kortmann als voorzitter van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten. Het ging hier om zorgplichten die de overheid oplegt aan burgers en bedrijven en de commissie was hierover tamelijk kritisch. Belangrijkste bezwaar was dat de algemene formulering van zorgplichten burgers onvoldoende inzicht geeft in wat ze nu wel en niet mogen of moeten.¹

De zorgplicht waar dit preadvies over gaat, is van een andere orde. Het bestuur van de VAR heeft ons gevraagd om ons licht te laten schijnen over de vraag hoe de overheid ervoor kan zorgen dat de informatie waarover zij beschikt en die voor burgers van belang kan zijn, gemakkelijk toegankelijk is. En over de vraag hoe kan worden gegarandeerd dat de overheid burgers bij beslissingen die voor hen van belang zijn, niet overvraagt en zich baseert op de juiste informatie. En wat vraagt dat van zorg voor toegankelijkheid en kwaliteit van informatiesystemen van de overheid?

Kortom, wat is de informationele zorgplicht van de overheid en hoe kan zij hieraan goed invulling geven? Om deze vraag te beantwoorden grijpen we terug op een aantal publicaties uit de periode 2015-2019 en een recent advies van de Adviescommissie openbaarheid en informatiehuishouding (ACOI), die een context schetsen voor een antwoord.

In 2015 verscheen in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht een redactioneel van medepreadviseur Michiel Scheltema met de titel *Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?*² Daarin gaat hij in op de ontwikkeling dat veel mensen onze rechtsstaat steeds meer als formeel-bureaucratisch ervaren. Alle wetgeving die waarborgen probeert te creëren ten spijt, hebben mensen de indruk dat zij vaak niet echt gezien worden door de overheid. Ze worden conform de regels van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gehoord, maar wordt er ook echt geluisterd? Ze krijgen een besluit dat volgens de regels juist is, maar ze begrijpen en ervaren dat niet als juist. Het is dan wel een juiste toepassing van het recht, maar het doet geen recht aan hun rechtsgevoel, zou je kunnen zeggen.

Scheltema omschrijft – in het verlengde van de benadering van de procedurele rechtvaardigheid – het begrip *responsieve rechtsstaat*³ als volgt: ‘Een rechtsstaat

1 Het advies zelf is online niet meer te vinden. Wel de samenvatting daarvan in het jaarverslag van de commissie over 1990-1991, Kamerstukken II 1990/91, 21800 VI, nr. 24, p. 33-36.

2 Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht (NTB) 2015/37, afl. 9, p. 287-289.

3 In het Coalitieakkoord van 7 februari 2007 geeft het kabinet-Balkenende IV aan dat de overheid meer responsief moet en wil zijn: ‘Deze tijd vraagt om een overheid die zich opstelt als

waarin de burger ervaart dat het om hem te doen is (...). In de responsieve rechtsstaat is de overheid een dienende overheid.⁴ Dat wil niet zeggen dat de burger altijd zijn zin krijgt, maar wel dat hij serieus wordt genomen en dat ook merkt. Scheltema schetst ook een belang voor de overheid om een responsieve houding aan te nemen. De samenleving wordt steeds meer kennisintensief; de overheid moet kennis waarover anderen in de samenleving beschikken, benutten om tot goede keuzes te komen. Dat lukt niet als zij zich bureaucratisch opstelt en denkt het allemaal zelf wel te weten.⁵

In 2018 en 2019 verschijnen nog twee artikelen van de hand van Scheltema over de responsieve rechtsstaat. In 2018 gaat hij in op de vraag wat de responsieve rechtsstaat betekent voor de wetgever.⁶ Heel kort samengevat komt het erop neer dat de wetgever zich veel meer moet verplaatsen in het perspectief van de burger en daarbij rekening moet houden met het feit dat dat geen eenduidig perspectief is. Het wisselt van mens tot mens en is ook nog afhankelijk van de omstandigheden: gaat het hem voor de wind, of zit het tegen? Hanteerbaarheid van de regels, afstemming op de omstandigheden van de persoon, procedurele rechtvaardigheid en het recht om een fout te maken zijn aspecten die bij het maken en toepassen van wetgeving steeds scherp op het netvlies moeten staan.

In 2019 reflecteert Scheltema nog eens op het belang van het steeds hanteren van het burgerperspectief in het overheidsoptreden.⁷ Omdat wetgeving in overwegende mate door departementale wetgevingsafdelingen wordt opgesteld, overheerst daarin vaak het intern bestuurlijke perspectief. Daarnaast zijn juristen geneigd om kwaliteit van wetgeving meer te relateren aan inpasbaarheid in het juridische systeem, dan aan de werkbaarheid voor de burger. Dat is niet als verwijt bedoeld; op het perspectief van de burger is nu eenmaal moeilijker zicht te krijgen, burgers zijn zo verschillend!

Op basis van een persoonlijke ervaring met de onhandigheid waarvan overheidsbesluitvorming soms doortrokken is, wijst Scheltema op nog een heel belangrijk aspect van de responsieve overheid: betrouwbaarheid van informatie. De burger is voor verstandig handelen vaak afhankelijk van informatie van de overheid. Daarom moet de overheid zorgen dat die informatie beschikbaar is.

Lezenswaardig is in dit licht ook het VAR-preadvies van Leo Damen uit 2018, dat Scheltema aanhaalt.⁸ De opsomming van situaties in dat preadvies waarin het misloopt in de informatiedeling tussen burger en overheid zou haast lachwekkend

een bondgenoot van de samenleving, die betrouwbaar wil zijn en die samen met burgers aan oplossingen werkt.', uit het rapport van de werkgroep Openbare internetconsultatie bij voorbereiding van regelgeving: Naar een responsieve overheid, Beginselen en minimumnormen voor openbare internetconsultatie in het departementale voorbereidingsproces van regelgeving, Den Haag, 5 juni 2007.

4 NTB 2015/37, afl. 9, p. 288.

5 NTB 2015/37, afl. 9, p. 290.

6 M. Scheltema, Wetgeving in de responsieve rechtsstaat, RegelMaat 2018/3, p. 120-131.

7 M. Scheltema, De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief, Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht 2019/24, afl. 6, p. 246-253.

8 L.J. Damen, Is de burger triple A: alert, argwanend, assertief, of raakt hij lost in translation?, Preadviezen VAR 2018, p. 9-103.

zijn als het niet zo zorgwekkend was.⁹ En dat terwijl de overheid aan haar informatieve zorgplicht op zo veel verschillende manieren kan voldoen. Zoals Scheltema terecht stelt, voegt het digitale tijdperk daar alleen nog maar extra mogelijkheden aan toe. Van Zutphen vat het in zijn preadvies in dezelfde VAR-bundel mooi samen:¹⁰

‘Als je de overheid vertrouwt, ga je zonder veel nadenken af op de juistheid van de informatie die zij je geeft. Wanneer je de systemen van de overheid vertrouwt, gebruik je deze zonder terughoudendheid. Vertrouwen heeft dus veel te maken met handelingen niet hoeven verrichten, zoals daar zijn zelf informatie verzamelen of ten minste de aangeleverde informatie controleren en zelf systemen bedenken of ten minste de overheidssystemen checken voor je ze gaat gebruiken (als dat al kan in de wereld van gedwongen digitale communicatie en kanaaldwang). Mijn verhaal gaat dus over handelingen die je in het verkeer met de overheid niet hoeft te verrichten, omdat je de overheid vertrouwt, maar bij nader inzien beter wel had kunnen verrichten, omdat het vertrouwen misplaatst bleek te zijn. Het is in verband met vertrouwen ook niet onbelangrijk welk beeld “de overheid” heeft van de burger. Vertrouwt de overheid de burger of ziet zij hem als iemand die iedere kans tot fraude of misbruik voor eigen gewin aangrijpt?’

Op 19 januari 2023 bracht het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding (ACOI), ingesteld in de Wet open overheid (Woo), zijn eerste advies uit over het beheren en bewaren van chatberichten bij de overheid. Het ACOI gaat in op het belang van openbaarheid van overheidsinformatie en de zorgplicht die daarbij geldt voor de overheid. Ook hierin klinkt de gewenste responsiviteit door.¹¹

‘Over de functie van openbaarheid in de democratie is veel geschreven.* Samengevat kunnen de belangrijkste redenen om iedereen het recht te geven op toegang tot overheidsinformatie als volgt beschreven worden:

1. Burgers zicht geven op afwegingen en keuzes van de overheid en op effecten van beleid en uitvoering, zodat zij de overheid kunnen controleren en ter verantwoording kunnen roepen.
2. Burgers de kans geven om zelf initiatieven te nemen, problemen aan te kaarten, te participeren in de samenleving, zo nodig hun recht te halen en in het stemlokaal geïnformeerd te kiezen.
3. Voorwaarden bieden voor vrije en onafhankelijke nieuwsgaring door de media en de controlefunctie die de journalistiek vervult in de democratie.

9 Zie met name hoofdstuk 3 (p. 21-34) met onder meer de stories van de niet-nieuwsgierige Russische student, de niet-alerte woonbootbewoner en de Wajongster die door gebrekkige informatieverschaffing of -deling ongewild in de fout gaan en ook door de rechter niet echt geholpen worden.

10 R. van Zutphen, Zoals de waard is, vertrouwt hij zijn gasten, Preadviezen VAR 2018, p. 221-249. Citaat op p. 223, https://verenigingbestuursrecht.nl/wp-content/uploads/2019/05/9789462905023_WEB_original.pdf.

11 ACOI, ‘Kan dit weg?’ - ‘Nee’, Advies over het beheren en bewaren van chatberichten bij de overheid, p. 15-16 (Advies (acoi.nl)).

4. Bijdragen aan goed openbaar bestuur; openbare verantwoording bevordert immers integriteit in eigen gelederen, de kwaliteit van beleid én het vermogen om te leren van wat goed of fout is gegaan.
 5. Los van het democratische belang, levert de publicatie van open overheidsdata een bijdrage aan technologische innovatie en economische groei.
- * Zie bijvoorbeeld ROB, Gij zult openbaar maken 2012, Daalder 2015 en Buijze e.a. 2022.'

Over de zorgplicht van de overheid ten aanzien van informatie schrijft het ACOI:¹²

‘Het recht van burgers op toegang tot overheidsinformatie wordt geschraagd door de zorgplicht van de overheid om informatie zorgvuldig te beheren. Deze zorgplicht staat in artikel 2.4, eerste lid van de Woo en verwijst naar artikel 3 van de Archiefwet 1995, waarin de goede, geordende en toegankelijke staat alsmede de vernietiging van documenten wordt behandeld.’

Uit de aangehaalde stukken komt naar voren dat een responsieve rechtsstaat niet kan bestaan zonder een *responsieve overheid*. Er komen wat ons betreft twee essentiële elementen van een responsieve overheid uit naar voren, namelijk informatie en vertrouwen. Een responsieve overheid is een overheid die naast haar burgers gaat staan in plaats van *tegenover* hen. Zij beschikt over informatie om mensen te helpen en zet die ook daarvoor in, zorgt dat ze erop kunnen vertrouwen dat ze krijgen waar ze recht op hebben, en laat zich tegelijkertijd niet voor de gek houden. Daarnaast stelt een responsieve overheid mensen in staat om zich geïnformeerd – al dan niet door tussenkomst van de media – een mening te vormen over beleidsvorming en te participeren in besluitvorming.

De overheid kan alleen responsief zijn als haar informatiehuishouding op orde is. De staat van de informatiehuishouding kan gezien worden als de bloedspiegel van een mens. Als de bloedwaarden in orde zijn, dan is het lichaam gezond. Als informatiespiegel niet in orde is, dan is de overheid niet gezond en kan zij geen *public value*¹³ leveren. De informatiele zorgplicht van de overheid richt zich daarom óók op het op orde krijgen van die informatiehuishouding, die in de afgelopen decennia in het slop is geraakt.

In dit preadvies gaan we achtereenvolgens in op wat we onder informatiehuishouding verstaan (hoofdstuk 2), de punten waarop de huidige informatiehuishouding tekortschiet en de gevolgen daarvan (hoofdstuk 3) en op maatregelen om deze op orde te krijgen (hoofdstuk 4). Hoofdstuk 5 bevat een slotbeschouwing.

¹² ACOI-advies, p. 18.

¹³ Moore, M. (1995). *Creating Public Value – Strategic Management in Government*. Cambridge: Harvard University Press. *Public value* vormt de tegenhanger van *stakeholder value* in de private sector.

2 Wat is informatiehuishouding?

2.1 Definities van informatiehuishouding

Het begrip *informatiehuishouding* kent veel omschrijvingen. Voor we daarop ingaan, is het goed om het concept *informatie* zelf en aanpalende concepten te verduidelijken; dat doen we aan de hand van een voorbeeld.

CF₄ is een reeks symbolen, letters en cijfers.

Als we erbij vermelden dat deze reeks de chemische aanduiding van freon is, is dit een *gegeven*.

Als we weten dat freon in de industrie wordt gebruikt in koelinstallaties, is dat *informatie*.

Als we weten dat freonkoelinstallaties bij brand niet ontploffen, maar ammoniakkoelinstallaties wel en dat je in het eerste geval de ruimte waar brand is, kunt binnengaan en blussen en in het tweede geval niet, dan is dat *kennis*.

Als je weet wat je moet doen als je hoort dat in de woning naast de koelinstallatie een gezin slaapt en dat de installatie waarschijnlijk nog vijf minuten veilig is, is dat *wijsheid*.

Informatie betreft altijd gegevens in een context die betekenis geeft aan die gegevens. Een overheid kan niet zonder informatie om beleid te maken, uit te voeren en om daaruit kennis te genereren om beleid bij te stellen en weer tot uitvoering te brengen. De informatiehuishouding is het fundament voor deze cyclus, zij het dat zich altijd situaties kunnen voordoen waarin informatie of kennis tekortschieten; in dat geval is wijsheid nodig om de juiste beslissingen te nemen.¹⁴

De Algemene Rekenkamer bracht in 2010 een achtergrondonderzoek uit naar de informatiehuishouding van de overheid. Daarin wordt de volgende omschrijving gehanteerd:

‘het totaal aan regels en voorzieningen gericht op de informatiestromen en op de opslag en/of archivering van informatie. De informatiehuishouding ondersteunt bedrijfsprocessen van organisaties en waarborgt democratische, juridische en

¹⁴ Zoals minister-president Rutte het verwoordde in de persconferentie over de coronamaatregelen op 12 maart 2020: ‘Feit is dat je in een crisis als deze met 50% van de kennis 100% van de besluiten moet nemen en de gevolgen daarvan dus ook moet dragen’ (letterlijke tekst persconferentie minister-president Rutte en minister Bruins naar aanleiding van de maatregelen tegen verspreiding coronavirus in Nederland | Mediatekst | Rijksoverheid.nl).

historische waarden. Daarbij denken wij onder meer aan beleidsvorming en verantwoording, transparantie, de belangen van recht- en bewijszoekenden en aan het behoud van cultureel erfgoed.¹⁵

De Nederlandse Overheidsreferentiearchitectuur (NORA) hanteert een vergelijkbare definitie, namelijk 'het totaal aan regels en voorzieningen gericht op de informatiestromen en -opslag of archivering ter ondersteuning van de primaire processen'.¹⁶ Op de website van het Rijksprogramma duurzaam digitale informatiehuishouding (RDDI) staat:

'De informatiehuishouding omvat de opslag, het beheer en de verstrekking van gegevens binnen een organisatie. Die gegevens kunnen variëren van brieven en e-mails tot foto's, video's, illustraties en zelfs een bierviltje met afspraken'.¹⁷

De meest actuele en omvattende omschrijving is te vinden in het Actieplan Open op Orde. Hierin komen de elementen uit de genoemde definities samen:

'Het totaal aan regels, voorzieningen, activiteiten en processen gericht op de informatie-stromen en op het beheer van informatie. De informatiehuishouding ondersteunt de primaire processen van overheidsorganisaties en waarborgt democratische, juridische en historische waarden. Om dat tweeledige doel van ondersteunen en waarborgen te bereiken moet een informatiehuishouding zo worden ingericht dat (digitale) informatie die nodig is om het handelen van overheidsorganisaties te kunnen reconstrueren van meet af aan, maar ook na verloop van tijd duurzaam toegankelijk is en blijft. Dit geldt vanaf het moment van creatie tot het moment dat de informatie niet meer nodig is, ook niet als cultureel erfgoed'.¹⁸

Hoewel digitalisering alomtegenwoordig is, denken veel mensen bij informatiehuishouding nog aan documenten in mappen in archiefkasten. Van oudsher werd het begrip met name gebruikt voor de documentaire informatievoorziening (DIV), ofwel 'het beheren, archiveren, registreren en beschikbaar stellen van documenten binnen een organisatie'.¹⁹ Hierbij gaat het om zogenoemde ongestructureerde informatie, opgenomen in tekstbestanden. Informatiehuishouding wordt dan onderscheiden van de *gegevenshuishouding*, die betrekking heeft op gestructureerde informatie, opgenomen in databases waarin ieder gevuld veld een vaste notatiewijze en betekenis heeft. De structurering van de gegevens maakt het mogelijk relaties te leggen en te rekenen of redeneren met de gegevens. Het onderscheid informatie- en gegevenshuishouding zien we bijvoorbeeld bij het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV), waar dit wordt beschreven als:²⁰

15 Kamerstukken II 2009/10, 32307, nr. 2, p. 3.

16 www.noraonline.nl/wiki/Informatiehuishouding.

17 www.informatiehuishouding.nl/over-informatiehuishouding.

18 Kamerstukken II 2020/21, 29362, nr. 291 (bijlage), p. 9.

19 https://nl.wikipedia.org/wiki/Documentaire_Informatie_Voorziening.

20 Interne handleiding uitvoeringstoets, niet gepubliceerd.

‘Informatiehuishouding: het geheel van mensen, toegepaste (wettelijke) regels, middelen, methoden en processen gericht op het duurzaam toegankelijk maken en houden van informatie en gegevens voor de eigen bedrijfsvoering, interne en externe verantwoording en het maatschappelijk geheugen.

Gegevenshuishouding: het geheel aan bedrijfsgegevens, inclusief de bijbehorende taken zoals verwerven, vastleggen, toegankelijk maken, beheren en verstrekken.’

Met name grote uitvoeringsorganisaties hebben voor hun massale processen omvangrijke administraties waarin gegevens zijn opgenomen over burgers en bedrijven, die zij gebruiken bij het geautomatiseerd nemen van besluiten. Denk aan de vooringevulde aangifte inkomstenbelasting bij de Belastingdienst of de polisadministratie bij het UWV. De Belastingdienst beschouwt deze gegevenshuishouding als onderdeel van de informatiehuishouding, getuige de omschrijving in het Actieplan Belastingdienst Informatie op orde 2021-2026.²¹

‘De scope (...) is de volle breedte van de Informatiehuishouding van de Belastingdienst. Dat gaat over de volledige en integrale vastlegging en vindbaarheid van besluiten, individueel of beleidsmatig, en de bijbehorende context met het historisch perspectief. Dat kan op basis van:

1. Datasets – intern extern betrokken gestructureerde datasets (tabellen).
2. Documenten – intern extern betrokken documenten.
3. Belastingssystemen – beslisregels en vastlegging in databases systeemlogica algoritmen.
4. Communicatie – betrokken berichten intern extern van alle kanalen.
5. Metadatering van alle betrokken informatie voor o.a. classificatie samenhang en vindbaarheid.

Informatiehuishouding is ook informatiebeheer: de ontvangst, het beschikbaar stellen en het tijdig vernietigen van deze gegevens conform vigerende wet- en regelgeving.’

Informatiehuishouding wordt soms in één adem genoemd met *informatievoorziening*. Dit begrip wordt in artikel 1 onder m Besluit CIO-stelsel Rijksdienst²² omschreven als: ‘het geheel van mensen, middelen, informatiesystemen en maatregelen, gericht op de informatiebehoefte van een organisatie’. De informatiehuishouding maakt in deze omschrijving onderdeel uit van de informatievoorziening. Het onderscheid is dan dat de huishouding gericht is op wat beschikbaar is en wordt gehouden, en de informatievoorziening op wat intern en extern wordt uitgewisseld voor het vervullen van de taken van de organisatie. Je zou de informatiehuishouding de *mise en place* kunnen noemen: het zodanig klaarzetten van alle relevante informatie, dat

21 Zie <https://open.overheid.nl/repository/ronl-a436df43c2db9e5ba8791d43ffa60coar18a24b66/1/pdf/actieplan-en-nulmeting-open-op-orde-financien-1.pdf>, bijlage 5, p. 16. Niettemin lijken de werkpakketten met name gericht op de ‘traditionele’ informatiehuishouding; concrete projecten op het gebied van (gestructureerde) gegevens komen daarin niet terug. De Belastingdienst heeft hiervoor echter ook een programma lopen (zie hierover PowerPoint-presentatie (pleio.nl).

22 Besluit CIO-stelsel Rijksdienst 2021 (Stcrt. 2020, 62488), inwtr. 1 januari 2021.

die adequaat beschikbaar is voor alle onderscheiden functies. Informatievoorziening is dan het ontsluiten van die informatie voor feitelijk gebruik. In de keukenmetafoor: het bereiden en opdienen van het gerecht.

Tot zover het theoretische (met name juridische) kader rond de informatiehuishouding. Om het begrip meer kleuring te geven, wordt in de volgende paragraaf een aantal concrete voorbeelden gegeven van (onderdelen van) de informatiehuishouding van de overheid.

2.2 Informatiehuishouding in de praktijk

Documenten

Brieven, klachten, bezwaren van burgers en bedrijven komen bij de overheid nog vaak op papier binnen. Deze brieven worden in het algemeen gescand en als pdf opgenomen in een systeem voor *documentmanagement* en *workflow*. In het eerste wordt het document ter behandeling opgeslagen, het tweede bepaalt de interne route die een reactie op het document aflegt voor dit bij de geadresseerde terechtkomt. Deze twee functies zijn vaak in één applicatie verenigd, maar dat is geen regel.

Gegevens in een administratie/registratie

In 2008 is het kentekenregister in de Wegenverkeerswet formeel²³ aangewezen als basisregistratie voor voertuigen. De Dienst Wegverkeer (RDW) is houder van deze registratie, waarin voertuiggegevens en gegevens over de eigenaar c.q. houder van het kenteken zijn opgenomen. De RDW heeft de taak om deze gegevens te verstrekken aan andere overheidsorganisaties, voor het uitvoeren van hun taken. Dat kan de Belastingdienst zijn, voor het vaststellen van de motorrijtuigenbelasting die betaald moet worden, en om te bepalen of daar ook een fijnstoftoeslag bij moet worden opgelegd. Het kan ook de politie zijn, die kentekens van voertuigen op de weg verzamelt via snelheidscamera's en met de gegevens uit het kentekenregister kan zorgen dat een boete wordt opgelegd en dat deze wordt geïnd door het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB).

Gegevens in een portaal

Op MijnOverheid kunnen burgers inzien welke gegevens verschillende overheidsorganisaties over hen hebben. Het onderdeel Persoonlijke Gegevens geeft inzicht in onder meer de gegevens in de Basisregistratie Personen (BRP) (inschrijving bij de gemeente, waaronder (woon)adres en relatiegegevens, en met wie deze worden gedeeld vanuit de BRP), de Basisregistratie Inkomens (het inkomensgegeven zoals vastgesteld door de belastinginspecteur op de aanslag inkomstenbelasting), de Polisadministratie (loon en dienstbetrekking zoals bekend bij het UWV), het

²³ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wegenverkeerswet werd aangegeven dat het kentekenregister dat door de RDW sinds jaar en dag werd gehouden, in feite al fungeerde als een basisregister. De wettelijke aanwijzing als basisregistratie gaf invulling aan de eisen die aan basisregistraties werden gesteld waardoor het een officieel onderdeel werd van het stelsel van basisregistraties (zie Kamerstukken II 2007/08, 31219, nr. 3, p. 1-2).

Pensioenregister (gegevens over pensioen (AOW en pensioenfonds)), het Donorregister (beschikbaarstelling van organen voor donatie), het Kadaster (eigendomsgegevens woning en ander vastgoed). Deze gegevens worden (nog) niet alle in MijnOverheid zelf ontsloten; soms moet worden ingelogd op de website van de desbetreffende organisatie. Verdere integratie vereist een volgende stap in doorontwikkeling van de informatiehuishouding bij de aangesloten organisaties.

Documenten en gegevens in een ketenproces

Artsen maken bij overlijden van een persoon in Nederland een A-verklaring (de verklaring van overlijden) en een B-verklaring (de doodsoorzaakverklaring) op. De ambtenaar van de burgerlijke stand in de gemeente waar de persoon is overleden, ontvangt de A- en B-verklaring van de arts (al dan niet via de uitvaartondernemer). Op grond van de A-verklaring registreert de ambtenaar van de burgerlijke stand het overlijden en maakt hij een akte van overlijden op die aan de familie wordt verstrekt. Op de B-verklaring, die hij in een gesloten envelop bij de A-verklaring ontvangt, zet hij het nummer van de akte van overlijden, en hij stuurt de B-verklaring vervolgens (ongepend) door naar de medisch ambtenaar van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS).²⁴ Het CBS registreert de doodsoorzaken ten behoeve van statistieken. Deze wat omslachtige procedure was nodig vanwege de EU-rechtelijke eisen aan de gegevens die het CBS moet registreren voor de statistieken over doodsoorzaken, en vanwege het uitdrukkelijke vormvoorschrift (gesloten envelop) in de Wet op de lijkbezorging.

Inmiddels is de Wet op de lijkbezorging gewijzigd en kan de B-verklaring sinds begin 2022 ook digitaal worden ingediend bij het CBS. Hier zijn dus *regels en voorzieningen gericht op de informatiestromen* aangepast om de informatiehuishouding in te richten op basis van de mogelijkheden die digitalisering biedt. Als alle artsen van deze mogelijkheid gebruik zouden maken, zouden de doodsoorzaken niet alleen beduidend sneller, geaggregeerd, bekend kunnen zijn, het zou ook flink wat arbeidskracht schelen.

Niet primair ICT maar organisatie

Hoewel digitale voorzieningen belangrijk zijn om informatie te beheren, te laten stromen en toegankelijk te maken, is informatiehuishouding in de eerste plaats een kwestie van organisatie. Wat betekenen gegevens in hun (wettelijke) context, zijn ze zonder meer herbruikbaar in een andere context, welke eisen gelden of welke (aanvullende) afspraken zijn nodig om ze te delen? Op deze punten heeft de overheid nog een wereld te winnen om responsief te worden en te blijven. Hierna worden enkele hiaten of gebreken in de informatiehuishouding geschetst, als opmaat naar oplossingen voor de transformatie naar een responsieve overheid in hoofdstuk 4.

²⁴ Art. 12a Wet op de lijkbezorging.

3 Gebreken in de informatie-huishouding: oorzaken en gevolgen

3.1 Inleiding

De informatiehuishouding van de overheid is geregeld negatief in het nieuws. Het beeld is dat de overheid steeds minder in staat is om (op tijd) gevraagde informatie op te leveren, of dat nu direct aan burgers en bedrijven is, of aan het parlement voor het kunnen uitoefenen van democratische controle. Illustratief is de beschouwing van de Raad van State in zijn advies over ministeriële verantwoordelijkheid:²⁵

‘Voor een effectieve werking van de ministeriële verantwoordelijkheid is essentieel dat de Kamers correct en tijdig door de bewindslieden worden geïnformeerd. Daar valt nog veel te verbeteren. De informatiehuishouding binnen de overheid blijkt, ook door reorganisaties en bezuinigingen in het verleden, maar evenzeer door onvoldoende prioriteit voor het prozaïsche werk van archiveren en administreren, lang niet altijd op orde. De overheid blijkt daardoor vaak niet of maar moeizaam te voldoen aan de sterkere roep om openbaarheid vanuit de samenleving en vanuit het parlement. Het naar boven halen en selecteren van de relevante informatie kost daarbij ook tijd, geld en menskracht. Vaak wordt er te gemakkelijk van uitgegaan dat informatie te allen tijde en onmiddellijk beschikbaar kan zijn. De werkelijkheid is gecompliceerder.’

De Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (Inspectie O&E) heeft de afgelopen jaren regelmatig onderzoek gedaan naar incidenten rond dossiervorming en archivering. Voorbeelden zijn onderzoeken naar het kwijtraken van het (straf)dossier van de atoomgeleerde Khan,²⁶ van essentiële documenten in de zaak Cees H. (beter bekend als de bonnetjesaffaire)²⁷ en van informatie van het Directeuren Overleg Alcohol.²⁸ Ook naar de informatiehuishouding van Toeslagen is onderzoek gedaan, in het verlengde van de kwestie rond de kinderopvangtoeslag.²⁹ In diverse rapporten van de Inspectie O&E wordt geconstateerd dat de verantwoordelijkheden in

25 www.raadvanstate.nl/@121354/w04-20-0135.

26 Handelingen II 2005/06, nr. 41, p. 2719-2735.

27 www.inspectie-oe.nl/toezichtvelden/overheidsinformatie/publicaties/rapport/2015/12/09/de-waarde-van-archieff.

28 www.inspectie-oe.nl/toezichtvelden/overheidsinformatie/publicaties/rapport/2018/7/04/rapport-archivering-van-informatie-van-het-doa.

29 Rapport De informatiehuishouding van Toeslagen | Rapport | Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (inspectie-oe.nl).

samenwerkingsverbanden en ketens niet altijd helder zijn vastgesteld. Met andere woorden: de informatiehuishouding is niet op orde. In dit hoofdstuk gaan we in op de oorzaken van het achterop raken van informatiehuishouding en schetsen we aan de hand van concrete voorbeelden de ongewenste gevolgen. Samengevat leidt de staat van informatiehuishouding ertoe dat de overheid haar informationele zorgplicht op dit moment nog duidelijk niet kan nakomen.

3.2 Oorzaken van een achteropgeraakte informatiehuishouding

Nog niet eens zo lang geleden was de informatiehuishouding van de overheid voornamelijk analoog, ofwel van papier. Ze bestond uit nota's, brieven, regelingen en rapporten waarvan (behalve een enkele doorslag op carbonpapier) één versie beschikbaar was. Deze documenten werden beheerd in één systeem en door één organisatie en werden na waardering en selectie fysiek verplaatst naar een archiefbewaarplaats. Ieder overheidsorgaan was verantwoordelijk voor zijn eigen informatiehuishouding.³⁰ Eind jaren vijftig komt de eerste computer naar Nederland en in de jaren zestig en zeventig groeit dat aantal gestaag. Waar eerst werd gesproken over automatisering, zien we vanaf eind jaren tachtig de term digitalisering opkomen. Met automatisering wordt het oude werk in een nieuw en sneller jasje gestoken, met digitalisering wordt het werk radicaal opnieuw ontworpen en ingericht. De komst van het internet heeft tot een stroomversnelling in de digitalisering geleid, hoewel het automatiseringsparadigma nog niet helemaal verlaten was. Dat kunnen we aanduiden als het 'koets met hulpmotor'-syndroom: de eerste jaren dat een nieuwe technologie haar intrede doet in een samenleving, krijgt die nieuwe technologie de vorm van de oude artefacten. Daardoor leken auto's tientallen jaren nog verdacht veel op koetsen, compleet met een chauffeur die als een koetsier op de bok zat en alleen zijn teugels had ingeruild voor een stuur. Het kost samenleving en overheid tijd om bestaande voorzieningen en processen radicaal te 'herdenken' en opnieuw te ontwerpen.³¹

Digitalisering heeft twee kenmerkende aspecten. Het eerste is de *transformatieve* kracht die ervan uitgaat.³² Papier kan maar op één manier worden geordend, de moleculen waaruit het papier bestaat, leveren een feitelijke belemmering op om informatie te laten stromen. Bij digitale informatie is dit wezenlijk anders, die ligt letterlijk niet meer vast.

Het tweede kenmerkende aspect van digitalisering, de *horizontalisering* die ermee gepaard gaat, vloeit hieruit voort: autonome organisaties kunnen steeds gemakkelijker in ketens en netwerken samenwerken doordat informatie veel breder

³⁰ Zie ook Algemene Rekenkamer, De informatiehuishouding van de overheid, 2010, p. 13.

³¹ Dit dwingt ook om op een veel fundamenteeler niveau na te denken over mens en maatschappij. De TeldersStichting heeft daarom een studie verricht naar de betekenis van liberale waarden in een digitale maatschappij. TeldersStichting Geschriften nr. 132: Digitalisering en liberale kernwaarden, vrijheid door grenzen te stellen in de digitale wereld.

³² Zie Meesters, M. en Zuurmond, A., The transformation of government organisations; a theoretical and empirical exploration, 2008, Centre for Government Studies, Leiden (University Campus The Hague).

beschikbaar is en schier eindeloos gereproduceerd kan worden. Daarmee dient *big data* zich aan, en met de komst van *artificial intelligence* gaat dit in de overtreffende trap. Digitalisering heeft dus grote invloed op de manier waarop bij de overheid met documenten en gegevens moet worden omgegaan, maar dat heeft zich nog onvoldoende omgezet in échte vernieuwing van de informatiehuishouding.

De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) constateert in het rapport *iOverheid* uit 2011 dat een *iOverheid* niet langer denkt in termen van techniek als het gaat om haar verantwoordelijkheid op ICT-gebied. Het gaat vooral om de vele informatiestromen die de ICT mogelijk heeft gemaakt, en om de maatschappelijke en beleidsmatige gevolgen daarvan. Een bewuste *iOverheid* investeert in procedures om transparantie en accountability te verbeteren. De WRR bepleit in het rapport om het besef 'een *iOverheid* te zijn' te verankeren en doet een reeks inhoudelijke en institutionele aanbevelingen om de noodzakelijke paradigma-wisseling van *eOverheid* naar *iOverheid* in goede banen te leiden.³³

De Algemene Rekenkamer signaleert in 2010 een *informatieparadox*. Deze houdt in dat:

'... er steeds meer informatie is, en de mogelijkheden om informatie te creëren en te ontsluiten nemen ook steeds toe. Daarmee neemt de verwachting dat informatie dus beschikbaar is ook toe, net als de neiging om informatie te willen beheersen. Omdat de hoeveelheid informatie echter sterk toeneemt en de informatie een steeds vluchtiger karakter krijgt, wordt het steeds moeilijker informatie toegankelijk en transparant te houden.'³⁴

De Algemene Rekenkamer constateert ook dat mensen in het bedrijfsproces zich doorgaans weinig geroepen lijken te voelen om de informatie waar zij zelf mee werken toegankelijk te maken voor anderen. Hun belang is met name dat ze hun eigen informatie kunnen terugvinden. Ook is er een gebrekkig gevoel van urgentie, waardoor initiatieven om het informatiebeheer op orde te brengen veelbelovend van start gaan, maar na verloop van tijd doodbloeden. Er wordt wel aan problemen gewerkt, maar ze komen niet tot een oplossing.³⁵ Dat komt ook door een stelselmatige overschatting van de bijdrage van technologische oplossingen aan het probleem, terwijl de hoeveelheid tijd, geld en menskracht die de daadwerkelijke realisatie van ICT-projecten vergt, juist vaak wordt onderschat.³⁶ De Beleidsnota informatievoorziening in de openbare sector (BIOS) uit 1988 signaleerde dit laatste al. Ook werd daarin geconstateerd dat informatievoorziening nog te veel geïsoleerd van andere middelen van bestuur, zoals financiën, personeel en

33 WRR-rapport nr. 86: *iOverheid*, Amsterdam 2011, www.wrr.nl/publicaties/rapporten/2011/03/15/ioverheid.

34 Algemene Rekenkamer, *De informatiehuishouding van de overheid*, 2010, p. 14.

35 Het Rekenkamerrapport bevat een mooi overzicht van rapporten en projecten uit de periode 1988-2009 dat dit illustreert (p. 22-25).

36 Algemene Rekenkamer 2010, p. 5-6.

organisatie werd gezien, en dat gebrek aan sturing, standaarden en verbinding met het wetgevingsproces in de weg stonden aan een adequate inrichting van de informatievoorziening.³⁷

Een aantal van deze zaken merkte de Rijksarchiefinspectie (inmiddels opgegaan in de Inspectie O&E) al op in 2005, in een rapport onder de veelzeggende titel ‘Een dementerende overheid?’.³⁸ De inspectie wees op gebrek aan overzicht over informatie, doordat informatie op persoonlijke en gezamenlijke schijven en in databases en applicaties wordt beheerd, buiten de beheersafspraken om.³⁹ Daarbij kwam volgens de inspectie een gebrek aan professionaliteit bij (vooral kleinere) organisaties om problemen met archiefbeheer op te lossen of soms zelfs maar te onderkennen.⁴⁰ Het ontlokt de inspectie de weinig geruststellende uitspraak dat incidenten over digitale informatie die in de afgelopen jaren de media hebben gehaald geen incidenten zijn, maar onderdeel uitmaken van een structureel probleem.⁴¹

In 2021 heeft de Inspectie O&E het onderzoek naar de informatiehuishouding herhaald, met als resultaat het rapport ‘Een dementerende overheid 2.0?’. In dat rapport vat de inspectie de problematiek treffend samen:⁴²

‘Er zijn veel oorzaken aan te wijzen voor de gebrekkige duurzame toegankelijkheid van overheidsinformatie. Overheidsinformatie is ook geen eenheidsworst en doet zich dan ook in veel gedaantes voor. De Inspectie ziet een onderschatting van het belang van de duurzame toegankelijkheid van overheidsinformatie bij bestuurders en topambtenaren. Dit gaat gepaard met een gebrek aan visie en met het ontbreken van een integrale aanpak. Binnen de overheid neemt de kennis over het beheren van informatie af. Er wordt vaak gewerkt met verouderde ICT, terwijl misplaatst techno-optimisme overheerst. De verantwoordelijkheden zijn vaak onduidelijk geregeld. En de wet- en regelgeving over overheidsinformatie is in diverse wet- en regelgeving ondergebracht en levert soms onderlinge spanningen op.’

Kortom: de overheid lijkt haar koets met hulpmotorsyndroom nog lang niet kwijt. De manier waarop gewerkt wordt of zou moeten worden, is veranderd, maar de processen en de ondersteuning hebben hiermee geen gelijke tred gehouden, zodat een goed antwoord ontbreekt op de informatierevolutie die zich heeft voltrokken en nog steeds voltrekt.

Een extra complicerende factor is de toegenomen aandacht voor privacy en voor bescherming van persoonsgegevens als onderdeel daarvan. Hoewel in de jaren tachtig de Wet persoonsregistraties tot stand kwam (met de Registratiekamer als

37 Kamerstukken II 1987/88, 20644, nrs. 1-2, p. 9.

38 Een dementerende overheid? | Rapport | Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (inspectie-oe.nl).

39 Een dementerende overheid?, p. 5.

40 Een dementerende overheid?, p. 25.

41 Een dementerende overheid?, p. 6.

42 Een dementerende overheid 2.0? | Publicatie | Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (inspectie-oe.nl), p. 4.

toezichthouder) en in 2001 de Wet bescherming persoonsgegevens (als implementatie van de EU-richtlijn voor bescherming van persoonsgegevens uit 1995, met het College bescherming persoonsgegevens als toezichthouder) staat bescherming van persoonsgegevens sinds de invoering van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) in 2018 en de introductie van stevige handhavingsinstrumenten voor de Autoriteit persoonsgegevens (AP) pas écht in het middelpunt van de belangstelling. Het toegenomen gebruik van internet en met name sociale media in de samenleving heeft daar ook aan bijgedragen, vanwege de ongebreidelde datahonger van techreuzen die daarmee gepaard gaat. Dit, gevoegd bij een aantal kwesties bij de overheid van onrechtmatig of minimaal ongelukkig gebruik van gegevens, heeft geleid tot grote terughoudendheid bij het delen van gegevens en soms langdurige juridische discussies daarover. De sturing en samenwerking binnen de overheid zijn niet ingericht op het doorbreken van impasses op dat gebied.

Dit alles heeft gevolgen voor de mate waarin de overheid aan haar informationele zorgplicht kan voldoen en responsief kan zijn. In de volgende paragraaf worden daarvan enkele voorbeelden gegeven.

3.3 Gevolgen van een achteropgeraakte informatiehuishouding

3.3.1 Energiesubsidies: hoe komt het geld waar het zijn moet?

Een recent voorbeeld van het niet voldoen van de informatiehuishouding van de overheid voor het realiseren van beleidsdoelen is de discussie over de compensatie van energiekosten voor huishoudens. Als vaststaat dat de overheid compensatie wil geven voor de hard gestegen energieprijzen en het geld is geregeld, dan moet bepaald worden hoe het zo ingericht kan worden dat het geld terecht komt bij de huishoudens die dit echt nodig hebben. Er is in Nederland geen actueel, op huishoudenniveau georganiseerd informatiebeeld van het energieverbruik, de gezinssituatie én de inkomenspositie. De administratie van het verbruik berust bij de energiebedrijven en er is geen kant en klare juridische basis om die gegevens aan de overheid te leveren. Het omgekeerde geldt voor het kunnen verstrekken van inkomensgegevens door de overheid aan de energiebedrijven. Dit heeft tot gevolg dat de beschikbare informatie niet precies genoeg is en dat – in elk geval in 2022 en 2023 – ook mensen compensatie krijgen die het financieel niet nodig hebben. Bezien wordt of de compensatieregelingen voor 2024 zo vormgegeven kunnen worden dat dit effect wordt voorkomen, door de informatiestroom van energiebedrijven naar overheid of andersom te regelen en in te richten. Dat geen adequate informatiepositie beschikbaar is, is namelijk in twee opzichten ongewenst: het geld komt niet terecht bij de mensen die het nodig hebben, maar het leidt ook tot hogere uitgaven, die de overheid op lange termijn moeilijk kan dragen.

3.3.2 Kinderopvangtoeslag: een stapeling van gegevensproblemen

In de kinderopvangtoeslagaffaire werd het gebrek in de informatiehuishouding van de overheid op verschillende manieren en op verschillende plaatsen uiterst pijnlijk duidelijk.

De Tweede Kamer kon lang niet alle documenten krijgen die zij voor haar functie nodig had. De notitie-Palmen was daarin het meest zichtbaar. Niet alleen kon men lange tijd niet zien dat dat document bestond, maar toen het uiteindelijk boven

tafel kwam, kon men niet vaststellen wie allemaal dat document gelezen had, of wie naar aanleiding van dat document iets besloten had. Duidelijk was dat het documentmanagement niet op orde was.

Maar al eerder, eigenlijk al van af de invoering van toeslagen in 2006, waren de gegevens niet op orde. Het grote aantal terugvorderingen dat plaatsvond bij de kinderopvangtoeslag werd veroorzaakt doordat de inkomensgegevens pas gemiddeld drie maanden na betaling van dat inkomen voor de uitvoering van het toeslagenbeleid beschikbaar kwamen. Omdat de Tweede Kamer had aangedrongen op snelle betaling, werd aan ouders een schatting gevraagd, die dan achteraf, door middel van terugvorderingen, gecorrigeerd moest worden. De Belastingdienst beschikte zelf niet over de meest actuele inkomensgegevens.

Ook kon men beleidsmatig niet zien, door het ontbreken van een adequate kennisfunctie bij de overheid, dat er heel veel terugvorderingen waren van ongekende hoogte, die vele gezinnen in de problemen brachten. Enerzijds kwam dit doordat de gegevens over schulden per (overheids)organisatie worden geregistreerd en er geen totaaloverzicht is (laat staan een overheidsbreed sociaal incassobeleid). Anderzijds omdat kennisorganisaties niet in staat zijn om de cascade van gevolgen, nadat iemand bij de Belastingdienst zware terugvorderingen heeft gekregen, te reconstrueren. Met andere woorden: de informatiehuishouding stelt ons in dit concrete geval niet in staat om te zien dat een zeer strikte terugvordering leidt tot huisuitzetting en het afpakken van een auto, wat dan weer werkloosheid veroorzaakt en toenemende psychische problematiek, uiteindelijk leidend tot de uithuisplaatsing van kinderen. Een dergelijke cascade is 'onzichtbaar', omdat de informatiehuishouding verkokerd is en per materiegebied geordende, waardoor diachrone beelden niet te maken zijn. De privacyregels versterken deze ordening en maken de overheid bij de uitvoering van beleid 'stekeblind'.⁴³

De Parlementaire Onderzoekingscommissie Kinderopvangtoeslagen oordeelde hard over de stand van de informatiehuishouding bij het Rijk:

'Achter de gebrekkige informatievoorziening gaat een tekortschietende informatiehuishouding schuil. Bij alle ministeries waar de commissie onderzoek van enige omvang heeft verricht, bleek de informatiehuishouding onvoldoende op orde te zijn. Aangezien zij niet de eerste onderzoekscommissie is die op een gebrekkige informatievoorziening bij ministeries wijst, vreest zij dat dit een hardnekkig probleem is bij de Rijksoverheid.'⁴⁴

3.3.3 Een vals kenteken

Op 18 september 2019 werd Derk Wiersum – advocaat van een kroongetuige in het zogenoemde Marengoproces – in de buurt van zijn woning in Buitenveldert om het leven gebracht. Een week voor deze liquidatie kreeg een politieagent van het

43 Zie podcast 'Stuurloos', Gustav Bessems, in gesprek met A.J. Kruijer, 'Wie problemen probeert te fiksen, snapt ze beter', <https://open.spotify.com/episode/oxsK6BAfco1EJBbImQoGq5?si=Z7Wi5M7URYCDjh9DeZFqGA>.

44 www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf.

Team Externe Dynamische Samenwerking een Renault Megane in het vizier, die – naar later zou blijken – werd gebruikt voor voorverkenningen voor de liquidatie. Omdat deze agent actief is op het thema voertuigcriminaliteit, is hij geabonneerd op het onderwerp ‘valse kentekenplaten’ in de politiesystemen. Een autohandelaar uit Drachten had meerdere parkeerboetes (naheffingsaanslagen) ontvangen van de gemeente Amsterdam op het kenteken van de Megane, die bij hem in de bedrijfsvoorraad stond. De auto stond te koop en stond netjes achter het glas in Drachten en kon dus niet de auto zijn waaraan de gemeente Amsterdam naheffingsaanslagen oplegde. De handelaar had er niet direct aan gedacht de politie te bellen, maar ging in eerste instantie in bezwaar bij de gemeente Amsterdam. Zeven dagen voor de moord besloot hij alsnog aangifte te doen bij de politie.

Het was deze aangifte bij de politie die de politieagent in Amsterdam opviel. De Renault Megane was op het eerste gezicht misschien een onbeduidende auto, maar in de wetenschap dat er in de afgelopen twaalf maanden verschillende zware incidenten waren geweest met Meganes (door de Taghi-bende), wist de agent dat het absoluut een zaak was om serieus te nemen. Hij nam direct contact op met verschillende relevante politieonderdelen, met de opdracht om (vooral in burger) te zoeken naar de auto. In de Basisvoorziening handhaving (BVH, het incidentenregistratiesysteem van de politie) maakte hij een extra aantekening aan voor het kenteken, een zogenaemde Jro: Let op! Vals kenteken. De Megane werd ondertussen (zo blijkt uit de opgelegde boetes) op 900 en op 300 meter van de woning van de advocaat gescand door een scanauto van de gemeente. In het kader van de bewaking reed het Basisteam van de politie één of twee keer per dag een rondje in de buurt van Wiersums woning, maar de Megane is daarbij niet opgevalen. De scanfilters op de beschikbare informatie triggeren alleen op gestolen auto’s en niet op valse kentekens. De Megane wás weliswaar gestolen, maar omdat hij voorzien was van valse kentekenplaten, leverde de scans geen hit op voor de politie. Zo zorgde het ontbreken van informatie van de gemeente (de scangegevens van parkeerscans) ervoor dat de politie niet voldoende ‘datagedreven’ kon werken. Vanuit dat perspectief zitten er dus hiaten in de informatiehuishouding en -voorziening, waardoor de politie niet voldoende responsief haar werk kan doen.⁴⁵

Los daarvan ondervond ook de koper van de auto in Drachten – met hetzelfde kenteken als de Megane dus – de nare gevolgen van de onvolkomen informatiehuishouding: toen hij nietsvermoedend met zijn op 2 oktober 2019 gekochte auto over de Afsluitdijk reed, werd hij van de weg gehaald door drie politieauto’s met gewapende agenten. Zijn kenteken werd gezocht vanwege de moord op Derk Wiersum.⁴⁶

45 Ook het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid (d.d. 1 maart 2023) naar de beveiliging van drie vermoorde sleutelfiguren in het Marengoproces, waaronder Derk Wiersum, concludeerde dat de informatiedeling één van de zwakke punten was in het stelsel van bewaken en beveiligen. Zie www.onderzoeksraad.nl/nl/page/19662/bewaken-en-beveiligen.-lessen-uit-drie-beveiligingssituaties.

46 www.ad.nl/friesland/en-dan-belt-de-recherche-uw-auto-is-gebruikt-bij-liquidatie-derk-wiersum-br~a2254b64.

3.3.4 Perikelen rond basisregistraties

De overheid heeft sinds het begin van deze eeuw veel geïnvesteerd in ontwikkeling van een stelsel van basisregistraties, bedoeld om het eigen werk beter te ondersteunen en ook om het makkelijker te maken voor burgers en bedrijven. Bepaalde gegevens uit basisregistraties moeten hergebruikt worden door overheidsorganisaties en de burger hoeft gegevens niet te verstrekken als die al bij de overheid (in een basisregistratie) bekend zijn.⁴⁷ Hoewel de basisregistraties zeker voordelen kennen, zijn er ook gevallen bekend van mensen die in de knel komen door fouten in de registraties die door verplicht gebruik van de gegevens lang doorwerken in een keten van besluiten. Wat hierbij niet helpt, is de vaak rigide uitleg van de wetgeving door organisaties, waardoor eenvoudig rechtzetten van foutjes onmogelijk wordt. Ook het verkeerd overnemen van informatie uit registers of gebruik van (verouderde) kopieën levert nogal eens problemen op. Een voorbeeld is de casus van Simone.⁴⁸ Zij koopt een huis in Amsterdam en ontvangt tot haar verbazing enige tijd later een aanslag onroerendezaakbelasting voor een huis verderop in de straat. Ze dient een bezwaar in, waarop ze pas veertien maanden later een besluit krijgt. De gemeente betoogt dat op grond van onderzoek in de relevante registraties is gebleken dat Simone de eigenaar is van het tweede huis en daarom de belasting moet betalen. Om te bewijzen dat de gemeente het bij het verkeerde eind heeft, vraagt Simone een uittreksel uit het Kadaster op. Dat laat zien dat het tweede huis in eigendom is van een investeringsfonds. Het huis is de afgelopen jaren een aantal keer van eigenaar veranderd, en Simone vindt uiteindelijk bewijs van het eigenaarschap op het moment dat zij de aanslag ontving. Ze stuurt de documenten naar de gemeentelijke ombudsman en ontvangt niet lang daarna een brief van de gemeente dat een fout in het spel is, en dat de aanslag zal worden gecorrigeerd. Hier is de zaak in het voordeel van Simone opgelost, maar wel pas na een lang en complex proces. Opvallend is daarbij dat de bewijslast dat het huis niet van haar was, op Simone werd gelegd. Daarnaast keken de gemeenteambtenaren alleen naar hun eigen data, waarin (naar achteraf bleek) door handmatige verwerking fouten waren geslopen. Hadden ze direct in de brondata van het Kadaster gekeken, dan hadden ze kunnen zien dat Simone niet de eigenaar van het huis was.

47 Zie bijvoorbeeld de artikelen 30 en 31 Handelsregisterwet, 1.7 en 1.8 Wet basisregistratie personen en artikel 43b Wegenverkeerswet. Ook in artikel 33a, tweede lid, Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (zoals ingevoegd bij de Wet eenmalige gegevensuitvraag werk en inkomen, Stb. 2007, 555, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2007-555.html>) is aan dit principe concreet gestalte gegeven.

48 Ontleend aan Widlak, A.C., Peeters, R. en Van Eck, B.M.A. (2020). Towards principles of good digital administration: Fairness, accountability and proportionality in automated decision-making. In: *The Algorithmic Society: Technology, Power, and Knowledge*. p. 67-83, eds. Schuilenburg, M. en Peeters, R. (2021). Routledge Studies in Crime, Security and Justice (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3771857). Zie voor meer voorbeelden rond de Basisregistratie personen ook Rik Peeters en Arjan Widlak, *De digitale kooi: administratieve uitsluiting door informatiearchitectuur in de Basisregistratie Personen*. In: *Beleid en maatschappij*, 2018 (45), p. 4-22 ((PDF) *De digitale kooi: administratieve uitsluiting door informatiearchitectuur in de Basisregistratie Personen* (researchgate.net)).

De Ombudsman van de gemeente Amsterdam heeft mede naar aanleiding van deze zaak een Gemeentelijk Meldpunt Ketenfouten ingericht, dat sinds enkele jaren ook een landelijke variant heeft: het Meldpunt Fouten in Overheidsregistraties (MFO). Mensen kunnen door dit meldpunt geholpen worden als zij in netwerken en ketens verstrikt raken als gevolg van een fout in de registraties van de overheid.⁴⁹ Een dergelijk meldpunt, dat overigens in zijn werking tot nu toe ernstig beperkt wordt door de AVG-regels, is een illustratie van responsiviteit van de overheid. Hier gaat de overheid naast de burger staan en helpt zij de burger bij het herstellen van fouten als gevolg van het doorgeven van onjuiste of niet actuele informatie ontstaan. Dergelijke situaties zijn vaak dermate complex voor burgers, dat in redelijkheid niet van de burger gevraagd kan worden om deze zelf te herstellen.

3.3.5 Onderzoek naar oversterfte tijdens de COVID-19-pandemie: een onterecht moeizaam proces

Op 1 december 2021 vond in de Tweede Kamer een debat plaats over de COVID-19-pandemie, waarin aan de orde kwam dat de oversterfte in de weken daarvoor significant hoger was dan op grond van de sterftcijfers voor corona te verwachten was.⁵⁰ Het lid Omtzigt diende een motie in met het verzoek aan de regering om te onderzoeken wat de oorzaak van deze oversterfte was: was deze te wijten aan het (toen dreigende) zorginfarct, aan onderrapportage van coronasterfgevallen of aan wat anders?⁵¹ De motie was aanleiding voor een langdurige (ambtelijke) discussie over het kunnen uitvoeren van onderzoek naar deze oversterfte, waarvoor het uitwisselen en combineren van gegevens van het CBS, het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) en de Gemeentelijke Gezondheidsdiensten (GGD'en) nodig was. Het gaat hier over gezondheidsgegevens, waarvoor op grond van de AVG en de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst specifieke regels gelden wat betreft bescherming van persoonsgegevens. Het idee was dat de regels aan het uitvoeren van een dergelijk onderzoek in de weg stonden.⁵² Uiteindelijk heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) in het najaar van 2022 een advies gevraagd aan de Landsadvocaat over de mogelijkheden om de gegevens beschikbaar te stellen voor het onderzoek. De Landsadvocaat concludeerde dat binnen de geldende wettelijke kaders het gebruiken van de gegevens voor dit doel mogelijk was.⁵³

In dit voorbeeld is niet zozeer de beschikbaarheid van gegevens bij verschillende overheidsorganisaties het probleem, maar het feit dat deling en (her)gebruik van die gegevens voor legitieme doelen belemmerd wordt door angst voor schending van 'de privacy'. Dat zorgde ervoor dat belangrijk onderzoek bijna een jaar op zich

49 www.rvig.nl/meldpunt-fouten-in-overheidsregistraties.

50 Handelingen II 2021/22, nr. 29, item 7, p. 25.

51 Kamerstuk II 2021/22, 25295, nr. 1617.

52 Ook in de media is hieraan de nodig aandacht besteed, zie bijvoorbeeld *Onderzoek naar oversterfte is lastig vanwege strenge naleving privacyregels* | Binnenland | NU.nl en *Wetenschappers krijgen gegevens oversterfte niet voor onderzoek – vanwege de privacy, zeggen RIVM en de GGD's* (volkskrant.nl).

53 Zie Verzamelbrief COVID-19, Kamerstukken II 2022/23, 25295, nr. 1969, met bijlage en Informatie over Bijlage 1060891.

liet wachten. Reguliere organisatorische voorzieningen om langdurige en zelfs onnodige discussies te voorkomen, schoten tekort. Ook deze organisatorische voorzieningen horen tot een deugdelijke informatiehuishouding. Als ze niet op orde zijn, frustreert dat de noodzakelijke ontwikkeling van kennis om goed beleid te kunnen voeren.⁵⁴

3.3.6 Openbaarheid van overheidsinformatie: de olifant in de kamer

Een evident voorbeeld van het niet op orde zijn van de informatiehuishouding van de overheid vormt de gang van zaken rond de Woo. Het initiatiefwetsvoorstel voor een 'nieuwe Wet openbaarheid van bestuur' is in de zomer van 2012 ingediend bij de Tweede Kamer. Aanleidingen hiervoor waren de evaluatie van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) in 2004,⁵⁵ de totstandkoming van het Verdrag van Tromsø,⁵⁶ dat minimumnormen biedt voor transparantie en de algemeen toegenomen behoefte aan transparantie in het overheidsbestuur. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel stelde zelfs dat Nederland achterop was geraakt op het punt van transparantie, waar het in de jaren tachtig nog gidsland was.⁵⁷ Uitgangspunt van het wetsvoorstel was dan ook *actieve openbaarheid*: informatie moet toegankelijk zijn zonder dat daarom hoeft te worden verzocht. Overheidsorganen (breed gedefinieerd, niet alleen ministeries, gemeenten e.d., maar ook Staten-Generaal en Raad van State) moeten daartoe een register bijhouden van (in ieder geval een deel van) de documenten en gegevenssets waarover ze beschikken. Uitzonderingsgronden voor toegankelijkheid werden aangescherpt, waarmee de 'bestuursintimiteit' werd beperkt. Bij de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer in 2016 zijn wel vragen gerezen over de uitvoerbaarheid, met name van het voorgestelde register. De toenmalige minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) gaf daarop een indicatie van de uitvoeringskosten:⁵⁸

'De Belastingdienst heeft 160 miljoen documenten die jaarlijks in het register moeten worden opgenomen en schat dat dit 55 miljoen euro per jaar kost. Dat is alleen bij de Belastingdienst. Nogmaals, ik geef het door; ik heb het niet opnieuw onafhankelijk getoetst. Ik denk dat je er redelijkerwijs van uit kunt gaan dat als het alleen al daar geldt, het echt substantiële kosten zijn als je ook naar de lokale overheden en naar

54 De algemene huiver voor (her)gebruik van gegevens voor onderzoek, zeker medische gegevens, zou doorbroken kunnen en moeten worden door (zonder afbreuk te doen aan het belang van gegevensbescherming) een andere invalshoek te kiezen, zie daarover We moeten het meer hebben over datasolidariteit, www.socialevraagstukken.nl/we-moeten-het-meer-hebben-over-datasolidariteit/.

55 Deze evaluatie leidde al in juli 2006 aan regeringszijde tot een Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie, waarin gestreefd werd naar een verhoogde transparantie. Dit voorontwerp is echter niet doorgezet.

56 Convention on access to official documents, 18 juli 2009, Raad van Europa (TROMSØ CONVENTION - The Council of Europe Convention on Access to Official Documents (CETS No. 205) (coe.int)).

57 Kamerstukken II 2011/12, 33328, nr. 3 p. 2-3. Het meest complete dossier over dit wetsvoorstel en de daarop uitgebracht novelle is te vinden op www.eerstekamer.nl/trefwoord/wet_open_overheid.

58 Handelingen II 2014/15, vergadernummer 72, item 15, p. 24.

andere ministeries gaat kijken. Die kosten moet je in beeld hebben. Dat in zijn algemeenheid. Dat geldt bijvoorbeeld voor het informatieregister. Ik heb begrepen dat dit nog niet onmiddellijk ingaat, maar we moeten toch het voorstel beoordelen dat nu voorligt. Daarin staat dat informatieregister wel.'

Ondanks deze opmerking werden twee moties om de regeldruk en uitvoeringskosten (beter) in kaart te brengen verworpen en werd het wetsvoorstel op 19 april 2016 door de Tweede Kamer aangenomen. De Eerste Kamer organiseerde direct bij aanvang van de behandeling in juni 2016 een expertmeeting. Daar hebben verschillende bestuurslagen en -organen hun vrees geuit over de (te) hoge uitvoeringskosten. Mede naar aanleiding daarvan is de regering een onderzoek naar de uitvoeringskosten gestart, dat in december 2016 is opgeleverd.⁵⁹ De conclusie was dat de Woo zoals die voorlag bij de Eerste Kamer niet uitvoerbaar was en tot zeer hoge kosten zou leiden waarvoor geen meerjarige dekking bestond. Enkele bevindingen van de onderzoekers:

1. Implementatie is een zo grootschalig (ICT-)traject dat de slaagkans klein is.
2. Het voorstel heeft grote gevolgen voor de werkprocessen.
3. De complexiteit rond openbaarheid wordt vergroot.
4. De kosten kunnen oplopen tot meer dan 1 miljard euro.
5. De besparingen die hiertegenover staan, zijn fractioneel.

De onderzoekers werpen de vraag op of wetgeving in deze fase wel een geschikt instrument is. Beter zou zijn om met pilots e.d. te verkennen wat mogelijk is en toegevoegde waarde heeft. Het vertrekpunt daarvoor is en blijft een breed onderschreven belang van openbaarheid voor maatschappij en politiek.⁶⁰

De uitkomsten van de *quick scan* leidden tot een lange periode van overleg tussen initiatiefnemers en regering, leidend tot indiening van een novelle⁶¹ op het wetsvoorstel in januari 2019. De hoofdpunten in dit wetsvoorstel waren:

1. vervanging van het informatieregister door een meerjarenplan digitale informatiehuishouding;
2. gefaseerde invoering van de actieve openbaarmaking;
3. een duidelijker omschrijving van de actief openbaar te maken stukken;
4. actieve openbaarmaking via een door de minister van BZK aangeboden digitale infrastructuur.

Na aanneming van de novelle door de Tweede Kamer kon de behandeling van de Woo in de Eerste Kamer worden voortgezet. In oktober 2021 is het wetsvoorstel aangenomen en de Woo is op 1 mei 2022 in werking getreden.

59 Quick scan impact Wet open overheid (Woo), ABDTOPConsult, 13 december 2016 (www.eerstekamer.nl/overig/20161215/quick_scan_impact_wet_open/meta). In juni 2017 is een tweede quick scan opgeleverd voor de decentrale overheid, koepels van openbare lichamen en voor specifieke organisaties zoals de Hoge Colleges van Staat. Deze bevatte soortgelijke conclusies.

60 Quick scan impact Wet open overheid, managementsamenvatting en p. 33.

61 Een wetsvoorstel tot wijziging van het aanhangige wetsvoorstel; dit doorloopt dezelfde procedure als een 'normaal' wetsvoorstel.

De reuring over de uitvoeringslasten van de Woo is eigenlijk vreemd: als overheidsorganisaties hun informatiehuishouding op orde hebben, dan is het toegankelijk maken van de daarin aanwezige documenten en gegevens geen hogere wiskunde, noch hoeft het tot zo grootschalige en complexe ICT-trajecten te leiden dat deze gedoemd zijn te mislukken. De olifant in de (Tweede en Eerste) Kamer gedurende de hele totstandkomingsgeschiedenis van de Woo is in feite het overheidsbrede gebrek aan een deugdelijke dossiervorming en archivering en aan breed geïmplementeerde standaarden en (generieke) voorzieningen om documenten en gegevens vindbaar te maken en te kunnen uitwisselen, c.q. te kunnen verstrekken. Dat dit geen illusie is, blijkt uit [wetten.nl](https://zoek.officielebekendmakingen.nl) en [officielebekendmakingen.nl](https://zoek.officielebekendmakingen.nl), waarin officieel gepubliceerde documenten, met de nodige meta-informatie, op gestandaardiseerde wijze ontsloten worden. Ook de ontsluiting van definitieve stukken op rijksoverheid.nl laat zien dat het mogelijk is om documenten toegankelijk te maken. De departementale informatiehuishouding is echter onvoldoende toegereust op het vindbaar en toegankelijk maken van de interne achterliggende stukken. Ook de poging om dit met de in de Woo voorgeschreven centrale digitale infrastructuur op te lossen, dreigde vruchteloos te blijven. Hiervoor is sinds 2018 (aanvankelijk als vrijwillige voorziening, vanaf 2021 als de in de Woo beoogde verplichte voorziening) het Platform open overheidsinformatie (PLOOI) in ontwikkeling. Op advies van het Adviescollege ICT-toetsing heeft de staatssecretaris van BZK echter besloten de bouw stop te zetten en het platform in een sterk vereenvoudigde vorm, met steviger sturing en een meer gedegen ontwikkelmethodiek weer op te starten.⁶² Ondertussen blijft de implementatie van de Woo wat betreft actieve openbaarmaking⁶³ achter bij de gestelde doelen.

3.3.7 Conclusie

Op grond van de voorbeelden kunnen we concluderen dat de transformatie die digitalisering in ons dagelijkse leven heeft meegebracht nog niet voldoende is doorgedrongen in de verschillende werkprocessen van de overheid en in de manier waarop zij met informatie omgaat. De overheid is nog sterk reactief, bureaucratistisch en gaat nog te veel uit van wantrouwen van de burger. De informatiehuishouding reflecteert dit. Zij is nog sterk gekoppeld aan overheidsorganisaties (bestuursorganen) en aan beleids- en wetgevingsdomeinen. Dat is een verkokerde bureaucratische insteek die niet meer bij de huidige tijd past. Het belemmert de

62 <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-1068361>, met als bijlage het advies van de AC ICT-toetsing: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1068364>.

63 Ook de passieve openbaarmaking wordt belemmerd door gebreken in de informatiehuishouding. De departementen hebben gemiddeld rond de 160 dagen nodig om te voldoen aan een Woo-verzoek, terwijl de norm 42 dagen is (zie Ondraaglijk Traag, analyse afhandeling Wob-verzoeken, Open State Foundation & Instituut Maatschappelijke Innovatie (<https://openstate.eu/wp-content/uploads/sites/14/2022/01/Ondraaglijk-traag-280122-def.pdf>)). Zie voor een uitgebreide analyse en verbetervoorstellen van dit proces Keulemans, K., Woo can tell me what I am looking for? An in-depth study on the Information Search Process that is part of Freedom of Information request handling at Ministries of the Dutch National Government (<https://repository.tudelft.nl/islandora/object/uuid%3Ae4738fe1-f80f-45ab-be74-83945df9a46e?collection=education>).

overheid om maatschappelijke vraagstukken integraal aan te pakken en om burgers en bedrijven responsief tegemoet te treden.

Al zeker twintig jaar is bekend dat de informatiehuishouding niet op orde is, en dat het functioneren van de overheid daarom tekortschiet. Zo bracht de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (commissie-Franken) in mei van 2000 een rapport uit, waarin onder andere de suggestie werd gedaan om een nieuw artikel toe te voegen aan de Grondwet met betrekking tot het garanderen van de toegankelijkheid van overheidsinformatie. Ook Arthur Docters van Leeuwen schreef een visionair rapport over de informatiesamenleving.⁶⁴ De WRR schreef zijn eerdergenoemde rapport *i-Overheid*, met niet mis te verstane aanbevelingen, in 2011. Maar ondanks de signalen in genoemde rapporten, en de herhaaldelijke rapporten van de Inspectie O&E en de Algemene Rekenkamer, is eerst na de ernstige overschrijding van rechten van burgers bij de toelagenaffaire, de informatiehuishouding van de rijksoverheid op de politieke agenda gekomen. In de kabinetsreactie van 15 januari 2021 op het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK)⁶⁵ zijn (onder meer) maatregelen aangekondigd om de achterstand in de informatiehuishouding in te halen en de informatiehuishouding te verbeteren. Het generiek actieplan *Open op orde*,⁶⁶ dat onderdeel uitmaakt van de aangekondigde maatregelen, beoogt met vier actielijnen de benodigde transformatie te realiseren. In onze optiek zijn echter extra impulsen nodig om dat voor elkaar te krijgen. Alleen dan kan de overheid haar informatiele zorgplicht goed vervullen. Wat hiervoor nodig is, komt in hoofdstuk 4 aan de orde.

64 Commissie-Docters van Leeuwen, *Burger en overheid in de informatiesamenleving. De noodzaak van institutionele innovatie*, Den Haag, september 2001.

65 Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4.

66 Kamerstukken II 2020/21, 29362, nr. 291, bijlage.

4 Op weg naar een responsieve overheid

4.1 Inleiding

‘Informatie ligt aan de basis van goed openbaar bestuur, vormt een van de pijlers van de democratische rechtstaat en geeft mede vorm aan de relatie met burgers. Daarnaast is een goede informatiehuishouding van belang om burgers en bedrijven van betrouwbare informatie te kunnen voorzien, om als overheid efficiënt en effectief te kunnen werken en om informatie voor komende generaties te bewaren. De informatiehuishouding vormt ons collectieve geheugen. Om in deze functies te kunnen voorzien, moet informatie in een goede, geordende en toegankelijke staat worden bewaard.’⁶⁷

Aan dit citaat uit een van de vele rapporten over de verbetering van de informatiehuishouding van het rijk, valt weinig af te dingen. Het geldt ook niet alleen voor de rijksoverheid, maar voor alle overheidsorganen, ook de functioneel of territoriaal gedecentraliseerde. Het jaar 2030 – waarop het rapport waaruit dit citaat komt betrekking heeft – lijkt ver weg, maar als de informatiehuishouding op dat moment op orde moet zijn om een responsieve overheid te realiseren die haar informatiele zorgplicht goed vervult, moet toch haast gemaakt worden. Het genoemde Actieplan Open op orde noemt drie samenhangende aspecten van de informatiehuishouding die verbetering behoeven, namelijk professionals op het gebied van informatiebeheer, aard en volume van de informatie en ICT-systemen. Deze drie aspecten kunnen niet los worden gezien van een omgeving waarin de besturing en de juiste omgang met wettelijke regels rond de informatiehuishouding verzekerd is. Deze bestuurlijke omgeving is daarom het vierde relevante aspect.⁶⁸ Het actieplan formuleert vier actielijnen om op deze aspecten verbeteringen te realiseren, te weten:

1. investeren in professionalisering, zowel van medewerkers in het informatiebeheer als van andere ambtenaren;
2. versterken van de werkprocessen, gericht op duurzame digitale beschikbaarheid van informatie, naleving van geldende wet- en regelgeving;

67 De informatiehuishouding van het Rijk in 2030, Future Lab, 2020, p. 8 (www.informatiehuishouding.nl/Producten+%26+publicaties/rapporten/2020/04/21/de-informatiehuishouding-van-het-rijk-in-2030). Dit rapport is opgesteld in opdracht van het Rijksprogramma Duurzame digitale informatiehuishouding (RDDI).

68 Open op orde, p. 10-12.

3. verbetering en vereenvoudiging ICT-systemen, standaardisatie en generieke voorzieningen;
4. heldere besturing van de informatiehuishouding en passende planning en control.

Voor uitvoering van deze actielijnen is een Programma Open op Orde ingericht, ressorterend onder de staatssecretaris van BZK, die het beleid op het gebied van informatiesamenleving en overheid en van digitalisering in portefeuille heeft. Begin 2021 is een Regeringscommissaris Informatiehuishouding benoemd, om de uitvoering van dit programma te bevorderen, door onder meer het samen met betrokken organisaties voor de genoemde knelpunten oplossingen hiervoor te formuleren, het aanspreken van organisaties op de voortgang in hun verbeteracties, het inzichtelijk laten maken van maatschappelijke effecten van het programma en het adviseren over en doen van voorstellen over het sturingssysteem.⁶⁹ Daarbij hoort een rol als boegbeeld, om maatschappelijk, politiek en bestuurlijk draagvlak te creëren en te behouden. Om voor 2030 de beoogde transformatie te kunnen bewerkstelligen zal op ieder van de actielijnen een stap extra moeten worden gezet. In de volgende paragrafen gaan we in op de activiteiten die de regeringscommissaris daartoe in gang heeft gezet.

4.2 Professionalisering van medewerkers

De beschikbaarheid van goed opgeleide professionals op het gebied van informatiehuishouding is een noodzakelijke randvoorwaarde om de transformatie in de informatiehuishouding die nodig is, voor elkaar te krijgen. In het kader van het programma Open op Orde zijn verschillende initiatieven genomen voor investering in professionalisering van medewerkers en in versterking van de inzet. Actielijn 1 richt zich op de kwantiteit en kwaliteit van de informatieprofessionals. Het gaat bijvoorbeeld om een arbeidsmarktcampagne en om de lancering van verschillende opleidingen, onder andere via het Leerhuis Informatiehuishouding⁷⁰ en de Rijksacademie voor Digitalisering en Informatisering Overheid (RADIO).⁷¹ Daarnaast wordt gekeken naar stimulering van hergebruik van opleidingsmodules (waarom heeft elk ministerie bijvoorbeeld zijn eigen e-learningmodule voor de AVG?).

De regeringscommissaris heeft de nodige kritiek geuit op deze actie-lijn. Zo vindt hij het programma te veel op het wetenschappelijk onderwijs c.q. het hoger beroeps-onderwijs (hbo) gericht. Naar zijn mening moet ook het middelbaar beroeps-onderwijs (mbo) een bijdrage leveren aan (het op orde brengen van) de informatiehuishouding. Zo zouden, analoog aan het Nationaal Programma Rotterdam

69 Instellingsbesluit Regeringscommissaris informatiehuishouding (Stcrt. 2021, 48052), inwtr. 1 januari 2022.

70 Het Leerhuis Informatiehuishouding (www.informatiehuishouding.nl/informatieprofessionals/leerhuis).

71 Informatiehuishouding (www.it-academieoverheid.nl/onderwerpen/i/informatiehuishouding). RADIO werkt volgens een aanpak waarbij voor een organisatie een opleiding/leertraject op maat wordt ontwikkeld.

Zuid, informatieopleidingen op mbo-niveau ontwikkeld kunnen worden, waarvoor de overheid op voorhand baangaranties geeft.⁷² Hiermee wordt enerzijds op de (middel)lange termijn het tekort aan capaciteit aangepakt en worden anderzijds concrete kansen gecreëerd voor de mbo-doelgroep. Maar de kritiek is fundamenteel: er is geen goed functionerende gemeenschap van informatieprofessionals bij de overheid en daarom werkt de regeringscommissaris aan een 'Informatieacademie'. Op dit moment bestaat nog geen samenwerking tussen de overheid en universiteiten voor de opleiding van informatieprofessionals. Er is echter wel behoefte aan een plek waar informatievraagstukken integraal behandeld kunnen worden door academici c.q. onderzoeksinstituten en overheidsorganisaties. Dit gaat een stap verder dan de functie en het aanbod van de verschillende overheidsacademies, zoals de Academie voor Wetgeving en Overheidsjuristen, de Rijksacademie voor Financiën, Economie en Bedrijfsvoering (RAFEB) of de eerdergenoemde RADIO. Het zou een (virtuele en fysieke) plek moeten zijn waar normatieve vraagstukken op het gebied van informatiehuishouding en informatievoorziening niet alleen vanuit wetenschappelijk oogpunt onderzocht en besproken worden, maar waar deze direct worden gekoppeld aan de uitvoeringspraktijk, zodat tot implementeerbare oplossingen wordt gekomen. Een belangrijk element van de Informatieacademie is een agorafunctie: het is de marktplaats waar denken, doen en leren bijeenkomen.

Als aanzet voor deze agorafunctie is in 2022 gestart met het organiseren van tweewekelijkse bijeenkomsten waar professionals binnen en buiten de overheid samenkomen om op een informele manier contact te leggen en ideeën uit te wisselen. Ook organiseert de Regeringscommissaris Informatiehuishouding sinds april 2022 zogenoemde keukentafelsessies waar met gasten uit overheid, wetenschap, markt en maatschappij het gesprek wordt gevoerd over actuele thema's op het gebied van de informatiehuishouding bij de overheid.

Naast de agorafunctie is de onderzoeksfunctie een belangrijk onderdeel van de Informatieacademie. Veel vraagstukken rond informatiehuishouding behoeven nader onderzoek. Soms betreft dit fundamenteel onderzoek, maar vaak zijn onderzoeksvragen toepassingsgericht. In de Informatieacademie zullen jonge onderzoekers (PhD-studenten) en vraagstukken op het gebied van informatiehuishouding en digitalisering bij elkaar worden gebracht, begeleid door een netwerk van hoogleraren en (senior) onderzoekers. Onderzoeksthema's kunnen worden ingebracht door overheidsorganisaties en andere relevante spelers.

Tot slot heeft de Informatieacademie een onderwijsfunctie. In samenwerking met universiteiten zouden opleidingsprogramma's moeten worden ontwikkeld voor de moderne informatieprofessional. Dit zouden zowel reguliere als post-academische opleidingen moeten zijn, zodat zowel kan worden voorzien in nieuwe aanwas van professionals, als in om- en bijscholing van zittende medewerkers. Ook zou een doorlopende leerlijn gedurende de hele professionele carrière gecreëerd kunnen worden, zodat informatieprofessionals steeds over actuele kennis en vaardigheden beschikken op het gebied van digitalisering en informatiehuishouding. Deze opleidingen zouden ook architectuur moeten betreffen; architectuur is het

72 Zie www.nprz.nl/activiteiten?categories=1 en <https://aandebakgarantie.nl>.

fundament onder een informatiehuishouding die dienstbaar is aan de uitvoering van overheidstaken.⁷³

4.3 Versterken van werkprocessen

Zoals aangegeven in de inleiding is een responsieve overheid een overheid die naast in plaats van tegenover de burger staat. Om dat te bereiken is het belangrijk om ook de informatiepositie van de burger te versterken, zodat hij op gelijke voet kan staan met de overheid. Dat vereist een open overheid.⁷⁴ Die biedt namelijk meer transparantie en betere verantwoording, hetgeen burgers in staat stelt tot (e-)participatie en een volwaardiger samenwerking.⁷⁵ De Woo geeft ieder het recht op toegang tot publieke informatie, zonder dat daartoe een belang moet worden gesteld, behoudens bij die wet gestelde beperkingen.⁷⁶ Hoewel deze wet op papier een open overheid faciliteert, is ook zichtbaar dat de uitvoering van deze wet bij overheidsorganisaties (in elk geval binnen de rijksoverheid) op problemen stuit.⁷⁷ De gemiddelde termijn waarin Woo-verzoeken bij ministeries worden afgehandeld, is op het moment meer dan acht keer de maximaal toegestane termijn zonder verlenging. De problematiek van het afhandelen van Woo-verzoeken (de passieve openbaarheid), kan worden gezien als een symptoom van een dysfunctionele informatiehuishouding. Het is moeilijk zo niet onmogelijk om snel alle informatie binnen de reikwijdte van een verzoek te kunnen leveren, de 'duurzaam toegankelijke informatiehuishouding' waartoe de Woo ook verplicht, bestaat in feite niet.

Een belangrijke bron voor verbetering van de informatiehuishouding is het monitoren van de (vertraagde) afhandeling van Woo-verzoeken: waar zitten de knelpunten, niet alleen kwantitatief, maar ook kwalitatief? Krijgen verzoekers hun informatie binnen de termijn, maar voelen zij zich ook daadwerkelijk geholpen met de informatie en zijn ze tevreden over de behandeling zelf? Het is van belang om de monitoring op het proces en op eventuele verbetermaatregelen te versterken, zodat ervaringen direct kunnen worden gebruikt voor het verder optimaliseren van het proces en de inrichting van de informatiehuishouding.

Passieve openbaarmaking alleen is echter niet voldoende voor een responsieve overheid. Wanneer burgers actief willen meedoen, zal de overheid ze daartoe ook actief in staat moeten stellen, primair door relevante informatie tijdig te delen. Huidige overheidsprocessen en -systemen ondersteunen de actieve openbaarmaking van informatie onvoldoende. Informatie is moeilijk te vinden, vaak niet in context of in relatie tot andere relevante informatie. Ook zijn teksten vaak moeilijk te begrijpen en gericht op de interne overheidsorganisatie. Ze schieten tekort om

73 Een initiatief voor onder meer een (postacademische) opleiding voor (overheids)architecten is te vinden op De Onafhankelijke Architect (www.onafhankelijkearchitect.nl/).

74 Meijer, A.J., Curtin, D. en Hildebrandt, M. (2012). Open government: connecting vision and voice. *International Review of Administrative Sciences*, 78 (1), p. 10-29.

75 Abu-Shan, E.A. (2015), Reengineering the open government concept: An empirical support for a proposed model, *Government Information Quarterly* (32), p. 453-463.

76 Zie art. 1.1 Woo.

77 Open State Foundation & IMI, Ondraaglijk traag. Analyse afhandeling Wob-verzoeken (<https://openstate.eu/wp-content/uploads/sites/14/2022/01/Ondraaglijk-traag-280122-def.pdf>).

burgers daadwerkelijk in staat te stellen om mee te doen. Al bij het creëren van informatie moet rekening worden gehouden met actieve openbaarmaking. Technologie kan dit ondersteunen, als deze op een goede wijze wordt toegepast in de werkomgeving van de medewerker (zie ook de passage in paragraaf 4.4 over ‘De werkplek van de toekomst’).

Het is belangrijk om de transformatie naar een actief openbare overheid in nauwe samenwerking met (organisaties van) burgers vorm te geven, om ervoor te zorgen dat de informatiebehoefte van de burger ook echt centraal staat. Dat is dus niet alleen een kwestie van het ‘technisch’ vertalen van de opdracht in artikel 3.3 Woo aan de minister van BZK om een infrastructurele voorziening te realiseren voor het actief openbaar maken van overheidsinformatie.⁷⁸ Het gaat ook om het voeren van het gesprek. De maatschappelijke coalitie ‘Over informatie gesproken’ vormt hiervoor een platform en werkt actief aan een gelijkwaardige informatierelatie tussen overheid en burger.⁷⁹

4.4 ICT-systemen en architectuur

Een goede informatiehuishouding begint op de werkplek van de medewerkers. Dossievorming en archivering zijn – gek genoeg – sinds de invoering van kantoor-automatisering in het slop geraakt. Het onderscheid tussen originelen en kopieën vervaagt in een digitale omgeving en informatie kan veel gemakkelijker verspreid en bewaard worden via en in allerhande applicaties. Dossiers worden tegenwoordig grotendeels bijgehouden in eigen mailmapjes, waardoor informatie op heel veel plaatsen verspreid is en niet duidelijk is wat de status daarvan is. Er zijn *documentmanagementsystemen*, maar vaak worden die voornamelijk gebruikt voor het doorlopen van de parafenlijn die nodig is om een stuk bij een bewindspersoon te krijgen, niet om een volledig dossier te creëren.

Ook bij grootschalige verwerking van gegevens is sprake van redundantie van informatie. Het stelsel van basisregistraties is weliswaar gebaseerd op het principe van eenmalig aanleveren en meervoudig gebruiken, maar in de praktijk zijn er vele kopieën van (delen van) basisregistraties bij gebruikende uitvoeringorganisaties aanwezig. De ICT-infrastructureel ondersteunt het raadplegen van gegevens bij de bron nog onvoldoende. Dat levert het risico op dat gegevens niet actueel en daardoor niet juist zijn; dat kan voor betrokkenen grote gevolgen hebben, zeker omdat de gegevens vaak doorwerken in ketens (een (gegeven uit een) besluit van organisatie A is de input voor een besluit ten aanzien van dezelfde belanghebbende bij organisatie B).⁸⁰

⁷⁸ Nog los van de eerder aangehaalde weerbarstigheden bij het realiseren van deze infrastructuur, het Platform open overheidsinformatie (PLOOI). Zie hierover Kamerstukken II 2022/23, 26643, nr. 958.

⁷⁹ <https://overinformatiegesproken.nl/>, zie onder meer het manifest op deze website. De coalitie is breed samengesteld uit maatschappelijke en overheidsorganisaties (zie onder deelnemers op de website).

⁸⁰ Zie hierover B.M. van Eck, *Geautomatiseerde ketenbesluiten & rechtsbescherming*. Een onderzoek naar de praktijk van geautomatiseerde ketenbesluiten over een financieel belang in relatie tot rechtsbescherming (diss. Tilburg), 2018 (https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/20399771/Van_Eck_Geautomatiseerde_ketenbesluiten.pdf).

Inmiddels is gestart met het mogelijk maken van directe bevraging van basisregistraties bij de bron, via zogenoemde *application programming interfaces* (API's).⁸¹ Voor vier basisregistraties is nu directe bevraging bij de bron mogelijk, nl. BRP, Basisregistratie Adressen en Gebouwen (BAG), Waardering Onroerende Zaken (WOZ) en het Kadaster.

Om de informatiehuishouding op orde te krijgen, zijn zowel op de werkplek van medewerkers als in de grootschalige gegevenshuishouding verbeteringen nodig. In het programma Open op Orde wordt gewerkt aan architecturen voor de vernieuwing van de informatiehuishouding. Een daarvan is een architectuur voor 'De werkplek van de toekomst', die medewerkers in alle typen werkprocessen (van beleid maken tot bedrijfsvoering, zie hierover par. 4.5.1) ondersteunt. Daarbij wordt niet meer uitgegaan van aparte applicaties voor documentmanagement, mail e.d., maar wordt voorzien in een integrale omgeving waarin aan een dossier wordt gewerkt en alle activiteiten worden ondersteund: communiceren, schrijven, registreren en archiveren. Door standaardisatie en het toepassen van generieke voorzieningen wordt het samenwerken over organisatiegrenzen heen vergemakkelijkt. Dat doet recht aan de ontwikkeling dat maatschappelijke problemen en opgaven zich in het algemeen niet houden aan departementale grenzen of grenzen tussen bestuurslagen, zoals zichtbaar in de (jeugd)zorg, maatschappelijke ondersteuning en sociale zekerheid.

In november 2021 is de Interbestuurlijke Datastrategie Nederland (IBDS) aan de Tweede Kamer aangeboden.⁸² Deze nota bevat de gezamenlijke visie van rijksoverheid, gemeenten, provincies en waterschappen op het verantwoord gebruik van gegevens voor maatschappelijke opgaven. Met de IBDS wordt ernaar gestreefd om afwegingen over de (grootschalige) inzet van gegevens voor opgaven waar de overheid in den brede voor staat in samenhang te maken: niet alleen wordt beoordeeld wat (technisch) kan (juridisch) mag, maar ook wat (ethisch) wenselijk is. De IBDS bevat een afwegingskader voor gebruik van gegevens, langs de lijnen van willen (wat is wenselijk), mogen (juridische toets) en kunnen (techniek).⁸³ Organisaties worden ondersteund in de beoordeling van potentiële nieuwe datatoepassingen op een wijze die transparant, snel, onafhankelijk, bestendig met afweging van waarde en risico's is. Uitgangspunt hierbij is wat wél mag. Hiervoor is inmiddels een Adviesfunctie verantwoord datagebruik ingericht; in 2022 en 2023 worden pilotprojecten uitgevoerd, als opstap naar structurele inrichting.⁸⁴ Een ander onderdeel van de IBDS is de doorontwikkeling van het huidige stelsel van basisregistraties tot een *federatief datastelsel* waarin veel meer bronnen ontsloten kunnen worden, bijvoorbeeld met het oog op oplossing van multidimensionale maatschappelijke

81 VNG, Haal Centraal (<https://vng.nl/projecten/haal-centraal>) en VNG, Haal Centraal API-specificaties tot standaard verklaard (<https://vng.nl/nieuws/haal-centraal-api-specificaties-tot-standaard-verklaard>).

82 Kamerstukken II 2021/22, 26643, nr. 797 met bijlage.

83 IBDS, Appendix B, p. 56 e.v.

84 Adviesfunctie verantwoord datagebruik, Realisatie IBDS (<https://realisatieibds.pleio.nl/wiki/view/e643ebdb-4101-4a23-aceb-c4534e1850e1/adviesfunctie-verantwoord-datagebruik>).

vraagstukken als armoedebestrijding of uitsluiting. Gegevens blijven in het federatieve stelsel lokaal opgeslagen, maar gestandaardiseerde ontsluiting ondersteunt meervoudig gebruik, waarbij mede door toepassing van *privacy by design*-technologie verzekerd wordt dat gebruik in lijn is met gegevensbeschermingseisen.

4.5 Heldere kaders en besturing

4.5.1 Inleiding

Van oudsher staan de overheid vier strategische middelen ter beschikking om beleid te voeren: geld, mensen, bevoegdheden en informatie.⁸⁵ Deze middelen hebben hun eigen (grond)wettelijke kaders en instituties. Voor de overheidsfinanciën kent de Grondwet bepalingen over belastingheffing (art. 104) en de vaststelling van de begroting (art. 105). De Comptabiliteitswet regelt het beheer van de rijksfinanciën (inhoud en proces van begroting en verantwoording). Voor het personeelsaspect bepaalt artikel 108 Grondwet dat de rechtpositie van ambtenaren wettelijk geregeld wordt. Hiervoor zijn de Ambtenarenwet en het daarop gebaseerde Algemeen rijksambtenarenreglement kaderstellend.⁸⁶

Artikel 107 Grondwet biedt de basis voor de wetboeken op het gebied van strafrecht en burgerlijk recht. In het Wetboek van Strafvordering zijn bevoegdheden voor de bij opsporing en vervolging betrokken autoriteiten vastgelegd. Artikel 107 legt ook de grondslag onder de algemene regels van bestuursrecht, zoals neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht. De Awb bepaalt de bevoegdheden en verplichtingen van bestuursorganen en de rechten van burgers in het verkeer tussen hen beide. In hoofdstuk 4 van de Grondwet zijn de instituties geregeld op ieder van deze terreinen, namelijk de Algemene Rekenkamer (doelmatigheid en rechtmatigheid van overheidsfinanciën), de Raad van State (advisering over wetgeving en onderzoek geschillen van bestuur), de Nationale ombudsman (klachten van burgers over hun contact met bestuursorganen). Ook voor instelling van andere vaste adviescolleges biedt dit hoofdstuk het fundament.

De Grondwet geeft ook kaders voor informatieverwerking door de overheid.⁸⁷ Zo regelt artikel 10 het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer; het tweede lid vereist dat in de wet de regels voor het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens vastgelegd worden en het derde lid stelt eenzelfde eis aan vastlegging van de aanspraken met personen op kennisneming van over hen vastgelegde

85 Zie de nota BIOS, Kamerstukken II 1987/88, 20644, nrs. 1-2, p. 57.

86 Sinds 1 januari 2020 geldt op grond van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (die wijzigingen in de Ambtenarenwet en gerelateerde wetten bevat) het civiele arbeidsrecht voor ambtenaren. Dit doet echter niet af aan de grondwettelijke fundering van het ambtenarenrecht.

87 In mei 2000 bracht de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk (commissie-Franken) een rapport uit waarin suggesties worden gedaan rondom het techniekonafhankelijk maken van art. 7, 10 en 13 Grondwet. Ook zou het taalgebruik moeten worden aangepast om toepasselijkheid in de digitale tijd te waarborgen. Daarnaast werd de suggestie gedaan om een nieuw artikel toe te voegen over het garanderen van de toegankelijkheid van overheidsinformatie. De aanbevelingen zijn (overigens na een hernieuwd onderzoek door de Staatscommissie Thomassen in 2009-2010) deels neergeslagen in de grondwetwijziging van 2022 (Stb. 334).

gegevens, het gebruik en de verbetering daarvan. Het gaat hier dus zowel om een wettelijke grondslag voor het verwerken van gegevens, als voor het recht van inzage en correctie van gegevens. Deze zijn inmiddels opgenomen in Europese wetgeving, de Algemene verordening gegevensbescherming, die in Nederland dezelfde werking heeft als een nationale wet.⁸⁸ Uitvoeringsaspecten, zoals het instellen van de Autoriteit persoonsgegevens als nationale toezichthouder, zijn in de Uitvoeringswet AVG geregeld.

Artikel 110 Grondwet vereist een wettelijke regeling voor de openbaarheid die de overheid bij de uitvoering van haar taken moet betrachten. Deze opdracht is de grondslag geweest voor de Wet openbaarheid van bestuur, in mei 2022 vervangen door de Woo. Daarnaast legt artikel 68 Grondwet de ministers de plicht op om de Kamers der Staten-Generaal alle verlangde inlichtingen te verstrekken, voor zover dat niet in strijd is met het belang van de Staat. Ook deze verplichting leidt tot een ruime openbaarmaking van bestuurlijk-politieke informatie. Tot slot vereisen de artikelen 88 en 89 Grondwet de bekendmaking van wetgeving op alle niveaus, van formele wet tot ministeriële regeling. Deze verplichting is uitgewerkt in de Bekendmakingswet.

Hoewel de Grondwet dus ook de basis geeft voor de informatiecomponent, ontbreekt een funderende wet die de verschillende aspecten van de informatiehuishouding van de overheid (breder dan alleen het rijk) in samenhang regelt en overkoepelend invulling geeft aan een informatiele zorgplicht van de overheid en sturing op de realisering daarvan. Dit blijkt ook uit verschillende rapporten en onderzoeken naar de informatiehuishouding van de overheid.⁸⁹ Een rapport dat we er hier uitlichten is de analyse die de VNG in 2022 heeft gemaakt van de bestaande informatiewetgeving en waarin een aantal knelpunten op een rij wordt gezet.⁹⁰ Belangrijkste aanbevelingen in dit rapport zijn het creëren van een (visueel) overzicht van de bestaande wetgeving en het ontwikkelen van één brede kaderwet over de informatiehuishouding voor alle overheden. Daarbij wordt de vergelijking getrokken met de Algemene wet bestuursrecht: ‘Dit biedt een solide en duurzame basis om de regels over de informatiehuishouding en daarmee de informatiehuishouding zelf, in samenhang op orde te krijgen en te houden. En daarmee het “goed openbaar bestuur” te kunnen waarborgen.’, aldus het rapport. Een tweede optie die het rapport schetst, is om binnen de bestaande structuren en constellatie van informatiewetgeving meer samenhang te creëren; dit door vereenvoudiging van de nu nog ‘losse’ informatiewetten en daarin neergeslagen publieke waarden, normen

88 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (PbEU 2006, L 119).

89 Zie het eerdergenoemde ARK-rapport De informatiehuishouding van het rijk (2010), het rapport Ongekend onrecht van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslagen en het Actieplan Open op orde.

90 Analyse naar de samenhang tussen generieke informatiewetten, VNG Realisatie, juni 2022 (<https://vng.nl/sites/default/files/2022-06/Analyse-naar-de-samenhang-tussen-generieke-informatiewetten-20220614.pdf>).

en regels, (gegevens)definities, en de techniek (ICT) die dit ondersteunt. We ondersteunen de gedachte dat een funderende wet belemmeringen in de transformatie van de informatiehuishouding kan wegnemen en samenhang in de regulering en sturing van die informatiehuishouding kan bevorderen, zodat de algemene informatieplicht van de overheid bij informatieverwerking jegens burgers en bedrijven wordt verwerkelijkt. We beschrijven hier hoe zo een wet, verder aangeduid als Algemene informatiewet, eruit zou kunnen zien.

4.5.2 Contouren van een Algemene informatiewet

Begrippenkader

De digitalisering van overheid en samenleving heeft geleid tot nieuwe werkwijzen en processen en tot nieuwe concepten voor communicatie en interactie. In het analoge tijdperk bestond informatie met name uit papieren documenten, in de huidige tijd neemt informatie veelal de vorm aan van digitale documenten en van grote digitale gegevensbestanden. Tot nu toe wordt in verschillende informatiewetten, bijvoorbeeld de Woo en de Wet hergebruik van overheidsinformatie, vastgehouden aan *document* als centraal begrip. Ook in het wetsvoorstel Archiefwet 2021 wordt dit begrip gebruikt. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat een alternatief als *informatieobject* is overwogen, maar vanwege het wat ‘technische’ karakter van dit begrip toch gekozen is voor *document*.⁹¹ Het idee is om in de Algemene informatiewet *informatieobject* als centraal begrip te hanteren. Het lijkt misschien een semantische kwestie: gaan we uit van *document* en vatten we daaronder ook andere soorten informatieobjecten, of gaan we uit van *informatieobject* en omvat dit ook documenten? Toch is het van belang om deze stap te zetten. Om op een goede manier te kunnen spreken over informatie en de omgang daarmee te kunnen normeren zijn nieuwe, passende begrippen nodig. Daarbij komt dat informatieobject de aard van de materie beter weerspiegelt dan *document*, zelfs al weet iedereen dat dit geen kleitabletten, perkamentrollen of zelfs A4-tjes meer zijn. Een nieuw vocabulaire kan helpen om het eerdergenoemde postkoets-met-hulpmotor syndroom te overkomen.

Informatieobject omschrijven we als in gestructureerde vorm (databestanden) of in ongestructureerde vorm (tekstbestanden in bijvoorbeeld Word of pdf, maar ook films, geluidsopnames enz.) ontvangen, opgemaakte of anderszins vastgelegde gegevensbestanden die verband houden met de publieke taak van een overheidsorgaan. *Informatieverwerking* betreft dan alle handelingen die overheidsorganen in het kader van hun publieke taak met informatieobjecten verrichten. Daarvoor voeren zij een *informatiehuishouding*: een samenhangend geheel van verzamelingen van informatieobjecten, procedures, processen en programmatuur alsmede de voorzieningen voor opslag, verwerking en communicatie.⁹²

91 Kamerstukken II 2021/22, 35968, nr. 3, p. 9.

92 Zie ook de uitgebreide beschrijving in par. 2.1.

Voor de reikwijdte en effecten van de wet is ook van belang tot welke overheidsorganisaties deze zich richt. Verschillende wetten maken hier verschillende keuzes in. De Awb hanteert het begrip *bestuursorgaan*, en verstaat daaronder in artikel 1:1 eerste lid:

1. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
2. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

De memorie van toelichting bij de eerste tranche van de Awb vermeldt dat *met enig openbaar gezag bekleed* betekent dat het moet gaan om een orgaan met een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het bepalen van de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten. Het gaat in de eerste plaats om organen die zijn ingesteld bij of krachtens wettelijk voorschrift. Bij de onder b genoemde organen gaat het bijvoorbeeld om privaatrechtelijke rechtspersonen waarop de overheid al dan niet invloed heeft, en waaraan een of meer overheidstaken zijn opgedragen en de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.⁹³ In artikel 1:1 lid 2 Awb, worden verschillende organisaties uitgesloten van het bestuursorgaanbegrip, zoals de wetgever, het parlement en enkele Hoge Colleges van Staat. Het bestuursorgaanbegrip uit artikel 1:1 Awb lijkt voor een algemene informatiewet te smal; ook sturing op de informatiehuishouding van organen die daarin zijn uitgezonderd zou mogelijk moeten zijn.

Het ligt voor de hand om in de algemene informatiewet aan te sluiten op de Woo, waarin in artikel 2.2 wordt uitgegaan van bestuursorgaan, maar alle organisaties die in artikel 1:1 Awb van het bestuursorgaanbegrip zijn uitgesloten, ook meegenomen zijn. Het Woo-begrip sluit op zijn beurt aan op het wetsvoorstel voor de Archiefwet 2021, dat ook een breed begrip hanteert, maar hiervoor een andere term kiest. Artikel 1.1 van dit wetsvoorstel definieert als *overheidsorgaan*:

1. orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld; of
2. ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.⁹⁴

We kiezen in ons concept van de Algemene informatiewet voor deze laatste formulering, waarbij de mogelijkheid wordt geboden om bij algemene maatregel van bestuur overheidsorganen aan te wijzen die tot een daarbij vast te stellen tijdstip worden uitgezonderd van toepassing van de wet. Met het oog op de uitvoerbaarheid kan een gefaseerde invoering wenselijk zijn.

Beginselen als basis voor zorgplicht?

Het centrale concept in een algemene informatiewet is de eerdergenoemde informatieelzorgplicht van de overheid. Deze zorgplicht kan worden geconcretiseerd in een aantal algemene beginselen van behoorlijke informatieverwerking:

1. openbaarheid en toegankelijkheid;
2. participatie en inclusiviteit;
3. transparantie en verantwoording;

⁹³ Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 27.

⁹⁴ Zie Kamerstukken II 2021/22, 35968, nr. 2.

4. rechtmatigheid en rechtvaardigheid;
5. integriteit en betrouwbaarheid; en
6. bescherming van cultureel erfgoed en creatie van waarde.

Deze beginselen zijn ontleend aan bestaande generieke wetten en regelingen die informatieverwerking door de overheid reguleren en aan recente beleidsnota's over publieke waarden.⁹⁵ Onder de generieke wetten en regelingen scharen we nu:

1. de Wet open overheid;
2. de Archiefwet 1995;
3. de Wet hergebruik van overheidsinformatie;
4. de Algemene wet bestuursrecht;
5. de Wet digitale overheid;
6. de wetten inzake basisregistraties;
7. het Tijdelijk besluit digitale toegankelijkheid overheid;
8. de Algemene verordening gegevensbescherming;
9. de Baseline informatiebeveiliging overheid.

Uiteraard zijn dit niet de enige (wettelijke) regelingen die betrekking hebben op informatieverwerking. Er zijn vele domeinwetten, zoals de omgevingswetgeving, wetgeving voor de sociale zekerheid, belastingwetgeving, zorgwetgeving, politiewetgeving en strafvorderlijke wetgeving, die het verzamelen, gebruiken en delen van informatie voor overheidstaken reguleren. We focussen hier echter op de wetten die randvoorwaarden bij het verwerken van de gegevens stellen. Ze worden verder aangeduid als *informatiewetten*. Hierna volgt een toelichting op de beginselen, waarbij steeds naar de wetgeving wordt verwezen waar ze uit voortvloeien.

ad a. Openbaarheid en toegankelijkheid

Deze beginselen zijn ontleend aan de Woo, de Bekendmakingswet en het Tijdelijk besluit digitale toegankelijkheid overheid. Openbaarheid van informatie is niet synoniem met toegankelijkheid. Het enkel openbaar maken van informatie leidt tot een hooiberg waarin het moeilijk is om de speld te vinden van het specifieke stukje informatie dat jou als burger aangaat. Het is noodzakelijk dat informatie wordt geordend en vindbaar wordt gemaakt op een manier die aansluit bij de beleavingswereld en situatie van mensen. Daarnaast moet rekening worden gehouden met fysieke beperkingen die het mensen moeilijk maken om inzicht te krijgen in informatie van de overheid.

ad b. Participatie en inclusiviteit

Deze beginselen vloeien voort uit het Tijdelijk besluit digitale toegankelijkheid overheid, de Wet digitale overheid en de basisregistratiewetten. Deze regelingen zijn erop gericht om dienstverlening van de overheid laagdrempelig en toegankelijk te maken door geschikte voorzieningen en door efficiënt gebruik van gegevens

⁹⁵ Zie de Hoofdlijnenbrief digitalisering (Kamerstukken II 2020/21, 26643, nr. 842 (herdruk) en Werkagenda Waardengedreven Digitaliseren (Kamerstukken II 2022/23, 26643, nr. 940 en de bijlage <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-1062267>).

waardoor burgers en bedrijven niet naar de bekende weg hoeft te worden gevraagd. Een goede dienstverlening vergt dat de overheid maatwerk biedt, daar waar de individuele situatie dat rechtvaardigt. Er is bij veel overheidsregelingen sprake van 'niet-gebruik'.⁹⁶ Door goed gebruik van beschikbare informatie kan de overheid bij veel regelingen overgaan tot 'proactieve dienstverlening', zoals bij het voorinvullen van de belastingaangifte nu gebeurt. Omdat de overheid al zoveel gegevens verzameld heeft, kan zij die ook gebruiken bij het voorinvullen van vaak ingewikkelde formulieren voor andere voorzieningen, bijvoorbeeld een bijstandsuitkering of zorgtoeslag. Een waarlijk responsieve overheid spant zich tot het uiterste in om niet-gebruik te reduceren.

De Woo stelt mensen in staat om de besluitvorming te beïnvloeden, en is daarmee een basisvoorwaarde voor daadwerkelijke participatie. Mits adequaat uitgevoerd, biedt de Woo aan alle burgers, maar ook aan wetenschappers, journalisten en andere relevante partijen de mogelijkheid om alle relevante informatie over een bepaald onderwerp, inclusief de besluitvormingsinformatie, te verkrijgen. Zo ontstaat een 'level playing field': de burger heeft een evenwaardige informatiepositie en kan daarmee een eigenstandige positie innemen in elk denkbaar beleidsonderwerp.

ad c. Transparantie en verantwoording

Transparantie gaat enerzijds om het inzicht in persoonsgegevens die een overheidsorgaan van en over burgers verwerkt. Dat omvat ook duidelijkheid over het delen van persoonsgegevens met andere overheidsorganen. Deze eis komt uit de Algemene verordening gegevensbescherming. De AVG vereist ook dat verantwoord kan worden dat persoonsgegevens overeenkomstig de eisen die deze wet daaraan stelt verwerkt zijn.

De Woo is al genoemd bij openbaarheid, maar draagt ook bij aan transparantie en verantwoording over het optreden van de overheid. Dit kan directe verantwoording aan burgers zijn, maar ook doordat de beschikbaarheid van informatie de journalistiek in staat stelt om onderzoek te doen en kwesties aan de orde te stellen.

ad d. Rechtmatigheid en rechtvaardigheid

Met rechtmatigheid wordt bedoeld dat de overheid moet zorgen dat gegevens in overeenstemming met de daarvoor geldende wettelijke kaders worden gebruikt. Een voorbeeld is de AVG, die een wettelijke grondslag voor het gebruik van persoonsgegevens vereist.

⁹⁶ In een recent rapport van de Nederlandse Arbeidsinspectie is geconstateerd dat er ongeveer 30 procent niet-gebruik is van de Participatiewet. Dat betekent dat er in Nederland ongeveer 130.000 personen of gezinnen zijn die recht hebben op bijstand, maar dat niet benutten. Zie: Niet-gebruik van de algemene bijstand. Een onderzoek naar de omvang, kenmerken, langdurigheid en aanpak. Den Haag, 30 april 2021 (www.nlarbeidsinspectie.nl/publicaties/publicaties/2021/06/16/niet-gebruik-van-de-algemene-bijstand).

Rechtvaardigheid ziet op het feit dat overheidsorganen bij informatieverwerking rekening houden met individuele omstandigheden, de menselijke maat. De wetgeving moet daarvoor dan ook de ruimte bieden en de informatiepositie verschaffen. Recent is de eerste Staat van de uitvoering verschenen, die laat zien dat de dienstverleningsprocessen waarvoor uitvoeringsorganisaties verantwoordelijk zijn suboptimaal verlopen:

‘Burgers en ondernemers die hun gegevens steeds opnieuw moeten aanleveren. Regelingen die te weinig worden gebruikt. IT-systemen die niet met elkaar communiceren en vaak verouderd zijn. En een te veilige interpretatie van privacywetgeving (AVG). Uitvoerders proberen dergelijke problemen vooral zelf op te lossen, maar om echt een stap verder te komen is collectieve actie nodig: het gezamenlijk en versneld uitvoeren van een overkoepelende digitale agenda.’⁹⁷

In de kern is dit een roep van de uitvoerende professionals om meer responsief te kunnen zijn. De huidige informatievoorziening belemmert hen in die responsiviteit.

ad e. Integriteit en vertrouwelijkheid

Integriteit heeft betrekking op de juistheid en betrouwbaarheid van informatie. Dit beginsel komt voort uit de Algemene wet bestuursrecht, die betrouwbaarheid als eis formuleert bij elektronisch verkeer tussen overheid en burger. Vertrouwelijkheid ziet op de beveiliging van systemen voor informatieverwerking, zowel binnen een overheidsorgaan, als in communicatie met andere overheidsorganen en met burgers en bedrijven. Daarbij horen ook voorzieningen voor authenticatie en autorisatie: is iemand wie hij zegt te zijn en heeft hij de bevoegdheid om over bepaalde gegevens te beschikken? Deze beginselen vloeien mede voort uit de Wet digitale overheid en uit de Baseline informatiebeveiliging overheid.

ad f. Behoud van cultureel erfgoed en creatie van waarde

Deze laatste beginselen komen voort uit de Archiefwet 1995 en de Wet hergebruik van overheidsinformatie. Informatie van de overheid is van groot belang voor (cultuur)historisch onderzoek en biedt veel mogelijkheden voor het ontwikkelen van toepassingen die burgers en bedrijven gemak of hulp bieden. Gedacht kan worden aan gebruik van gegevens van Rijkswaterstaat voor apps die verkeersinformatie over wegen en vaarwegen geven, de toepassing van weergegevens van het KNMI voor apps die nauwkeurig weersinformatie bevatten voor plezier- en beroepsvaart. Duurzame opslag van informatie in herbruikbare formaten is daarbij van groot belang.

⁹⁷ De Staat van de uitvoering, 2022. Den Haag, 2022 (<https://staatvandeuitvoering.nl/app/uploads/2023/01/Staat-van-de-Uitvoering-2022-1.pdf>).

In de lijst met generieke informatiewetten die binnen de reikwijdte van de Algemene informatiewet zouden komen te vallen, hebben we ook de Awb genoemd. De Awb regelt het verkeer tussen burgers en bestuursorganen en stelt eisen aan de informatie die daarbij uitgewisseld wordt en de wijze waarop dat gebeurt. Zo bepaalt artikel 4:2 Awb welke gegevens in een aanvraag vermeld moeten worden en stelt afdeling 2.3 van de Awb eisen aan het gebruik van elektronische communicatie in het verkeer tussen burgers en bestuursorganen. In de Awb zijn algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) gecodificeerd, algemene principes die door bestuursorganen in het verkeer met burgers en bedrijven in acht moeten worden genomen. Die beginselen omvatten ook de manier waarop bestuursorganen met informatie van en over burgers omgaan. De vraag rijst dan of aparte beginselen van informatieverwerking, zoals hiervoor zijn genoemd, nodig zijn, of dat de abbb voldoende kader bieden om de informationele zorgplicht van de overheid uit te drukken. Dit temeer nu artikel 3:1 tweede lid Awb bepaalt dat deze beginselen ook van toepassing zijn op andere handelingen van de overheid dan besluiten, voor zover de aard van die handelingen zich daartegen niet verzet.

De abbb die in elk geval ook de omgang met informatie door de overheid betreffen zijn:

1. Het beginsel van *fair play*, ofwel eerlijke behandeling (art. 2:4 Awb); dit houdt in dat een bestuursorgaan zijn taken zonder vooringenomenheid of partijdigheid vervult.
2. Het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb), dat inhoudt dat een bestuursorgaan bij het voorbereiden van een besluit alle kennis over feiten en af te wegen belangen verwerft die voor het nemen van een juist besluit nodig zijn.
3. Verbod van *détournement de pouvoir* (art. 3:3 Awb), dat betekent dat een bestuursorgaan een bevoegdheid alleen mag gebruiken voor het doel waarvoor die bevoegdheid wettelijk is toegekend.
4. Het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 tweede lid Awb), op grond waarvan de overheid moet zorgen dat de lasten of nadelige gevolgen van een besluit voor een burger niet zwaarder zijn dan de doelen die met het besluit gediend worden.
5. Het motiveringsbeginsel (art. 3:46 Awb) dat vereist dat besluiten deugdelijk onderbouwd zijn. Dit betekent dat de onderliggende feiten moeten kloppen en dat de onderbouwing logisch en begrijpelijk moet zijn.

Naast deze in de Awb opgenomen abbb zijn er nog algemene rechtsbeginselen die door de overheid bij het uitoefenen van haar taken in acht moeten worden genomen, zoals het gelijkheidsbeginsel (gelijke gevallen moeten op gelijke wijze worden behandeld), het rechtszekerheidsbeginsel (de overheid moet besluiten zo formuleren dat de burger weet waar hij aan toe is en de overheid moet de geldende rechtsregels juist en consequent toepassen) en het vertrouwensbeginsel (door uitlatingen of toezeggingen of ander handelen opgewekt vertrouwen moet gehonoreerd worden). Om deze beginselen te kunnen waarborgen is een goede informatiehuishouding essentieel; het vereist een goede informatiepositie van het bestuursorgaan om feiten vast te stellen, belangen af te wegen, uit te leggen waarom een besluit is

genomen, de grondslagen van dat besluit kenbaar te maken en de wijze waarop de wettelijke regels zijn toegepast om tot een besluit te komen.⁹⁸

De wijziging van de Awb die bij de Eerste Kamer ligt, het wetsvoorstel modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer,⁹⁹ voegt in een nieuw artikel 2:1 eerste lid een zorgplicht voor bestuursorganen toe aan de Awb (los van digitalisering), namelijk de zorg voor passende ondersteuning in het verkeer met een bestuursorgaan. Ook daaruit vloeit voort dat de informatie beschikbaar moet zijn om die passende ondersteuning proactief en responsief te leveren.

De Algemene informatiewet zou de naleving van de abbb en de zorgplicht voor passende ondersteuning kunnen versterken door in het verlengde daarvan de opdracht bij de overheid te leggen om de informatiehuishouding zodanig in te richten dat deze optimaal dienstbaar is aan de adequate uitvoering van de overheidstaak en aan ondersteuning van de burger in het verkeer met de overheid. Vooralnog zijn we voor de hoofdlijn van de Algemene informatiewet uitgegaan van de eerdergenoemde beginselen van informatieverwerking, maar de relatie met Awb en de abbb is zeker een punt voor nader onderzoek in de verdere uitwerking van de wet.

Brug naar concrete normstelling

Om de informatiele zorgplicht te realiseren moet een brug worden geslagen van de algemene beginselen van informatieverwerking naar concrete normstelling. De Algemene informatiewet doet dat door aan overheidsorganen de zorg op te dragen voor een zodanige informatiehuishouding dat zij daarmee de realisering van de algemene beginselen van informatieverwerking verzekeren jegens eenieder. Deze zorg wordt gespecificeerd naar zes zogenoemde archetypen van werkprocessen die binnen de overheid voorkomen. De term archetype duidt aan dat het om basale, algemeen voorkomende processen gaat die typerend zijn voor het ontwikkelen en verwezenlijken van overheidsbeleid. De voorbeelden die in hoofdstuk 3 zijn beschreven, zijn langs de lijn van de archetypen geordend. Het gaat om de volgende processen:

⁹⁸ Het gaat hier bijvoorbeeld ook om de wijze waarop de wettelijke regels vertaald zijn naar beslissen rekenregels (algoritmen) op grond waarvan geautomatiseerd berekeningen worden gemaakt voor een uitkering of heffing, of op grond waarvan een rechtspositie wordt vastgesteld (bijvoorbeeld beoordeling of iemand in aanmerking komt voor een vergunning). Zie voor methoden om algoritmen traceerbaar te maken naar hun juridische bron A. Ausems, J.P. Bulles en M.H.A.F. Lokin, Wetsanalyse voor uitvoerbare wetgeving met ICT, Den Haag: Boom juridisch 2021 en R. van Doesburg en T. van Engers, Explicit interpretation of the Dutch Aliens Act, Specifications for Decision Support Systems and Administrative Practice, in: Proceedings of the Workshop on Artificial Intelligence and the Administrative State co-located with 17th International Conference on AI and Law, Montreal 2019 (<https://ceur-ws.org/Vol-2471/paper6.pdf>), zie ook Calculemus Flint (<https://gitlab.com/digicampus/regtech/regtech-community/-/wikis/Calculemus-Flint>).

⁹⁹ Kamerstukken I 2021/22, 35261, A.

1. *Het ontwikkelen van beleid en wetgeving*

Dit is een sterk documentgedreven proces waarin voor maatschappelijke problemen een oplossing wordt geformuleerd en de instrumenten worden gekozen om deze oplossing te realiseren. In veel gevallen zal wetgeving een van de instrumenten zijn, vanwege het feit dat – zoals gezegd – het legaliteitsbeginsel een belangrijke pijler is van onze democratische rechtsstaat. Onderdeel van de wetgeving is het aanwijzen van subjecten en objecten van het beleid en de rechtsbetrekkingen tussen die subjecten. Voorbeeld is een recht op een uitkering bij werkloosheid, de plicht tot het hebben van een vergunning voor activiteiten die de omgeving belasten, een plicht tot het betalen van belasting. Daarnaast wordt de informatiepositie vastgelegd die nodig is om die rechtsbetrekkingen te effectueren en wordt een overheidsorgaan aangewezen dat met de uitvoering belast is. Informatie voor de beleidsvorming zelf is onder meer afkomstig uit de processen Uitvoeren van beleid en wetgeving, Inspectie en handhaving en Ontwikkelen van kennis (zie onderdelen b, c en f).

2. *Het uitvoeren van beleid en wetgeving*

Als beleid is vastgesteld, moet het uitgevoerd worden. Het gaat hier om het beoordelen van aanvragen, het toekennen van aanspraken op basis daarvan (bijvoorbeeld toekennen van uitkeringen, verlenen van subsidies en vergunningen) en het opleggen van verplichtingen (bijvoorbeeld heffen van belastingen, opleggen van boetes e.d.). Deze processen zijn tamelijk lineair en worden – nu het vaak om grote aantallen gaat – veelal (deels) geautomatiseerd uitgevoerd. Ze zijn de laatste tijd steeds meer datagedreven geworden; er wordt niet meer alleen gebruikgemaakt van door burgers en bedrijven aangeleverde gegevens, maar ook van informatie van andere overheidsorganisaties, uit basisregistraties (zie onderdeel d) en private organisaties zoals banken en verzekeraars. Onder het uitvoeren van beleid en wetgeving scharen we ook de rechtsbescherming via bezwaar bij het bestuursorgaan en beroep bij de rechter. Deze hebben een belangrijke rol bij het verzekeren van een rechtmatige en rechtvaardige uitvoering van beleid en wetgeving.

3. *Het houden van toezicht op de naleving en handhaven van overtreding van wetgeving*

Als beleid is bepaald, geland in wetgeving en wordt uitgevoerd, dan is inspectie en handhaving nodig: wordt conform de regels gewerkt? Het betreft hier met name de fysieke inspectietaak, zoals uitgevoerd door onder meer de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit, de Nederlandse Arbeidsinspectie en de Inspectie leefomgeving en transport. Ook aan dit proces ligt in de regel informatie over verrichte activiteiten (bedrijfsmatig of privé) ten grondslag; ze vormen de basis voor selecties voor controlebezoeken en het eventueel interveniëren als overtreding van voorschriften wordt geconstateerd. Maar anders dan bij uitvoering wordt hier vaak ook geaggregeerde informatie verwerkt. Zo doet de Inspectie voor het onderwijs uitspraken over scholen of opleidingen, niet over de prestaties van een individuele leerling of docent.

4. *Het inrichten van administraties en registraties ten behoeve van de onder a. tot en met c. genoemde processen*
Om de informatiepositie te verwerven en behouden die voor het uitvoeren van taken nodig is, houden uitvoeringsorganisaties en inspecties administraties bij. Voor elk subject of object waarvoor de overheid beleid maakt, zal immers informatie over dat object verzameld moeten worden. Om de informatiepositie die dat oplevert optimaal te benutten, hebben administraties die in een andere context herbruikbare gegevens bevatten, wettelijk de status van basisregistratie gekregen. Voorbeelden zijn de BRP (oorspronkelijk de gemeentelijke bevolkingsboekhouding), het Handelsregister (oorspronkelijk ingericht ter bevordering van de transparantie in het handelsverkeer) en de Basisregistratie voertuigen (het kentekenregister). De wettelijke grondslag doorbreekt de oorspronkelijke doelbinding voor deze gegevens, wat hergebruik mogelijk maakt. Door overheidsorganisaties te verplichten deze basisregistraties te gebruiken in plaats van steeds opnieuw zelf gegevens te vragen aan burgers en bedrijven, creëert de overheid in haar informatiehuishouding de mogelijkheid om de responsiviteit te bevorderen.
5. *De ontwikkeling van kennis ten behoeve van de in de onderdelen a. tot en met d. genoemde processen*
Het gaat hier om de taken van de planbureaus, zoals het Centraal Planbureau, het Planbureau voor de leefomgeving en het Sociaal Cultureel Planbureau en om kennisinstellingen zoals het RIVM en het CBS. Zij doen onderzoek en genereren kennis voor het ontwikkelen van beleid, maar bieden ook de mogelijkheid tot reflectie en evaluatie van beleid voor de uitvoerings- en inspectietaken en bedrijfsvoering. Kennisinstellingen hebben fundamenteel andere informatieverzamelingen. Het zijn geen databases die transacties ondersteunen, zoals het geval is bij uitvoeringsprocessen. Het zijn eerder datawarehouses, waarin tijdreeksen van bepaalde situaties worden bewaard. Daarmee ondersteunen kennisinstellingen beleidsprocessen en maken ze evaluatie en monitoring mogelijk.
6. *Bedrijfsvoering*
Het gaat hier om gegevens ten behoeve van financiële huishouding van overheidsorganen (begroting en verantwoording), planning, personeelsadministratie, communicatie, huisvesting e.d. Elke organisatie kent bedrijfsvoeringsprocessen en deze zijn informatie-intensief. Het acroniem Scopafijth beschrijft deze processen: security, communicatie, organisatie, personeel, automatisering, financiën, informatie, juridisch, technologie en huisvesting.

De relatie met deze werkprocessen is gelegd omdat de normering in de huidige informatiewetten heel generiek en open is. Op zich is dat begrijpelijk, omdat dat ruimte laat om de inrichting af te stemmen op aard en functie van de informatie. Overheidsorganisaties worstelen echter vaak met de juiste invulling ervan en met juiste implementatie in hun dagelijkse praktijk en de daarbij gebruikte

IT-applicaties en -systemen.¹⁰⁰ Er is veel behoefte aan verbijzondering van de normen naar hun uitvoeringspraktijk, vooral om burgers en bedrijven beter te kunnen helpen. Om informatie efficiënt en effectief op te slaan en te kunnen delen, is het nodig om bij uitwerking van de normen niet in de traditionele 'kokers' van organisaties of beleids- en wetgevingsdomeinen te denken, maar te zoeken naar homogene groepen waarvoor de uitwerking kan plaatsvinden. Dat komt de effectiviteit en efficiency bij het verwerken van informatie, ook om die deelbaar te maken, ten goede. Een ordening naar archetypen draagt er dan aan bij dat de zorgplicht beter geconcretiseerd kan worden naar werkproces en de interactie met burgers en bedrijven die daarbij hoort.

De werkprocessen bieden de basis voor het gesprek met vertegenwoordigende instanties over wensen en behoeften wat betreft concretisering van normen voor de informatiehuishouding van overheidsorganisaties, of over het opvullen van hiaten of oplossen van knelpunten. Zo zijn bijvoorbeeld organisaties die beleid en wetgeving uitvoeren verenigd in de Manifestgroep, rijksinspecties in de Inspectieraad, kennisinstellingen (zoals de planbureaus, het CBS) in de Raad voor Kennisinstellingen (RKI). Het idee is om met deze organisaties op bestuurlijk, architectuur en juridisch niveau om tafel te gaan om behoeften, randvoorwaarden en knelpunten in hun informatiehuishouding in kaart te brengen en uit te werken in akkoorden. Normatieve elementen uit deze akkoorden kunnen worden opgenomen in de informatiewetten, eventueel via een wijzigingshoofdstuk in de Algemene informatiewet.¹⁰¹

De eerste stap in het invullen van de zorgplicht via de Algemene informatiewet is het opdragen aan overheidsorganen van een zodanige zorg voor de informatiehuishouding dat aantoonbaar wordt voldaan aan de normen die in de verschillende genoemde informatiewetten en -regelingen staan. Die normen zijn immers al gericht op verwezenlijking van de algemene beginselen van informatieverwerking; de Algemene informatiewet expliciteert in feite de doelstellingen van die wetten en regelingen.

Een volgende stap is dat zij wettelijk verplicht worden de informatiehuishouding zo veel mogelijk op gestandaardiseerde wijze in te richten, conform architectuurkaders en met toepassing van standaarden en generieke voorzieningen. Dat maakt dat informatie gemakkelijker toegankelijk kan worden gemaakt en worden gedeeld, zowel binnen de overheid als (nog belangrijker) met burgers en bedrijven.

Een voorbeeld van gestandaardiseerde gegevensdeling via een generieke infrastructuur is de Suwi-keten. De Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet Suwi) is de juridische basis voor deze keten voor uitvoering van verschillende socialezekerheidswetten. De Wet Suwi bepaalt hoe de verschillende uitvoeringsorganen

100 Zie het eerder aangehaalde VNG-rapport en de kwesties die worden aangehaald in de keukentafelgesprekken die de regeringscommissaris informatiehuishouding organiseert (www.informatiehuishouding.nl/keukentafel sessies-regeringscommissaris).

101 Zo'n hoofdstuk met wijzigingen in andere wetgeving heeft het karakter van een verzamel- of veegwet.

voor de sociale zekerheid, te weten het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV), de Sociale verzekeringsbank (SVB) en de gemeenten samenwerken. De Gemeenschappelijke elektronische Voorziening Suwi, beter bekend als Suwinet, is de generieke infrastructuur waarover de Suwi-ketenpartijen gegevens met elkaar uitwisselen voor de uitoefening van hun wettelijke taak. De Suwi-wetgeving regelt de governance en stelt eisen aan de ketenarchitectuur, beveiliging, gegevensopslag en -beheer.

De waarde van deze infrastructuur en de standaarden zou nog groter kunnen zijn als deze ook benut zou kunnen worden voor gegevensuitwisseling in en met aanpalende domeinen, zoals zorg, schuldhulpverlening, inburgering e.d. Per domein worden daarvoor nu echter nieuwe knooppunten gebouwd, met een eigen (keten)architectuur op basis van de wet- en regelgeving, met specifieke eisen voor beveiligingsniveau en gegevensopslag en -beheer. Dit belemmert breder hergebruik en uitwisseling van gegevens die in de Suwi-keten beschikbaar zijn. Dit wordt mede veroorzaakt door de departementale verkaveling: ministeries kijken primair naar hun eigen beleids-terrein en richten vanuit dat perspectief wetgeving en ICT-systemen in voor de uitvoering van taken. Vanuit optiek van dienstverlening en de informatie-uitwisseling die voor een responsieve overheid nodig is, moet veel meer worden ingezet op een organisatieoverstijgende aanpak op basis van generieke voorzieningen en standaarden.

In België is men een stap verder gegaan met oprichting van de Kruispuntbank voor Sociale Zekerheid (KSZ).¹⁰² De Kruispuntbank is ingericht op een gedecentraliseerde opslag en een goed beveiligde en georganiseerde uitwisseling van gegevens tussen de instellingen van de sociale zekerheid. Daarbij is ingezet op een vergaande standaardisatie ten behoeve van een efficiënte en effectieve gegevensuitwisseling, met een hoog niveau van informatieveiligheid en bescherming van persoonsgegevens, met gebruik van nieuwe technologieën en op basis van een gemeenschappelijke, onderling afgestemde visie. Inmiddels bedient de Kruispuntbank 3.000 actoren¹⁰³ op het gebied van sociale zekerheid (o.a. ziekte, werkloosheid, kinderen, pensioen, handicap, ongevallen). De infrastructuur van de KSZ is zo ingericht dat persoonsgegevens op een automatische en beveiligde manier worden uitgewisseld zonder dat de KSZ zelf toegang heeft tot de gegevens. Verder levert de KSZ geïntegreerde, sectoroverschrijdende beleidsondersteunende informatie ten behoeve van beleidsvorming en onderzoek.

In het programma Open op Orde wordt – zoals eerder beschreven – aan architecturen gewerkt die standaardisatie en generieke voorzieningen voor informatiehuishouding moeten ondersteunen. Die zijn nu nog met name gericht op de rijks-overheid. Voor het delen van gegevens wordt in het kader van de eerdergenoemde Interbestuurlijke datastrategie¹⁰⁴ en het daarin opgenomen federatieve datastelsel,

102 KSZ, Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid (www.ksz-bcss.fgov.be/nl).

103 Zie de presentatie Elektronische dienstverlening: het Kruispuntbankmodel op www.ksz-bcss.fgov.be/nl/over-de-ksz/presentaties.

104 Kamerstukken II 2021/22, 26643, nr. 797 met bijlage.

een overheidsbrede uitwerking gemaakt.¹⁰⁵ Het streven zou moeten zijn om voor overheidsbreed hergebruik van informatie tot eenzelfde niveau van standaardisatie te komen als de Belgische Kruispuntbank heeft gerealiseerd.

Wettelijke verplichtingen als hiervoor beschreven blijven een rustig bezit als niet de juiste sturingsinstrumenten bestaan om randvoorwaarden op het gebied van architectuur, standaarden en voorzieningen te vervullen en daarmee de transformatie naar een nieuwe informatiehuishouding te ondersteunen. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de wijze waarop dit in een algemene informatiewet kan worden uitgewerkt.

Sturing en toezicht

In de sturing op de transformatie naar een nieuwe informatiehuishouding voor de overheid die responsiviteit ondersteunt, kunnen drie elementen worden onderscheiden. In de eerste plaats is het nodig om taken en bevoegdheden toe te kennen voor het stellen van architectuurkaders, het aanwijzen van standaarden en het realiseren van voorzieningen. In de tweede plaats is een goede planning nodig voor de benodigde veranderingen bij de verschillende overheidsorganen. Om te kunnen monitoren of de resultaten in het gewenste tempo worden behaald, is verantwoording nodig op basis waarvan kan worden bijgestuurd. Het derde element betreft de wijze waarop toezicht wordt vormgegeven. Hieronder worden deze drie elementen uitgewerkt.

a. Taken en bevoegdheden

Op dit moment zijn taken en bevoegdheden rond de informatievoorziening en ICT-systemen van de rijksoverheid geregeld in een aantal ministeriële regelingen onder artikel 44 Grondwet. Dat artikel bepaalt dat bij koninklijk besluit ministeries worden ingesteld en dat zij onder leiding staan van een minister. Voor ieder ministerie is de wijze waarop het is ingericht en georganiseerd, neergelegd in een of meer ministeriële regelingen. Ook voor de verdeling van taken tussen ministeries kunnen dergelijke regelingen worden getroffen. Zo draagt het Besluit informatievoorziening in de rijksdienst 1990¹⁰⁶ 'de verantwoordelijkheid voor de coördinatie op het gebied van de informatievoorziening in de openbare sector als geheel' op aan de minister van Binnenlandse Zaken (sic). Aan verschillende ministers wordt de verantwoordelijkheid voor deelgebieden van de informatievoorziening toebedeeld, zoals voor politieke informatie en justitiële informatie (de ministers van Binnenlandse Zaken en van Justitie), statistische informatie (de minister van Economische Zaken), documentaire overheidsinformatie (de minister van Binnenlandse Zaken), documentaire objecten (de minister van Onderwijs en Wetenschappen en de

105 Federatief Datastelsel: 'Het organiseren van vertrouwen' (www.digitaleoverheid.nl/achtergrond/artikelen/federatief-datastelsel-het-organiseren-van-vertrouwen/).

106 Besluit informatievoorziening in de rijksdienst 1990 (Besluit IVR 1990) (Strct. 1991, 20).

minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur).¹⁰⁷ In de regeling tekent zich al de verdeling van de verantwoordelijkheid voor verschillende aspecten van informatievoorziening en informatiehuishouding over met name de ministers van (nu) BZK en OCW af. Bijzonder is verder dat de regeling op het eerste gezicht beperkt lijkt tot de rijksdienst (alleen de ministeries en direct daaronder ressorterende onderdelen, exclusief zelfstandige bestuursorganen (zbo's)), maar bij de verantwoordelijkheidstoedeling opeens de hele openbare sector betreft. Dit begrip is in de eerder aangehaalde Beleidsnota informatievoorziening openbare sector (BIOS) omschreven als:¹⁰⁸

‘het geheel van:

1. het parlement en andere Hoge Colleges van Staat,
2. de departementen die samen de rijksdienst vormen (en de daaronder ressorterende diensten, bedrijven en instellingen),
3. de provincies en gemeenten (en de daaronder ressorterende diensten en bedrijven),
4. andere publiekrechtelijke organen, zoals waterschappen en Kamers van Koophandel,
5. de zogenaamde gereguleerde sectoren zoals het onderwijs, de organen binnen het sociale zekerheidsstelsel en de ziekenhuizen, die door de overheid worden betaald of volgens overheidsvoorschriften gefinancierd.’

Dit maakt de algemene coördinerende verantwoordelijkheid zeer breed. Artikel 2 van het Coördinatiebesluit organisatie, bedrijfsvoering en informatiesystemen rijksdienst¹⁰⁹ geeft de minister van BZK de bevoegdheid om (na overleg met de desbetreffende ambtgenoten) kaders vast te stellen ter bevordering van de eenheid, de kwaliteit of de efficiëntie van de bedrijfsvoering en de informatiesystemen van de ministeries. Hij kan daartoe onder meer ‘voorzieningen aanwijzen die in verband met de noodzakelijke interoperabiliteit of beveiliging voor bepaalde informatiesystemen van alle of een daarbij aangegeven deel van de ministeries zullen worden gebruikt’. Dit artikel is uitgewerkt in het Besluit CIO-stelsel 2021, waarin aan Chief Information Officers (CIO's) van de ministeries een groot aantal taken wordt opgedragen, waaronder het adviseren over het beleid ten aanzien van informatievoorziening en digitalisering, het adviseren over de implicaties van (voorgenomen) wet- en regelgeving en beleid voor informatievoorziening en digitalisering, het stimuleren van digitale transformatie en technologisch gedreven innovatie binnen het eigen ministerie door te investeren in een cultuur van kennisdeling. Dit alles door het lerend vermogen op het gebied van digitalisering binnen het eigen ministerie te bevorderen.¹¹⁰ De regeling voorziet ook in aanwijzing door de minister van

¹⁰⁷ Aan de naamgeving is te zien dat de regeling ettelijke kabinetswijzigingen en portefeuillewisselingen heeft overleefd.

¹⁰⁸ Kamerstukken II 1987/88, 20644, nrs. 1-2, p. 68.

¹⁰⁹ Coördinatiebesluit organisatie, bedrijfsvoering en informatiesystemen rijksdienst (Stb. 2011, 18), inwtr. 1 februari 2011.

¹¹⁰ Art. 4 Besluit CIO-stelsel rijksdienst 2021.

BZK van een CIO-Rijk.¹¹¹ Deze is belast met de ontwikkeling en coördinatie van het rijksbrede informatievoorzienings- en digitaliseringsbeleid en zorgt voor de ontwikkeling en het beheer van generieke ICT-voorzieningen en informatiesystemen als bedoeld in het hiervoor geciteerde artikel 2 van het Coördinatiebesluit. De CIO-Rijk krijgt daarnaast een aantal taken toebedeeld die de op rijksniveau overkoepelende variant zijn van de taken van de departementale CIO's en daarnaast gericht zijn op coördinatie, kaderstelling, toezicht op naleving van die kaders.¹¹²

Deze tamelijk droge opsomming laat zien dat op (digitaal) papier de basis aanwezig is voor gerichte sturing op de generieke voorzieningen die voor ondersteuning van de informatiehuishouding bij in elk geval de rijksoverheid nodig zijn. Voor het vaststellen en verplichten van standaarden (essentieel om interoperabiliteit ofwel 'technische samenwerking' tussen systemen te bereiken) is een bepaling opgenomen in artikel 3 van het voorstel voor de Wet digitale overheid.¹¹³ Dit biedt de basis om bij algemene maatregel van bestuur standaarden aan te wijzen, en legt aan overheidsorganen de verplichting op om aangewezen standaarden toe te passen.¹¹⁴

Niettemin lijkt het toch aan doorzettingsmacht of -kracht te ontbreken bij het realiseren van de veranderingen in informatiehuishouding en digitalisering van de overheid. Het vaststellen van de bevoegdheden op het niveau van de formele wet kan de versteviging brengen die nodig is om de benodigde transformatie te realiseren. Het idee is daarom om een aantal van de bevoegdheden en taken van de minister van BZK op te nemen in de Algemene informatiewet. Het gaat dan met name om het opdragen aan de minister van BZK van de vaststelling van algemene kaders voor de inrichting van de informatiehuishouding en informatievoorziening van overheidsorganisaties en van de ontwikkeling, beschikbaarstelling en instandhouding van standaarden en generieke voorzieningen voor de informatiehuishouding en informatievoorziening. Daarnaast kan worden voorzien in aanwijzing van generieke voorzieningen voor informatiehuishouding en informatievoorziening en van standaarden (via vantoepassingverklaring van art. 3 Wet digitale overheid), die verplicht gebruikt worden door alle overheidsorganisaties. De taken en bevoegdheden van CIO-Rijk vormen een uitwerking van de wettelijke bepalingen, waarbij de CIO-Rijk deze in mandaat namens de minister van BZK verricht.

Overigens ligt het in de rede om te voorzien in medebetrokkenheid van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap bij deze taken en bevoegdheden, aangezien deze eerstverantwoordelijke is voor de Archiefwet, essentieel voor een deugdelijke informatiehuishouding van de overheid. De uitwerking en verdeling van de taken en bevoegdheden in de wet is niet eenvoudig en vergt zeker nog nader onderzoek.

111 Art. 10 Besluit CIO-stelsel rijksdienst 2021.

112 Art. 11 Besluit CIO-stelsel rijksdienst 2021.

113 Kamerstukken I 2019/20, 34972, A.

114 Standaarden worden voor aanwijzing op brede bruikbaarheid beoordeeld door het Forum Standaardisatie. Beoordeling leidt nu tot opname op een lijst van verplichte standaarden waarvoor een 'comply or explain'-regime geldt. De standaarden van deze lijst worden op termijn opgenomen in een amvb onder de Wet digitale overheid. Zie Forum Standaardisatie, Lijst open standaarden (www.forumstandaardisatie.nl/open-standaarden).

b. *Planning en verantwoording*¹¹⁵

De vernieuwing van de informatiehuishouding die nodig is om de transformatie naar een responsieve overheid te realiseren, is een grote en complexe opgave. Het vraagstuk heeft veel dimensies (cultuur, organisatie, juridica en techniek) en overstijgt de traditionele, organisatiegerichte inrichting van de overheid. Alle bestuurslagen worden erdoor geraakt en moeten mee in de verandering. Zij gaan een groot-scheepse verbouwing in, terwijl de winkel open blijft en ondertussen zelfs nog hier en daar een lik plamuur of een tijdelijke versteviging moet krijgen om de klanten (beter) te kunnen bedienen.¹¹⁶

In het Besluit IVR 1990 bevat nog steeds een stelsel van structuurschetsen voor deelgebieden van de informatievoorziening (art. 6 tweede lid) en meerjareninformatieplannen voor alle ministeries (art. 10 en 11).¹¹⁷ De structuurschetsen zouden moeten worden opgesteld als de ontwikkelingen op een bepaald deelgebied daar aanleiding toe gaven. De eerder aangehaalde nota BIOS zegt erover:¹¹⁸

‘Een structuurschets is met andere woorden een gezaghebbend plan van aanpak voor de informatievoorziening op een bepaald gebied. Zonder zo’n plan is eenheid van optreden met behulp van informatietechnologie vrijwel uitgesloten en zullen vroeg of laat problemen ontstaan.’

Vaststelling gebeurt door de ministerraad. De nota BIOS geeft een termijn van vier à vijf jaar aan voor vaststelling of aanpassing van de structuurschets.

De meerjareninformatieplannen worden opgesteld ‘ten behoeve van een systematische planning van de voorgenomen activiteiten op het gebied van de informatievoorziening binnen de eigen ministeries’. Als zo’n plan ‘relevant is vanuit het oogpunt van de algemene coördinatie op het terrein van de overheidsinformatievoorziening’, moet het ook aan de minister van BZ(K) worden voorgelegd. De nota BIOS zegt hierover:¹¹⁹

‘Een systematische planning van automatiseringsvoornemens biedt de opstellers van de plannen een onmisbaar instrument voor het formuleren van het eigen informatievoorzieningsbeleid in samenhang met bestuurlijke en organisatorische vraagstukken. Tevens bieden zij een instrument voor de beheersing van deze vaak ingewikkelde materie.’

115 We onderscheiden dit van het toezicht op naleving van de materiële normen die de verschillende informatiewetten stellen voor (inrichting van) de informatiehuishouding, gericht op bijvoorbeeld openbaarheid, privacy, bescherming van erfgoed, hergebruik en informatieveiligheid. Dit toezicht komt onder c aan de orde.

116 Voor versnelling van de afhandeling van Woo-verzoeken (par. 4.3) en voor het bewaren en beheeren van chat- en mailberichten (zie het in hoofdstuk 1 aangehaalde advies van de ACOI) zullen bijvoorbeeld tussentijdse maatregelen nodig zijn.

117 Dit besluit zou overigens zeker in de prijzen vallen als een trofee zou worden uitgelooft voor de meest bestendige regeling in het Nederlandse wettenbestand; sinds de vaststelling eind 1989 is het nooit gewijzigd.

118 Kamerstukken II 1987/88, 20644, nrs. 1-2, p. 18.

119 Nota BIOS, p. 19.

Ook recenter is in de regelgeving voorzien in planningsinstrumentarium. Het Besluit CIO-stelsel 2021 verplicht aan de desbetreffende minister om zijn departementale CIO op te dragen om te zorgen voor het opstellen, beheren en uitvoeren van een meerjarig informatieplan voor het eigen ministerie, voorzien van een financiële paragraaf (art. 4 onder c). Blijkens de toelichting op het besluit gaat het om een strategische visie, die beschrijft welke digitale keuzes de organisatie maakt en hoe ze worden geïmplementeerd. Doel is om de verantwoordelijke minister in staat te stellen om ontwikkelingen als toenemende beveiligingsrisico's en het toenemende dataverkeer tijdig en strategisch af te wegen en daarin te kiezen. De taak van de CIO is vervolgens om het (technologische) innovatieproces in het ministerie te stimuleren om de visie te realiseren.¹²⁰ Daarbij wordt gesproken over een stapsgewijze benadering, ofwel een digitale transformatie. De nadruk lijkt in het besluit te liggen op ICT-ondersteuning van primaire processen, dus een meer technische insteek. De inrichting van de informatiehuishouding komt in het besluit niet concreet aan de orde.

De vraag is of het hier geschetste planningsinstrumentarium geschikt is voor sturing op de integrale vernieuwing van de informatiehuishouding die wordt nagestreefd. Het is enerzijds obsoleet en heeft anderzijds niet de juiste focus. In artikel 6.2 van de Woo wordt ook een meerjareninformatieplan voorgeschreven, specifiek gericht op duurzame toegankelijkheid van de overheidsinformatie die onder de wet valt.¹²¹ Het is dus toegespitst op het realiseren van het recht op overheidsinformatie dat in artikel 1.1 Woo is opgenomen.

Om tot een integrale planning en verantwoording over de vernieuwing van de informatiehuishouding en informatievoorziening te komen die nodig is voor de beoogde transformatie, zou het voor de hand liggen om een cyclus daarvoor te regelen in de Algemene informatiewet. De onder die wet ressorterende overheidsorganen¹²² krijgen dan de verplichting om een informatieplan op te stellen voor systematische planning van de activiteiten voor de inrichting en instandhouding van de informatiehuishouding en informatievoorziening ten behoeve van de voor hen relevante werkprocessen (de hiervoor beschreven archetypen). Zij leveren deze plannen op aan de ministers van BZK en van OCW, als gezamenlijke verantwoordelijken voor (het beleid op het terrein van) de informatiehuishouding van de overheid in den brede. Zij stellen mede op basis van de informatieplannen een meerjarenplan op, zoals dat ook bedoeld is in artikel 6.2 Woo; dit is echter niet beperkt tot duurzame toegankelijkheid, maar tot alle beginselen die door de Algemene informatiewet worden afgedekt. Het meerjarenplan bevat in elk geval de langetermijndoelen

120 Zie Besluit CIO-stelsel Rijksdienst 2021 (Stcrt. 2020, 62488), Toelichting, p. 8 en 11.

121 Art. 6.2 verwijst daarvoor naar 'de documenten, bedoeld in artikel 2.4, eerste lid'. Dat artikellid geeft echter geen omschrijving van (typen) documenten. Het zal dus gaan om alle 'publieke informatie', in art. 2.1 van de wet omschreven als: 'informatie neergelegd in documenten die berusten bij een orgaan, persoon of college als bedoeld in artikel 2.2, eerste lid, of informatie die krachtens artikel 2.3 door een bestuursorgaan kan worden gevorderd'.

122 Zie par. 4.5.1, begrippenkader. Hieronder vallen dus ook de decentrale overheden, rechtspraak en hoge Colleges van Staat, zij het dat een fasering kan worden aangebracht in het onder de wet brengen van de verschillende overheidsorganen.

voor de inrichting en het beheer van de informatiehuishouding en informatievoorziening van overheidsorganen. Een goed geordende informatiehuishouding overstijgt het belang van openbaarheid alleen; opnemings van het planningsinstrumentarium in de Algemene informatiewet ligt dan meer in de rede.

Ten behoeve van de verantwoording over de voortgang van vernieuwing van de informatiehuishouding, rapporteren de ministeries jaarlijks over de uitvoering van hun informatieplannen. Op basis hiervan wordt een overkoepelende rapportage samengesteld door de ministers van BZK en OCW, die tezamen met de afzonderlijke rapporten van de ministeries aan de Tweede Kamer wordt gezonden.¹²³ Deze cyclus van planning en verantwoording zou kunnen worden gekoppeld aan de cyclus van financiële begroting en verantwoording, zoals opgenomen in de Comptabiliteitswet. Daarmee wordt aangesloten op al bestaande processen, wat de uitvoeringslast kan beperken.¹²⁴ Met een dergelijk stelsel van planning en verantwoording kan zowel bestuurlijk (regering) als politiek (parlement) grip worden gehouden op de realisatie van de vernieuwingen in de informatiehuishouding die voor een transformatie naar een responsieve overheid nodig zijn.

c. Toezicht

De wetten en regelingen die onder het bereik van de Algemene informatiewet zouden komen te vallen (zie par. 4.5.2.) hebben een mechanisme om naleving te bevorderen of af te dwingen, toegespitst op de aard van de normen en de te bereiken doelen. Soms is dat 'toezicht' in de klassieke zin van het woord, waarbij een extern of hoger orgaan bevoegdheden heeft om naleving van normen te toetsen en maatregelen te nemen bij niet-naleving. Voor zover de normen van toepassing zijn op decentrale overheden en er sprake is van medebewind, gelden daarbij de uitgangspunten voor inrichting van interbestuurlijk toezicht, voortvloeiend uit de Wet revitalisering generiek toezicht.¹²⁵ In dat model is de eerste lijn de verantwoordelijkheid van het orgaan zelf. Dit wordt aangeduid als horizontaal toezicht: *checks en balances* tussen de onderdelen van de organisatie. Concreet betekent dat de gemeentearchivaris/archiefinspecteur, en de democratische controle van de gemeenteraad op het college van burgemeester en wethouders (B en W).

De tweede lijn is verticaal toezicht (door de provincie, of door de rijksoverheid (een inspectie)). Een voorbeeld van toezicht door een inspectie is de Autoriteit Persoonsgegevens (AP). Het toezichtregime voor persoonsgegevens wordt voorgeschreven

123 Vergelijk de Stand van de uitvoering die uitvoeringsorganisaties jaarlijks uitbrengen, en de overkoepelende Staat van de uitvoering die op basis daarvan periodiek wordt samengesteld (Laten we samen werken aan oplossingen voor de publieke dienstverlening; politiek, beleid en uitvoering. De Staat van de Uitvoering biedt inzicht in knelpunten en doet concrete voorstellen (<https://staatvandeuitvoering.nl/>) en Standen van de Uitvoering (<https://staatvandeuitvoering.nl/standen-van-de-uitvoering>)).

124 Met het oog op beperking van lasten zouden in de Algemene informatiewet bepalingen moeten worden opgenomen om de regels over (meerjaren)plannen in de Woo te laten vervallen. Ook de regels voor informatieplannen in het Besluit IVR 1990 en het Besluit CIO-stelsel 2021 zouden onder de loep genomen moeten worden met het oog op afstemming op de Algemene informatiewet.

125 Toezicht in de vorm van schorsing en vernietiging van gemeentelijke besluiten wegens strijd met het recht of het algemeen belang wordt hier verder buiten beschouwing gelaten.

door de AVG. Een ander voorbeeld is de Inspectie overheidsinformatie en erfgoed, op basis van de Archiefwet.

Bij organen van de centrale overheid geldt het onderscheid horizontaal-verticaal toezicht formeel niet, maar feitelijk wordt wel vaak met een systematiek van *three lines of defense* gewerkt, waarbij intern verantwoordingsmechanismen¹²⁶ bestaan en een externe toezichthouder de laatste schakel is in de keten.

Soms zijn mechanismen om doelbereiking van de wet te ondersteunen meer gericht op planning en verantwoording of advies, of op druk van buitenaf. Dat is bijvoorbeeld aan de orde bij de Woo (met meerjarenplannen en een adviescollege dat (ook) klachten kan behandelen) en bij de Wet hergebruik overheidsinformatie (waar de druk uitgaat van de gebruikers van de data). Voor informatiebeveiliging (de BIO) worden periodiek *self assessments* en *audits* uitgevoerd door de organisatie zelf.¹²⁷

De vraag is of in de Algemene informatiewet een nieuwe of aanvullende regeling voor toezicht opgenomen zou moeten worden. De wet beoogt een ‘paraplu’ van beginselen te creëren boven de bestaande wetgeving en vestigt een zorgplicht om de informatiehuishouding aantoonbaar zo in te richten dat deze aan alle geldende wettelijke normen voldoet, waardoor de beginselen verwerkelijkt kunnen worden. Het voldoen aan de zorgplicht is dus een afgeleide van het voldoen aan de normen in de bestaande informatiewetten; daarvoor bestaan in die wetten al toezichtmechanismen. Wel zou gezien moeten worden hoe de (toezicht)stelsels in de onderliggende informatiewetten beter op elkaar aangesloten kunnen worden. Te denken valt aan de Archiefwet en de Woo, waar laatstgenoemde wet geen expliciet toezicht kent. De wijzigingen die daarvoor nodig zijn, kunnen worden meegenomen in een wijzigingshoofdstuk in de Algemene informatiewet.

Daarnaast is het van belang (en mogelijk) om overheidsorganen beter te ondersteunen bij de informatieverschaffing die nodig is voor het toezicht en om te zorgen dat die met de minste lasten gepaard gaat. Dan kan bijvoorbeeld door de systematiek die bij gemeenten wordt toegepast voor verantwoording over informatiebeveiliging, ENSIA,¹²⁸ te verbreden naar de relevante i-wetten. ENSIA is een initiatief van gemeenten en de ministeries van BZK en Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) en helpt gemeenten om in één keer verantwoording af te leggen over informatieveiligheid van door hen gebruikte voorzieningen, gebaseerd op de normen in de BIO en in aansluiting op de reguliere planning en control-cyclus van de gemeente. Hierdoor heeft het gemeentebestuur meer overzicht over de informatieveiligheid

126 Dit model komt oorspronkelijk uit de hoek van accounting/auditing, zie bijvoorbeeld *three-lines-model-updated.pdf* (www.theiia.org/globalassets/site/about-us/advocacy/three-lines-model-updated.pdf).

127 De EU heeft recent de NIS2-richtlijn aangenomen waarin regels zijn gesteld op het gebied van netwerk- en informatiebeveiliging: Richtlijn (EU) 2022/2555 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende maatregelen voor een hoog gezamenlijk niveau van cyberbeveiliging in de Unie, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 910/2014 en Richtlijn (EU) 2018/1972 en tot intrekking van Richtlijn (EU) 2016/1148 (PbEU 2022, L 333). De richtlijn bevat ook verplichtingen om nationaal toezicht in te richten en de mogelijkheid van het opleggen van boetes. Dat zal leiden tot (nieuwe) nationale wetgeving voor toezicht op informatiebeveiligingsregels.

128 <https://vng.nl/projecten/ensia>.

van de gemeente en kan het beter sturen en verantwoording afleggen aan de gemeenteraad. Ook ondersteunt de aanpak verantwoording aan de relevante organisaties bij de rijksoverheid.

De ENSIA-aanpak zou verbreed kunnen worden naar alle informatiehuishoudingsaspecten. Er bestaan al Baselines voor informatiehuishouding¹²⁹ die hiervoor de basis zouden kunnen vormen, samen met het Kader voor duurzame toegankelijkheid (DUTO) van het Nationaal Archief.¹³⁰ In de Algemene informatiewet zou een bepaling kunnen worden opgenomen om deze methodiek een formele en overheidsbrede status te geven.

Een mechanisme voor het verder brengen van informatievragestukken

Het hiervoor beschreven kader van de Algemene informatiewet biedt naar ons idee een voldoende fundament voor het realiseren van een vernieuwing van de informatiehuishouding die bijdraagt aan verwezenlijking van de informatiele zorgplicht van de overheid en daarmee aan de transformatie van een bureaucratische naar een responsieve overheid. Niettemin zijn er en zullen er altijd concrete situaties blijven waarin het wettelijk kader voor het verwerken of delen van gegevens niet aansluit op de behoeften of wensen. Dat kan bijvoorbeeld zijn doordat er plotselinge ontwikkelingen zijn waarop dat kader niet is toegerust. Dat kan jurisprudentie zijn die een bestaande praktijk afkeurt of het kan gaan om urgente en onvoorziene maatschappelijke of economische ontwikkelingen. Als zulke ontwikkelingen of omstandigheden zich voordoen, moet daarop flexibel kunnen worden ingespeeld om gegevensverwerking of -deling als oplossing te realiseren.

Ook patstellingen of knelpunten bij het delen van informatie als gevolg van verschillen van inzicht over de interpretatie van wetgeving (met name in het licht van eisen aan bescherming van persoonsgegevens), die in de weg staan aan het goed uitvoeren van taken en passend behandelen van burgers en bedrijven, moeten snel kunnen worden opgelost. Voorbeelden van zulke situaties zijn bepaalde gegevensuitwisselingen in het licht van de toeslagenaffaire (om bijvoorbeeld inzicht te geven in uithuisplaatsingen) of voor ondersteuning van mensen die schuldhulpverlening nodig hebben maar zelf de weg naar de instanties niet vinden. Ook de eerder genoemde kwestie rond het delen van gegevens voor onderzoek naar oversterfte tijdens de COVID-19-pandemie is een voorbeeld. De informatie om werk goed te doen is vaak wel voorhanden, maar juridische discussies belemmeren mensen om deze in te zetten om hun werk goed te doen.¹³¹

¹²⁹ Baseline Informatiehuishouding Rijksoverheid (www.informatiehuishouding.nl/Producten+%26+publicaties/richtlijnen/2018/05/01/baseline-informatiehuishouding-rijksoverheid) en Baseline Informatiehuishouding Gemeenten 2012 (www.noraonline.nl/wiki/Baseline_Informatiehuishouding_Gemeenten_2012).

¹³⁰ Eisen voor de duurzame toegankelijkheid van overheidsinformatie (DUTO-eisen) (www.naonarchief.nl/archiveren/duto).

¹³¹ Zie ook het rapport van de commissie-Brouwer over het gebruik van gegevens door het Land Information Manoeuvre Centre (LIMC) om de coronapandemie en desinformatie daaromtrent in kaart te brengen (Rapport onderzoekscommissie Brouwer: 'Grondslag gezocht', www.defensie.nl/actueel/nieuws/2023/01/13/rapport-onderzoekscommissie-brouwer-grondslag-gezocht). De

In de Staat van de Uitvoering 2022 wordt opgeroepen om de gegevensuitwisseling tussen publieke dienstverleners echt op gang te brengen:¹³²

‘De uitwisseling van gegevens tussen uitvoerders is essentieel om publieke dienstverlening in ketens mogelijk te maken, zonder dat burgers en ondernemers steeds opnieuw hun gegevens moeten aanleveren. Uit de Standen blijkt dat veel uitvoerders hiermee worstelen. Bovendien zou het niet-gebruik van regelingen fors teruggedrongen kunnen worden met verdergaande gegevensuitwisseling. Soms is er geen uitwisseling omdat (verouderde) IT-systemen niet met elkaar communiceren. Veel vaker is de privacywetgeving (AVG) het probleem: soms ontbreekt de wettelijke basis voor de uitwisseling van privacygevoelige gegevens, maar vaker nog blijft men bij interpretatie van de regels liever aan de veilige kant. Daardoor benut men niet de mogelijkheden die er nu al zijn.’

Zoals aangehaald in paragraaf 4.4 wordt in het kader van de Interbestuurlijke Datastrategie een Adviesfunctie verantwoord datagebruik opgezet. Een team onafhankelijke experts helpt projecten bij het maken van de afweging tussen wat kan, mag en wenselijk is met gegevens. Dit is een goede aanzet om belemmeringen in gegevensgebruik voor maatschappelijk opgaven te voorkomen of weg te nemen, maar in sommige gevallen moet een stap verder kunnen worden gegaan. Die stap verder is een onafhankelijk orgaan waaraan vragen en discussies rond gegevensverwerking voorgelegd kunnen worden, dat de rechtmatigheid, noodzaak en proportionaliteit beoordeelt en daarover een bindend advies kan geven. Zo’n advies biedt zekerheid aan de betrokken partijen en kan het risicomidende gedrag en de voorzichtigheid voorkomen die overheidsorganisaties nu vaak betrachten uit vrees voor optreden van de AP. De AP zelf lijkt soms terughoudend met het geven van advies over gegevensvraagstukken, wellicht omdat de ruimte en capaciteit hiervoor schaars is en omdat een adviesrol vooraf zich niet altijd verhoudt tot de toezichthoudende rol achteraf.

Een inspiratiebron voor zo’n orgaan is de Kruispuntbank Sociale Zekerheid (KSZ) in België. De KSZ heeft een zogenoemd Informatieveilighedscomité (met verschillende ‘kamers’, onder meer voor sociale zekerheid en gezondheid), dat een soort goedkeuringen (aangeduid als *beraadslagingen*) opstelt voor deling van persoonsgegevens door de Kruispuntbank met organisaties in de sociale zekerheid.¹³³ De beraadslagingen betreffen de beoordeling van verzoeken voor gegevensdeling op juridische en technische verenigbaarheid en proportionaliteit en hebben een algemene bindende werking tussen partijen en jegens derden.

commissie is hard in haar bevindingen over het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de gegevensverwerking (ontoelaatbaar), maar nog harder over het falen van ambtenarij en politiek om de krijgsmacht met het juiste gereedschap uit te rusten. ‘De krijgsmacht zit klem tussen bestaande kaders en nieuwe dreigingen’, aldus de commissie.

132 Staat van de Uitvoering 2022, p. 17 (<https://staatvandeuitvoering.nl/app/uploads/2023/01/Staatvan-de-Uitvoering-2022-1.pdf>).

133 Zie Informatieveilighedscomité (IVC), Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid (KSZ) (www.ksz-bcss.fgov.be/nl/gegevensbescherming/informatieveilighedscomite-ivc).

Ook voor de Nederlandse situatie zou een dergelijk orgaan ingericht kunnen worden, dat zoekt naar een oplossing voor dilemma's bij gegevensuitwisseling. Deze zouden niet alleen vanuit het perspectief van bescherming van persoonsgegevens (privacy) moeten worden gezien, maar er zou een integrale afweging moeten plaatsvinden waarin ook openbaarheid, behoud van erfgoed, uitvoeringsbelang en informatieveiligheid worden betrokken. De meerwaarde zit hem vooral in een onafhankelijke beoordeling vooraf. Het advies dat door dit onafhankelijke orgaan gemaakt wordt, zou vervolgens kunnen worden voorgelegd aan het parlement. De Tweede en Eerste Kamer kunnen het advies laten beoordelen door een van de vaste commissies en met haar zienswijze agenderen voor plenaire behandeling, waarin het advies kan worden bekrachtigd en zo van democratische legitimatie voorzien.

De vraag kan rijzen hoe een dergelijke procedure zich verhoudt tot de eis in de AVG dat verwerking van persoonsgegevens door de overheid een wettelijke grondslag vereist (zie art. 6 eerste lid onder e jo. derde lid AVG). In de AVG wordt steeds gesproken over 'lidstatelijk recht', een formulering die ruimte lijkt te bieden voor andere vormen dan wetgeving in de traditionele zin van het woord, of andere bestaande juridische instrumenten.¹³⁴ In dit licht zou een grondslag eventueel ook een bindend onafhankelijk advies met parlementaire goedkeuring kunnen zijn.

Een andere mogelijkheid zou zijn om het bindende advies van het adviesorgaan vast te leggen in een besluit van de minister tot wiens beleidsterrein de kwestie waarop het betrekking heeft, behoort. Het gaat hier om een ministeriële regeling die een grondslag creëert voor de gewenste gegevensverwerking. In de ministeriële regeling moeten dan de (soorten) gegevens, de uitwisseling of verwerking, de betrokken bestuursorganen en de doelstellingen worden opgenomen. Er is een delegatiegrondslag in een formele wet nodig om deze ministeriële regeling tot stand te kunnen brengen. Zo'n delegatiegrondslag zou kunnen worden opgenomen in de Algemene Informatiewet. Ook als voor een dergelijke vormgeving gekozen zou worden, is democratische legitimatie van de gegevensverwerking wenselijk, zo niet noodzakelijk. Het gaat immers om verwerking van persoonsgegevens, waaraan zowel de AVG als de Grondwet eisen stelt. Daarnaast wordt een ministeriële regeling als regel slechts gebruikt voor regels van administratieve of technische aard. Die democratische legitimatie kan worden bereikt door in de delegatiegrondslag te voorzien in parlementaire betrokkenheid bij de ministeriële regeling. De Aanwijzingen voor de regelgeving geven daarvoor verschillende opties. Een mogelijke vorm is dat zo spoedig mogelijk na totstandkoming van de ministeriële regeling een wetsvoorstel wordt ingediend waarmee voor de gegevensverwerking een structurele wettelijke regeling wordt getroffen. Dit is de optie van tijdelijke delegatie die in Aanwijzing 2.39 wordt beschreven.

¹³⁴ De memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet AVG noemt als andere juridische instrumenten 'algemene leerstukken van het bestuurlijk organisatierecht (attributie, mandaat, delegatie en de begrippen bestuursorgaan, publiekrechtelijke bevoegdheid en publiekrechtelijke taak)' (Kamerstukken II 2017/18, 34851, nr. 3, p. 35).

We realiseren ons dat we in de ogen van wetgevings- en privacyjuristen wellicht onorthodoxe oplossingen aandragen om knelpunten in gebruik van gegevens door de overheid op te lossen. Er zal zeker nog onderzoek nodig zijn om tot een goede invulling te komen. Het vraagt echter naar onze mening een andere manier van kijken en denken om de responsiviteit van de overheid te versterken.

5 Beschouwing en conclusies

In dit preadvies hebben we stilgestaan bij de informationele zorgplicht van de overheid. We hebben betoogd dat de informatiehuishouding vanuit dat perspectief niet gezien kan worden als een vorm van bedrijfsvoering. Informatie is een 'strategische grondstof', zonder welke de overheid niet kan sturen. Om beleid gerealiseerd te krijgen heeft de overheid naast bevoegdheden, geld nodig, personeel, en zeker informatie. De informationele zorgplicht reikt dan ook verder dan velen in eerste instantie denken. Alle belangrijke functies van de overheid moeten zodanig van informatie voorzien worden dat de professionals die die functies uitvoeren, kunnen excelleren. Toegang tot goed georganiseerde overheidsinformatie is dan ook essentieel voor een goed functionerende, dus responsieve overheid en een kritische succesfactor voor een goed functionerende democratische samenleving.

Om dit beeld uit te werken hebben we stilgestaan bij de definitie van informatiehuishouding, en aangegeven dat daaronder zowel de documenthuishouding als de gegevenshuishouding valt. Het gaat niet zozeer over techniek en ICT, als wel over een stelsel van afspraken en voorzieningen om alle relevante informatie en informatiestromen te kunnen sturen en duurzaam toegankelijk te kunnen maken.

We hebben betoogd dat een goede, digitale informatiehuishouding het voor de overheid mogelijk maakt om tot een daadwerkelijke transformatie naar een responsieve overheid te komen. Nu is de overheid een bureaucratisch, verkokerd en top down gestuurd en daardoor vaak reactief. Het is een overheid die tegenover de burger staat. Wij pleiten voor een *responsieve* overheid; een overheid die naast de burger staat, een overheid die integraal kan werken, voor burgers maatwerk kan leveren en die veel meer vermaatschappelijkt werkt, in horizontale netwerken in plaats van verticale kokers.

We hebben laten zien dat het functioneren van de overheid, vanuit het perspectief dat een goede digitale informatiehuishouding een noodzakelijke voorwaarde is voor de transformatie naar een responsieve overheid, nu op veel punten tekortschiet. We stelden ons de vraag of de informatiehuishouding op orde is als je als overheid niet in staat bent de energietoeslag gericht toe te kennen aan mensen met lagere inkomens. Ben je als overheid responsief als je niet in staat bent zeer snel te analyseren welke kinderen van door de toeslagenaffaire getroffen ouders (onterecht) uit huis zijn geplaatst? Voor elk van de zes belangrijke werkprocessen van de overheid (beleid, uitvoering, inspectie, kennis, registers en bedrijfsvoering) konden we aan de hand van een voorbeeld laten zien dat de overheid tekortschiet. We zien op elke van deze zes functies mogelijkheden tot verbetering:

1. Bij het ontwikkelen van beleid en wetgeving maken meer integrale en actuele gegevens controle op beleid beter. Zij faciliteren beleidsmatige bijsturing en maken *evidence based policymaking* mogelijk. Tot slot verhogen zij de detectiemogelijkheden van opkomende issues, waarop beleidsmatige reactie nodig is.
2. Bij uitvoering van beleid en wetgeving hebben dienstverleners, uiteraard met regie daarop door burgers, veel meer digitale gegevensuitwisseling nodig. Dan wordt proactieve dienstverlening mogelijk, kan het niet-gebruik gereduceerd worden voor veel gebondenbeschikkingregelingen. Dan is meer maatwerk in dienstverlening mogelijk en is voor multiprobleemgezinnen integrale behandeling mogelijk. Burgers kunnen inzien, controleren, terwijl administratieve lasten gereduceerd kunnen worden voor zowel de burger als de professional.
3. Bij inspectie en handhaving (toezicht) is men in staat een actueler beeld te maken met meer informatie over de context. Daarmee worden datagedreven opsporing en handhaving mogelijk. Door een waarlijk open datastrategie te volgen is het voor burger en samenleving beter controleerbaar en volgbaar welke keuzen gemaakt worden bij inspectie en handhaving.
4. Bij het inrichten van administraties en (basis)registers moet een veel hoger niveau van gegevenskwaliteit gerealiseerd worden, waardoor de overheid minder fouten maakt. Een goede, digitale informatiehuishouding reduceert de complexiteit en bijbehorende administratieve lasten voor professionals.
5. Bij de ontwikkeling van kennis ontstaan opendatamogelijkheden, die tegelijk ook een meer integraal en actueel kennisbeeld kunnen creëren. Waarlijk open data bieden de mogelijkheid om de 'eigen gegevens' van de kennisinstellingen te verbinden aan data vanuit de samenleving (*citizen science-data*).
6. En bij bedrijfsvoering ontstaat de mogelijkheid meer klantgedreven te werken in plaats van de verkokerde, functiegedreven werkwijze. Zo kan ook meer openbare verantwoording gegeven worden van alle bedrijfsvoeringsfuncties van de overheid.

Om op al deze overheidsfuncties de transformatie te realiseren, om een responsieve overheid te worden, is het nodig dat het programma 'Open op Orde' op alle vier de programmalijnen (informatieprofessionals, volume en aard van informatie, architectuur, sturing en monitoring) een fundamentele extra stap zet. Daarom hebben we in hoofdstuk 4 gepleit voor het oprichten van een Informatieacademie, voor het radicaal versnellen van de Woo-implementatie, voor het moderniseren van de werkplek van de ambtenaar en het vanuit nieuwe architecturen werken aan de modernisering van de onderscheiden overheidsfuncties.

We constateren dat het huidige stelsel van wetgeving dat de informatiehuishouding reguleert, tekortschiet om dit alles te realiseren. Daarom pleiten we voor een Algemene informatiewet, die de verschillende wetten die nu nog elk delen van de informatievoorziening reguleren, een samenhangend fundament biedt. Een wet die burgers een recht geeft op verzekering van algemene beginselen van informatieverwerking in het verkeer met overheidsorganen, met bijbehorende verplichtingen voor overheidsorganisaties en waarin mandaten en bevoegdheden geregeld worden om adequate sturing te geven aan de digitale informatiehuishouding. Alleen dan is een transformatie mogelijk naar een responsieve overheid. De informationele

zorgplicht reikt zover dat zij aan de realisatie van een responsieve overheid een cruciale bijdrage moet leveren.

Tot slot: bij het aanvaarden van zijn functie heeft de regeringscommissaris drie voorwaarden gesteld, die niet waren opgenomen in het instellingsbesluit. De staatssecretaris van BZK is met die extra voorwaarden akkoord gegaan. Het betrof allereerst de voorwaarde dat vanuit de gehele overheid geredeneerd moest worden, niet alleen vanuit het perspectief van de rijksoverheid. Ten tweede werd gesteld dat het instellingsbesluit zich vooral richtte op de documenthuishouding en dat het daarmee te 'Haags' was. Uitvoeringsinstellingen, inspecties en kennisinstellingen werken vooral met gegevens. Vandaar de tweede voorwaarde dat onder informatiehuishouding ook de gegevenshuishouding werd begrepen. De derde voorwaarde was dat er niet vanuit een bedrijfsvoeringsperspectief naar de informatiehuishouding moest worden gekeken, maar vanuit een transformatieperspectief. Dit vanuit de wetenschap dat een informatiehuishouding de reflectie is van een normatief, cultureel artefact. Een bureaucratische, verkokerde overheid die zich concentreert op rechtmatigheid en uitgaat van wantrouwen jegens de burger heeft nu eenmaal een fundamenteel andere informatiehuishouding dan een overheid die in ketens en processen denkt, die horizontaal en vermaatschappelijkt werkt en die naast de burger staat. In dit preadvies hebben we de contouren geschetst van een dergelijke transformatie, in de wetenschap dat een goede, dus digitale informatiehuishouding een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde is. Uiteindelijk is het nodig dat politiek en bestuur de noodzaak van een responsieve overheid inzien en erop sturen dat de overheid in al haar geledingen toewerkt naar de daarvoor noodzakelijke transformatie.

Stellingen

1. De overgang van een bureaucratische overheid naar een responsieve overheid is geen kwestie van luxe, maar van noodzaak. In de huidige situatie faalt de overheid, en faalt het recht. De juridische discipline draagt bij aan dat falen, in die zin dat zij, met haar nadruk op rechtmatigheid en (formele, vermeende) rechtsgelijkheid tegenover de burger staat, in plaats van naast de burger.
2. De Nederlandse consensuscultuur staat in de weg aan het realiseren van de transformatie van de informatiehuishouding die nodig is om een responsieve overheid te ondersteunen. De belangrijkste functie van een algemene informatiewet is dan ook om de sturing te versterken en doorzettingsmacht te creëren, ook ten aanzien van decentrale overheden.
3. Het verkokerde denken in organisaties en beleidsterreinen belemmert de inrichting van een informatiehuishouding die goede vervulling van de informationele zorgplicht van de overheid mogelijk maakt. Daarom is een nieuw perspectief nodig dat niet meer uitgaat van die organisaties of beleids/wetgevingdomeinen, maar van de belangrijkste werkprocessen bij de overheid (beleid en wetgeving maken, beleid en wetgeving uitvoeren, inspectie en handhaving, administraties/registraties bijhouden, kennis opbouwen en beheren en bedrijfsvoering).
4. Wetgevingsjuristen moeten een grotere verantwoordelijkheid nemen voor de uitvoering van hun product en (daarom) meer affiniteit met en kennis van ICT verwerven.

Zorgplichten in het omgevingsrecht

Het ontrafelen van een duizendingendoekje en een aanzet naar een rechtszekerder gebruik

A. Collignon*

1	Inleiding	137
2	Definitie van een zorgplicht en een korte uiteenzetting van de historie	142
2.1	Waarom aandacht voor een definitie?	142
2.2	Verschillende definiëringen	143
2.3	De te bespreken componenten	146
2.3.1	Gedragsnorm	146
2.3.2	Niet uitsluitend tot de overheid gericht	146
2.3.3	Betrachten van zorg voor een bepaald belang	147
2.3.4	Gedragsalternatieven	150
2.3.5	Publiekrechtelijke handhaving	151
2.4	Tussenconclusie	151
3	Wat is het doel van zorgplichten en in welke situaties kunnen deze worden ingezet?	153
3.1	Inleiding	153
3.2	Vijf functies	153
3.3	Onderbelichte derogerende functie	154
3.4	Drie aanvullende functies	155
3.5	Wanneer en hoe zorgplichten te gebruiken	156
3.6	Tussenconclusie	158
4	Verschillende ‘zorgplichten’ in het omgevingsrecht	159
4.1	Algemeen	159
4.2	Artikel 1.1a Wm (en een beetje artikel 10.1 Wm)	159
4.2.1	Inhoud zorgplichtbepaling	159
4.2.2	Historie	160

* Mr. A. (Anna) Collignon is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

4.2.3	Intermezzo, zorgplicht voor afvalstoffen	160
4.2.4	Functie	162
4.2.5	Jurisprudentie	163
4.2.6	Tussenconclusie	165
4.3	Artikel 9.2.1.2 Wm	166
4.3.1	De zorgplichtbepaling	166
4.3.2	Functie	167
4.3.3	Uitwerking in beleid	167
4.3.4	Uitspraak over aangevochten rechtmatigheid van de beleidsregel	168
4.3.5	Overige jurisprudentie	169
4.3.6	Tussenconclusie	170
4.4	Artikel 2.1 Activiteitenbesluit milieubeheer	170
4.4.1	De zorgplichtbepaling	170
4.4.2	Historie	171
4.4.3	Functie	172
4.4.4	Jurisprudentie	174
4.4.5	Tussenconclusie	175
4.5	Artikel 5 Brzo 2015	175
4.5.1	Zorgplichtbepaling	175
4.5.2	Typering van de bepaling en functie	176
4.5.3	Jurisprudentie	177
4.5.4	Tussenconclusie	178
4.6	Varia	178
4.7	Beschouwing	179
5	Omgevingswet	182
5.1	Inleiding	182
5.2	Algemene zorgplichten	183
5.2.1	Inhoud zorgplichten	183
5.2.2	Definitie	184
5.2.3	Functie	185
5.2.4	De verbodsbepaling	188
5.2.5	Tussenconclusie	191
5.3	Besluit activiteiten leefomgeving	192
5.3.1	Inhoud specifieke zorgplicht	192
5.3.2	Definitie	196
5.3.3	Functie	196
5.3.4	Tussenconclusie	196
6	Conclusies en Aanbevelingen	198
6.1	Wat is een zorgplicht binnen het omgevingsrecht?	198
6.2	Wanneer en hoe kan een zorgplicht worden toegepast?	199
6.3	Aanbevelingen	200

Stellingen	201
-------------------	------------

I Inleiding

Zorgplichten of bepalingen die worden aangeduid als een zorgplicht¹ zijn niet weg te denken uit het recht, waaronder het omgevingsrecht waar deze bijdrage zich op richt. Na een aarzelende introductie en veel kritiek rond de jaren negentig² heeft de inzet van de zorgplicht in wetgeving een vlucht genomen.³ En zorgplichten krijgen een nog prominentere rol in de aanstaande Omgevingswet, waar kritisch naar wordt gekeken.⁴ Maar wat zijn zorgplichten, en welke zorg wordt er gevraagd?

‘Wil je dit voor me doen?’, ‘Ja hoor, daar zorg ik voor!’. Deze korte conversatie geeft op zijn minst de indruk dat degene die reageert het gewenste resultaat zal bewerkstelligen. ‘Neem je deze zorg op je?’, ‘Ja, ik zet me daarvoor in.’ zal een andere indruk geven en neigt wat mij betreft meer naar een toegezegde inspanning. ‘Dit is jouw zorg.’ deelt weer een verantwoordelijkheid toe. In de dagelijkse omgang zullen mensen hier niet zo snel bij stilstaan. Maar wat nu als ‘de zorg’ voorwerp is van een wettelijk handhaafbare verplichting? Wat moet degene op wie de zorg rust⁵ doen en wat kan daarbij van de vragende partij⁶ worden verwacht?

In januari 2023 schreven de media⁷ dat Boskalis, een van de grootste baggeraars ter wereld met meer dan 10.000 werknemers, uit Nederland dreigt te vertrekken

1 Wat een zorgplicht een zorgplicht maakt, komt hierna aan de orde.

2 Een goed overzicht van de zeer kritische beschouwingen, onder meer van de Raad van State, wordt gegeven in P. Houweling, ‘Advisering over zorgplichtbepalingen’, *RegelMaat* 2008/4.

3 Zie onder meer B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragsbestanddeel ‘zorgen’ in het materiele strafrecht* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 6: ‘Juist omdat zorgplichten de laatste jaren in sommige gevallen tot een soort toverwoord lijken te zijn omgedoopt.’ Overigens haalt Visser aan dat zorgplichten of gelijke bepalingen al kunnen worden gevonden in regelgeving uit de Bataafse Republiek: M.J.C. Visser, ‘Zorgplichtbepalingen in het milieustrafrecht’, in: M.J.C. Visser & A. de Lange (red.), *Milieustrafrecht. Onderzoek en aanbevelingen voor Theorie en praktijk*, Den Haag: WODC 2007.

4 O.a. G.A. van der Veen, ‘Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet. Oratie Rijksuniversiteit Groningen’, *TO* 2014/3.6 en D.R. Doorenbos, ‘Modieuze milieudelicten. Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving’, *M en R* 2021/106.

5 Hierna ook aangeduid als de normadressaat. Dat kan een burger zijn, een overheidsorgaan, een instelling of een kleine of grotere onderneming. Als het onderscheid tussen de verschillende normadressaten relevant kan zijn wordt dat in het vervolg aangeduid.

6 De wetgever is in dit voorbeeld de verzoekende partij bij een wettelijke zorgplicht, of beter gezegd de verplichtende partij gelet op de onontkoombaarheid van het verzoek. De handhaving van milieubepalingen is echter vaak opgedragen aan decentrale overheden.

7 NOS 6 januari 2023 <https://nos.nl/artikel/2458887-boskalis-dreigt-met-vertrek-uit-nederland-nieuwe-wet-maakt-ondernemen-onzeker>; FD 2 januari 2023, <https://fd.nl/bedrijfsleven/1463506/boskalis-topman-aanzien-van-nederland-op-het-wereldtoneel-bladdert-af-owa3ca2SedL2>.

vanwege de zorgplicht in het initiatiefwetsvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen. In dat voorstel staat onder meer een zorgplicht voor elke onderneming die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat haar activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor mensenrechten, arbeidsrechten of het milieu in een land buiten Nederland. De onderneming moet dan redelijkerwijs te vergen maatregelen nemen om de gevolgen te voorkomen, te beperken of de activiteit achterwege laten.⁸ De initiatiefnemers noemen het een vangnetbepaling die civielrechtelijk kan worden gehandhaafd, en verwijzen naar de volgens hen vergelijkbare algemene zorgplicht in de Wet bodembescherming (Wbb) en de Omgevingswet.⁹ Los van de opmerkingen die bij dit wetsvoorstel kunnen worden geplaatst,¹⁰ illustreert dit initiatiefwetsvoorstel dat de zorgplichten leven als een in te zetten instrument en hoe daarbij wordt geput uit het omgevingsrecht.

Het hiervoor aangehaalde voorbeeld laat ook zien wat een typisch misverstand kan zijn als er wordt gesproken over zorgplichten. Betrokkenen kunnen denken dat ze een inspanningsverplichting hebben om bepaalde belangen te betrekken in hun handelen. Dat is ook hoe het voorstel van de Europese Commissie voor de richtlijn duurzame corporate governance is vormgegeven. Hierin staat een zorgplicht ('duty of care') voor bestuurders van bepaalde ondernemingen om kort gezegd bij hun beslissingen niet alleen het bedrijfsbelang te wegen, maar ook rekening te houden met de gevolgen van hun beslissingen voor duurzaamheidskwesaties, waaronder de gevolgen op het gebied van mensenrechten, klimaatverandering en milieu.¹¹ De Nederlandse aanvulling (ook wel 'nationale kop' genoemd) voorziet in het hiervoor besproken voorstel in een resultaatsverplichting. Er moet actie worden ondernomen bij (een redelijk vermoeden van) bepaalde nadelige gevolgen, en het resultaat, dat wil zeggen: 'Zijn de nadelige gevolgen voldoende voorkomen of beperkt?', telt. Dat heeft een nuttige functie. Zo is er met de huidige Nederlandse zorgplichten een bruikbaar vangnet om vervuiling van de bodem aan te pakken. Ook kan er in evidente gevallen van milieuschade worden opgetreden, en als ultimum remedium wordt binnen het strafrecht gehandhaafd op basis van een zorgplicht.

Maar een vangnet kan ook worden ingezet voor meer discutabele situaties. Een vangnetbepaling in de Wet milieubeheer (Wm) die ziet op het beroepsmatig handelen met (chemische) stoffen¹² is door een gemeente succesvol ingezet om een shisha lounge te sluiten omdat het roken van de waterpijpen een te hoog koolmonoxidegehalte veroorzaakte in de boven de lounge gelegen woning. Een andere gemeente probeerde met dezelfde zorgplicht de verkoop van lachgas tegen te gaan, omdat lachgas ook een broeikasgas is en vrijkomt bij het inhaleren bij particulier

8 Art. 1.2 voorstel, Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 6.

9 Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 10.

10 De Afdeling advisering concludeert dat het voorstel in deze vorm niet zou moeten worden doorgezet, tenzij grondige aanpassingen zijn aangebracht, Kamerstukken II 2020/21, 35761, nr. 8.

11 COM (2022)71, Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, art. 25.

12 Art. 9.2.1.2 Wm. Zie daarover verder par. 4.3.

(geestverruimend) gebruik. Die handhavingsactie hield om verschillende redenen in rechte geen stand. Niettemin bestaan op het eerste gezicht mogelijkheden om een andere zorgplicht tegen de gebruikers in te zetten, namelijk de algemene verplichting voor eenieder om handelen waarvan iemand weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat het nadelige gevolgen voor het milieu kan veroorzaken achterwege te laten voor zover dat in redelijkheid kan worden gevergd.¹³ Het KNMI berichtte al bijna vijf jaar geleden over de schadelijke broeikasgaseffecten van lachgaspatronen op het milieu¹⁴ waardoor de gebruikers een vermoeden kunnen hebben van de nadelige gevolgen. Het niet gebruiken van lachgas als een recreatieve drug lijkt me niet te veel gevraagd. De zorgplicht biedt ook de ruimte om andere gebruiksdoeleinden, zoals voor narcose in een ziekenhuis of in de keuken om slagroom op te spuiten, wel toe te staan want het stoppen van deze handelingen moet op een andere manier gewogen worden. Of in moderne termen: de geschiktheids-, noodzakelijkheids- en evenwichtigheidstoets¹⁵ kan bij verschillende gebruiken tot een verschillende uitkomst leiden.

Deze toepassing van de zorgplicht op gebruik van lachgas beoogt wellicht een nobel doel. Lachgas heeft als broeikasgas nadelige gevolgen voor het milieu en is bovendien slecht voor de gebruiker. Maar een dergelijke toepassing zorgt ook voor een mogelijkheid tot handhaving jegens particulieren die ingrijpt in hun privéleven en wat niet iedereen zou kunnen voorzien. Nu is er inmiddels een – in ieder geval vanuit het oogpunt van rechtszekerheid toe te juichen – landelijk geldend lachgasverbod,¹⁶ maar er zijn vergelijkbare situaties denkbaar.

Wat te denken van de emissie van een ander broeikasgas, koolstofdioxide (CO₂)? Milieugroeperingen richten zich in verschillende ‘klimaatzaken’ tot de producenten van brandstoffen.¹⁷ In de *Urgenda*-zaak tegen de Staat zijn enkele feiten weergegeven die tussen partijen niet in geschil zijn en waaruit kortgezegd volgt dat de noodzaak van vermindering van de uitstoot van broeikasgassen steeds dringender wordt. Iedere uitstoot van broeikasgassen – mede als gevolg van de verbranding van fossiele brandstoffen waarbij het broeikasgas CO₂ vrijkomt – leidt tot een verhoging van de concentratie van broeikasgassen in de atmosfeer en draagt dus bij aan het bereiken van de als kritisch aangemerkte grenzen.¹⁸ Hieruit kan dus veronderstellenderwijs worden aangenomen dat eenieder weet of redelijkerwijs kan weten dat een activiteit die CO₂-emissie tot gevolg heeft, nadelig is voor het milieu. En de overheid krijgt door technologische voortgang steeds meer zicht op activiteiten van eenieder. Waar wordt dan de grens gelegd voor maatregelen die in redelijkheid kunnen worden gevergd? Is een autorit binnen de stadsgrenzen noodzakelijk, temeer als er alternatieven zoals de fiets en het openbaar vervoer voorhanden zijn? Kan

13 Art. 1.1a Wm. Zie daarover verder par. 4.2.

14 www.knmi.nl/over-het-knmi/nieuws/lachgas-niet-alleen-om-te-lachen, bericht van 12 mei 2017.

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

16 Stb. 2022, 461. Zie ook www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/11/14/per-1-januari-2023-verbod-op-lachgas.

17 O.a. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Shell/Milieudefensie*).

18 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 4.1-4.8.

een zovakantie in redelijkheid achterwege worden gelaten en een zakelijke reis niet, of komt in dat laatste geval het alternatief van videobellen weer om de hoek kijken? Wie weet worden hier straks beleidsregels over opgesteld ter invulling van de zorgplicht. Zo bezien is de algemene zorgplicht voor het milieu een (bestuursrechtelijke) stok achter de deur voor het waarmaken van de slogan 'een beter milieu begint bij jezelf'.¹⁹ Voor ondernemingen – voor zover niet reeds gereguleerd, het gaat hier immers om een vangnetbepaling – geldt voorgaande ook. Denk maar aan de vraag of een werkgever woon-werkverkeer met de auto moet verbieden.²⁰ Dit alles komt – in ieder geval op mij – dystopisch over. Maar anderen zullen hier ongetwijfeld anders over denken, en het is moeilijk te voorspellen wat de communis opinio over bijvoorbeeld twee jaar zal zijn.

Alle reden om terug te gaan naar de basis en te onderzoeken wat zorgplichten binnen het omgevingsrecht zijn en hoe ze worden of kunnen worden toegepast. Ik zet daarbij de volgende vraagstelling centraal:

Wat is een zorgplicht binnen het omgevingsrecht, en wanneer en hoe kan deze worden toegepast?

Mijn analyse begint met de vraag wat de definitie van een zorgplicht is volgens de huidige inzichten (par. 2), welk doel ermee wordt nagestreefd en voor welke situaties zorgplichten kunnen worden ingezet (par. 3). Ik zal vervolgens enkele zorgplichten in het huidige omgevingsrecht bespreken (par. 4), en nieuwe zorgplichten in de Omgevingswet (par. 5). Dat leidt tot mijn conclusies en aanbevelingen (par. 6).

Mijn analyse is (uiteraard) gestoeld op het bestuursrecht. Ik ga dan ook niet (uitgebreid) in op strafrechtelijke aspecten.²¹ Ook bespreek ik niet separaat de privaatrechtelijke aansprakelijkheid. Ik raak dit onderwerp wel een aantal keren aan. Niet alleen omdat het in de huidige tijd ook voor het omgevingsrecht een steeds actueler onderwerp is,²² maar ook omdat er onvermijdelijk een bepaalde wisselwerking is en zal zijn tussen geconstateerde schendingen van een omgevingsrechtelijke zorgplicht en privaatrechtelijke aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad en vice versa. Over de omvang van die wisselwerking en de terminologie is geen overeenstemming. Zo schrijft de één dat omgevingsrechtelijke zorgplichten in de kern neerkomen op codificatie van de civielrechtelijke maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.²³ En de ander wijst op het onderscheid tussen de normale maatschappelijke verantwoordelijkheid en de specifieke zorgplicht die verder gaat dan die

19 Postbus 51, Ministerie van VROM, begin jaren negentig.

20 Er bestaat het voornemen om dit te reguleren onder de Omgevingswet, via het Besluit werkgebonden personenmobiliteit (ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit activiteiten leefomgeving en het Omgevingsbesluit i.v.m. het beperken van emissies van kooldioxide door werkgebonden personenmobiliteit d.d. 19 april 2022).

21 Ik verwijs onder meer naar Doorenbos 2021 die indringend de aandacht heeft gevraagd voor de strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplichten en de spanning met het lex-certagebod.

22 Zoals door de eerder aangehaalde klimaatzaken van Urgenda en Milieudefensie.

23 Zoals Doorenbos 2021 betoogt.

normale maatschappelijke verantwoordelijkheid.²⁴ Er wordt gewaarschuwd voor de publiekrechtelijke vormgeving van zorgplichten en het beperkte nut van zorgplichten in het publieke recht.²⁵ Ook speelt de vraag of en hoe een apart publiekrechtelijk verhaalsrecht bij milieuschade moet worden vormgegeven.²⁶ Ik sta bij deze punten niet te lang stil, maar heb wel oog voor de genoemde wisselwerking en de vraag naar rechtsmachtverdeling die daarbij opkomt.

24 T. Hartlief, 'Is de zorgplicht ons een zorg?', *NJB* 2017/965.

25 E. Tjong Tjin Tai, 'Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug', *RdW* 2010 (31) 3.

26 G.A. van der Veen, 'Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet. Oratie Rijksuniversiteit Groningen', *TO* 2014/3.6.

2 Definitie van een zorgplicht en een korte uiteenzetting van de historie

2.1 Waarom aandacht voor een definitie?

Over de definitie van een ‘zorgplicht’ – niet alleen binnen het omgevingsrecht – is al veel geschreven. Zijlstra concludeerde in 2011, na een bespreking van opeenvolgend wetgevingsbeleid en door de regering gevraagde adviezen waarbij hij ook een rol speelde,²⁷ dat het in het beleid begripsmatig niet zuiver opereren ‘van minder groot belang is’.²⁸ Het achterliggende doel dat de normadressaat meerdere gedragsalternatieven krijgt in plaats van gedetailleerd voorgeschreven gedrag²⁹ en niet zozeer het gebruik van zorgplichten als zodanig, is volgens Zijlstra het revolutionaire van het beleid.³⁰ En zoals Houweling terecht opmerkt: ‘Of een bepaling wel of niet als “zorgplichtbepaling” wordt aangemerkt, heeft daarom geen gevolgen voor de juridische betekenis daarvan.’³¹

In een ander kader – de beveiliging van persoonsgegevens – benoemt Hofman dat hoewel in de literatuur wordt gesproken over ‘zorgplichten’, er in Nederland geen eenduidige definitie bestaat. Het gebruik van het woord zorgplicht kan voor verwarrend zorgen. Ze ziet dan ook af van het gebruik van die term.³²

Ik kan me erin vinden dat het achterliggende doel en de toepassing van gedachtegoed uiteindelijk een belangrijkere invloed heeft op wetgevings- of beleidsinitiatieven dan de – wellicht wat saaie vraag – naar een gebruikte definitie. In het kader van mijn analyse meen ik dat de definitie van het begrip ‘zorgplicht’ wel van belang is. Dat doe ik niet alleen om het positieve recht te duiden. Ik wil daarmee ook helder krijgen welke wetsbepalingen wel of niet onder een zorgplicht in het omgevingsrecht vallen, aan welk doel die bepalingen bijdragen en of dat doel wordt bereikt of dat dit op een andere wijze kan. Vanuit dit terugkijken – wat nu makkelijker is dan

27 Als voorzitter van de werkgroep die het rapport *Ruimte voor zorgplichten* in 2004 heeft uitgebracht, hierna ook aangeduid als de werkgroep-Zijlstra.

28 S.E. Zijlstra, “‘Zorgplicht’ en algemeen wetgevingsbeleid”, in: C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 62.

29 Anders dan de *command and control*-wetgeving, een term van De Ru en aangehaald door Zijlstra 2011, p. 47 en 55.

30 Zijlstra 2011, p. 62.

31 P. Houweling, ‘Advisering over zorgplichtbepalingen’, *RegelMaat* 2008/4.

32 J.A. Hofman, *De beveiliging van persoonsgegevens. Over de juridische invulling van art. 5 lid 1 onder f en 32 AVG* (diss. Nijmegen), 2022, p. 18.

ten tijde van veel van de door mij aangehaalde rapporten en artikelen, niet alleen omdat die bijdragen voor mij al een basis bieden maar ook omdat er de afgelopen decennia meer ervaring is opgedaan met de zorgplichten – kan ik dan ook vooruitkijken en met nadere aanbevelingen komen.

2.2 Verschillende definiëringen

Terug naar de definitie. In het advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW)³³ in 1990 dat de regering had gevraagd om een algemene lijn te bepalen voor het opnemen van zorgplichtbepalingen in de wetgeving³⁴ wordt de volgende definitie aangehouden:

‘Een vrij algemeen geformuleerde, tot de burger gerichte (zorg)verplichting die een bepaalde verantwoordelijkheid van de burger markeert en waarvan het de bedoeling is deze juridisch te handhaven. Een zorgplicht bevat een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid met het oog op het door de desbetreffende wet te beschermen belang, en kan zowel betrekking hebben op een handelen als een nalaten van de normadressaat. De wetstechnische vormgeving van een zorgplichtbepaling kan verschillen, het kan gaan om een gebod (een positief geformuleerde verplichting), of om een verbod. De handhaving van de norm kan langs bestuurlijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke weg geschieden, of zelfs via een combinatie van deze methoden.’

Visser sluit in 2001 aan bij deze definitie, maar betreft ook de overheid als normadressaat in plaats van alleen de burger.³⁵ Ook Jongma sluit in 2002 aan bij de definitie van de CTW, maar gaat in het kader van haar onderzoek juist weer alleen uit van een vergunninghouder als normadressaat.³⁶

Het debat over de wenselijkheid van zorgplichten was in die tijd nog actueel. Daar waar het advies van de CTW zeer kritisch was en er geen draagvlak leek voor de brede toepassing van zorgplichten,³⁷ gaf de Minister van Justitie in 2001 aan dat in de praktijk was gebleken dat de bezwaren die de CTW en de Raad van State tegen het gebruik van zorgplichtbepalingen hadden geuit, niet gegrond waren. Sterker nog, uit de rechtspraak zou blijken dat zorgplichtbepalingen als vangnet aanvaardbaar zijn. Die constatering zorgde, in combinatie met de wens om regelzucht te verminderen en burgers en bedrijven meer hun eigen verantwoordelijkheid te laten

33 Ook wel: commissie-Kortmann.

34 CTW-advies, p. 1.

35 M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 3. Haar onderzoek richtte zich verder alleen op strafrechtelijk handhaafbare bepalingen.

36 M.P. Jongma, *De milieuvergunning. Een onderzoek naar het beschermingsniveau en de soorten voorschriften* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2002, p. 232-233.

37 Zie Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 14.

nemen, ertoe dat het onderwerp zorgplichten opnieuw op de agenda kwam.³⁸ Dit leidde tot de instelling van de werkgroep-Zijlstra.³⁹

In het rapport *Ruimte voor zorgplichten* is een nadere definitie voor het begrip ‘zorgplicht’ opgenomen, die voortbordurt op de definitie van de CTW. De werkgroep-Zijlstra komt tot de volgende definitie:⁴⁰

- ‘Een gedragsnorm,
1. die zich niet uitsluitend tot de overheid richt,
 2. die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang,
 3. die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan, en
 4. waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven.’

De regering neemt het echter niet zo nauw met de definitie, zoals Zijlstra fijntjes uiteenzette.⁴¹ In de kabinetsreactie op het rapport *Ruimte voor zorgplichten* in 2004 wordt eerst geconstateerd dat het begrip ‘geen vastomlijnde betekenis heeft’, om vervolgens de definitie van de werkgroep-Zijlstra te herhalen en daarna aan te geven:

‘In het spraakgebruik komen we het begrip evenwel ook in andere betekenissen tegen. Zo kan worden gedacht aan meer abstracte normen, waarbij het aan de rechtsgenoten wordt overgelaten om de norm te concretiseren en waarbij eventueel ook gebruik kan worden gemaakt van zelfregulering of certificering.’⁴²

In een vervolgrapport *Zorgplichten in milieuwetgeving* van de werkgroep-Riezebos uit 2005⁴³ wordt de definitie van de werkgroep-Zijlstra herhaald, maar lijkt de werkgroep-Riezebos ook een afgeleide kortere definitie te hanteren. In de samenvatting komt de uitgebreide definitie namelijk niet terug, maar wel de volgende korte beschrijving die ook in het rapport voorkomt: ‘Wordt de eigen verantwoordelijkheid van bedrijven of burgers voor milieubelangen als zodanig in de regelgeving vastgelegd, op een door de overheid sanctioneerbare wijze, dan spreken we over een zorgplicht.’⁴⁴

38 Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 14.

39 In het kader van het programma ‘Beter bestuur voor burgers en bedrijven’ heeft het kabinet in 2002 de werkgroep ‘Zorgplichten’ ingesteld.

40 In het rapport geeft de commissie zelf aan dat niet zozeer wordt beoogd een scherpe definitie te geven als wel een afbakening van de taak te formuleren. Toch wordt in latere literatuur naar deze definitie verwezen, zie onder meer C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

41 S.E. Zijlstra, “Zorgplicht” en algemeen wetgevingsbeleid’, in: C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 59-62.

42 Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 14, p. 1-2.

43 Werkgroep-Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, 2005.

44 Werkgroep-Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, 2005, p. 4 en p. 13.

In 2007 sluit Visser aan bij de definitie van de CTW uit 1990.⁴⁵ In een publicatie in 2008 geeft Biezeveld aan dat volgens hem 'alle, bewust globaal geformuleerde gedragsnormen, gericht op het bereiken van een gewenste situatie of het voorkomen van een ongewenste situatie, als een zorgplicht [kunnen] worden aangemerkt'.⁴⁶ Keupink hanteert in 2011 in het kader van zijn onderzoek een definitie in enge zin die ziet op wettelijke bepalingen die strafrechtelijk handhaafbaar zijn en waarin als gedragsbestanddeel het werkwoord 'zorgen' (of een afgeleide daarvan) is opgenomen.⁴⁷

In de bundel *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht* uit 2011 wordt een brede definitie gegeven om daarmee het gesprek tussen beide disciplines mogelijk te maken: 'een gedragsnorm op grond waarvan de betrokkenen de zorg voor een bepaald door de wetgever of de rechter geformuleerd belang in acht moeten nemen'.⁴⁸ In het publiekrechtelijke deel bespreekt Van Ommeren de hiervoor genoemde aanhef en vier punten van de definitie van de werkgroep-Zijlstra, en komt tot de conclusie dat een zorgplicht in het algemeen wetgevingsbeleid is aan te merken als 'een gedragsnorm die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan'.⁴⁹ Hij ziet niet de toegevoegde waarde van punt 1 (niet uitsluitend tot de overheid gericht) van de werkgroep-Zijlstra en meent dat de wijze van handhaving (punt 4; publiekrechtelijk handhaafbaar) er niet toe doet als het gaat om de wijze van normstellen door de wetgever.⁵⁰ In dezelfde bundel gaat Zijlstra uitvoerig in op opeenvolgende wetgevingsnotities en Kamerstukken waarin op slordige wijze met het begrip wordt omgegaan.⁵¹

Ik ben in latere parlementaire stukken geen verwijzing naar een definitie of een eigen definitie tegengekomen.⁵² Wel zie ik in bijvoorbeeld de memorie van

45 M.J.C. Visser, 'Zorgplichtbepalingen in het milieustrafrecht' in: M.J.C. Visser & A. de Lange (red.), *Milieustrafrecht. Onderzoek en aanbevelingen voor Theorie en praktijk*, Den Haag: WODC 2007, p. 90 ('Een zorgplichtbepaling bevat voor de geadresseerde een algemene verplichting indien deze weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door zijn handelen of nalaten het rechtsgoed waarop de betreffende wet of regeling zich richt mogelijk in gevaar wordt gebracht, tot het nemen van maatregelen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, teneinde het gevaar te voorkomen, zoveel mogelijk te beperken, dan wel de gevolgen te beperken en ongedaan te maken.').

46 G.A. Biezeveld, 'Zorgplichten in de milieuwetgeving', *RegelMaat* 2008/4, p. 123.

47 B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen. Over het gedragsbestanddeel 'zorgen' in het materiele strafrecht* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

48 C.E.C. Jansen e.a., 'Zorgplichten in publiek- en privaatrecht', in: C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 14.

49 F.J. van Ommeren, 'Zorgplichten, wat zijn dat?' in C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 37-38.

50 Van Ommeren 2011, p. 37.

51 S.E. Zijlstra, "'Zorgplicht' en algemeen wetgevingsbeleid', in: C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 59-61.

52 In S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012 staat dat in wetgevingsbeleid een zorgplicht wordt omschreven volgens de definitie van de werkgroep-Zijlstra.

toelichting op de Omgevingswet elementen terug van de definitie die de werkgroep-Zijlstra formuleerde.⁵³

De definitie van de werkgroep-Zijlstra is dan ook de meest constante of in ieder geval de definitie die alle hiervoor genoemde elementen van andere definities bevat. Ik bespreek hierna dan ook de componenten uit deze definitie, de eventuele kritiek daarop en mijn inzichten.

2.3 De te bespreken componenten

2.3.1 Gedragsnorm

De werkgroep-Zijlstra besteedt geen uitgebreide beschouwingen aan dit onderdeel, wat toch als een uitgangspunt voor de definitie wordt gepresenteerd waarna vier voorwaarden volgen. Ook in de verder aangehaalde onderzoeken en literatuur zie ik hier geen aandacht voor. Het zal als bekend worden verondersteld. Ik zie ook geen discussie over dit onderdeel. Voor de zekerheid: een gedragsnorm verbiedt kort gezegd bepaald gedrag of schrijft juist bepaald gedrag voor.⁵⁴ Zeker bij bepalingen die zijn gericht tot anderen dan de overheid zal dit in de regel het geval zijn. In de hiervoor en hierna aangehaalde wettelijke zorgplichten wordt inderdaad gedrag voorgeschreven, vanwege een bepaald gewenst handelen of nalaten.

2.3.2 Niet uitsluitend tot de overheid gericht

Hier bestaat discussie over, althans Van Ommeren geeft zoals hiervoor aangehaald aan dat dit punt nauwelijks toegevoegde waarde heeft. Ook ziet hij de mogelijkheid van een misverstand, namelijk dat normen die zich *geheel niet* tot de overheid richten, niet onder de definitie zouden vallen.⁵⁵ Ik zie dat misverstand niet snel optreden gelet op de bewoordingen ‘niet uitsluitend’, wat toch niet uitsluit dat een zorgplicht zich in het geheel niet tot de overheid richt.

De werkgroep-Zijlstra hanteerde de definitie (in ieder geval) voor de afbakening van haar taakopdracht.⁵⁶ Ik ben het met Van Ommeren eens dat dit element niet specifiek iets zegt over het begrip zorgplicht an sich. De werkgroep-Zijlstra haalt echter ook nog een inhoudelijk argument aan. Zij meent dat het laten van gedragsalternatieven (het hierna te bespreken criterium) aan bestuursorganen een principiële andere betekenis heeft dan als dit voor burgers en bedrijven wordt gedaan.⁵⁷ In de verhouding tot de bestuursorganen gaat het om overwegingen van decentralisatie en effectiviteit en doelmatigheid, terwijl het laten van gedragsalternatieven aan burgers en anderen een uitgangspunt van de rechtsstaatidee is.

53 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3 (gedrag, zorg voor fysieke leefomgeving, open geformuleerd, publiekrechtelijk handhaafbaar).

54 S.E. Zijlstra (red.) *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Kluwer 2012, p. 405, zie uitgebreider p. 405-413.

55 F.J. van Ommeren, ‘Zorgplichten, wat zijn dat?’, in C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 37.

56 Werkgroep-Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, 2004.

57 Werkgroep-Zijlstra, *Ruimte voor zorgplichten*, 2004, p. 7-8.

Dat laat onverlet dat bepalingen die zien op het betrachten van zorg zich ook uitsluitend tot de overheid kunnen richten. In de omgevingsrechtelijke wetten zijn verschillende voorbeelden te vinden. Dat ziet dan op bepalingen die in mijn ogen eerder een taaktoedeling bewerkstelligen.⁵⁸

Tonnaer benoemt verder dat alle sociale grondrechten kunnen worden gezien als zorgplichten van de overheid.⁵⁹ Artikel 21 Grondwet ziet op de zorg voor het de fysieke leefomgeving: ‘De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu.’ Dit houdt een zorgplicht in om actief milieubeleid te voeren.⁶⁰ En wat te denken van de artikelen 2 (recht op leven) en 8 (recht op privéleven) Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM)? Op grond hiervan mag de burger van de overheid een actief optreden verlangen ter bescherming van het met dat recht gewaarborgde belang.⁶¹

In de *Shell/Milieudefensie*-uitspraak worden deze mensenrechten verdisconteerd in de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW).⁶² Hoewel er kritisch wordt gekeken naar deze uitspraak en het hoger beroep op dit moment nog loopt, is er met de huidige uitleg sprake van een indirecte horizontale werking van mensenrechten waardoor een te betrachten zorgvuldigheid bij niet uitsluitend de overheid wordt gelegd. Deze ontwikkeling lijkt me onafwendbaar. Maar ook in dat geval gaat het om het leerstuk van de (invulling van de) maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, dat zich onderscheidt van de (publiekrechtelijke) zorgplicht.⁶³ Om die reden – en overigens ook gelet op de beperkingen in omvang die een preadvies met zich brengt – kan ik me goed vinden in de afbakening van de zorgplicht door de werkgroep-Zijlstra. Hierna ga ik dan ook uit van bepalingen die zich niet uitsluitend tot de overheid richten.

2.3.3 Betrachten van zorg voor een bepaald belang

De werkgroep-Zijlstra wijst erop dat hoewel het woord ‘zorg’ in dit criterium staat, daarmee niet uitsluitend bedoeld wordt op bepalingen met daarin (een variant van) dat woord. Het gaat erom dat de normadressaat gedragsalternatieven heeft.⁶⁴ Ik vraag me af of dat niet een te ruime opvatting is. Zorgplichtbepalingen in die ruime

58 Zie bijvoorbeeld art. 2.2 lid 2 Wet natuurbescherming: ‘Gedeputeerde staten dragen ervoor zorg dat in hun provincie passende maatregelen als bedoeld in artikel 6, tweede lid, van de Habitatrichtlijn worden getroffen die nodig zijn voor Natura 2000-gebieden, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen voor de onderscheiden gebieden.’

59 F.P.C.L. Tonnaer, ‘Zorgplicht: omgevingsrechtelijk instrument van de toekomst?’, *TO* 2019/3.4, p. 89.

60 F.M. Fleurke, ‘Artikel 21 Milieubescherming’, in E.M.H. Hirsch Ballin e.a. (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 423. Zie ook ABRvS 27 maart 2002, AB 2002/272.

61 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: van Lindenbaum/Cohen via Kelderluik en Öneriyildiz naar Urgenda?’, *RM Themis* 2019/1.

62 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

63 T. Hartlief, ‘Is de zorgplicht ons een zorg?’, *NJB* 2017/965.

64 Advies werkgroep-Zijlstra, p. 7.

zin zouden zich dan naar mijn oordeel niet onderscheiden van *open normen*. Wellicht dat de functie van de norm in dat geval nog een onderscheid zou vormen, namelijk dat een zorgplicht dan bijvoorbeeld alleen als een vangnet voor excessen zou worden ingezet terwijl een open norm voor de reguliere activiteiten zou gelden. Dat lijkt me echter een gekunsteld en onnodig onderscheid dat in de praktijk niet kan worden gemaakt. Bovendien wordt dit deel van de definitie met de door de werkgroep-Zijlstra voorgestane invulling zinledig, omdat het dan overeenkomt met de hierna te bespreken derde onderdeel van de definitie dat er ‘meerdere gedragsalternatieven openstaan’.

Als met een zorgplichtbepaling alleen wordt beoogd uit te drukken dat de verantwoordelijkheid bij degene ligt die een activiteit onderneemt en dat daarmee q.q. een zorg ligt bij de normadressaat, zou dat naar mijn oordeel gelden voor alle bepalingen die zich richten tot die normadressaat. Ook als er bijvoorbeeld een gesloten norm zoals een emissiegrenswaarde geldt, dan moet de normadressaat ‘zorgen’ dat hieraan wordt voldaan. Dat is de ‘Ja hoor, dat doe ik’-variant uit de inleiding hiervoor. Ik meen echter dat het woord ‘zorg’ dat terugkomt in de tekst van bepaalde zorgplichtbepalingen, in het opschrift van een paragraaf in een wet of in de toelichting, in de regel iets anders betekent. Conform jurisprudentie over de uitleg van een begrip sluit ik daarbij aan bij het Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal.⁶⁵

In het woordenboek wordt onder ‘zorg’ verstaan⁶⁶ ‘het streven en de pogingen die iem. aanwendt, de moeite die iem. doet om iets in stand of in goede conditie te houden, of zo goed mogelijk te doen zijn of te maken’.⁶⁷ Onder ‘zorgplicht’ staat: ‘plicht om voor anderen te zorgen, om zorgvuldig om te gaan met belangen van anderen’.⁶⁸ Dat is de ‘daar zet ik me voor in’-variant uit de inleiding. Of in juridische taal: ik zie een verschil tussen een resultaatsverplichting in een wettelijke (of vergunnings)bepaling die ook via een open norm met gedragsalternatieven kan worden opgelegd, en een inspanningsverplichting. Die laatste vorm kan tot uitdrukking worden gebracht door het woord ‘zorg’.

Dat verschil blijkt echter niet uit de definitie van de werkgroep-Zijlstra. De CTW benoemde dat eerder ook niet zo, maar het kan wel worden ingelezen in de zinsnede ‘een algemene verplichting tot het in acht nemen van een bepaalde graad van zorgvuldigheid’ uit de eerder aangehaalde CTW-definitie. Als dat al de gedachte was, dan is die vervolgens verlaten. De werkgroep-Riezebos gaf zelfs aan dat elk doelvoorschrift in feite een zorgplicht is waarvan de norm concreter is opgeschreven. Het verschil is dat als het doel in algemene termen in de vorm van een maatschappelijk belang zou zijn opgeschreven, er sprake is van een zorgplicht. Als het

65 O.a. ABRvS 14 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1546.

66 Naast overige uitleggen zoals de geneeskundige verzorging.

67 Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal.

68 Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal.

doel concreter en beter meetbaar is, zou het gaan om een doelvoorschrift.⁶⁹ Hier wordt dus geen aandacht geschonken aan het element 'zorg' en de mogelijke uitleg als inspanningsverplichting.

Uit de hierna te behandelen verschillende zorgplichten in het omgevingsrecht volgt dat de zorgplichten vaak zijn vormgegeven als een gebod of verbod om bepaalde handelingen te verrichten of na te laten. Er is dan ook in die gevallen geen sprake van een inspanningsverplichting, maar van een resultaatsverplichting. Daarin onderscheiden de hierna besproken zorgplichten in het omgevingsrecht zich mijns inziens ook van andere zorgplichten in het bestuursrecht.⁷⁰ Tjong Tjin Tai wijst er – primair in het kader van het privaatrecht – op dat zorg geen resultaten garandeert, maar een relatie en houding impliceert die gericht zijn op het beschermen en bevorderen van zekere belangen.⁷¹ De vraag is dan ook of er bij de omgevingsrechtelijke zorgplichten wel sprake is van een zorgplicht of dat deze term onjuist is. En als de term onjuist is, komt de vraag op wat de consequentie daarvan is. Dient er dan een taalkundige oplossing te worden gevonden door de bepalingen op een andere wijze – zoals doelvoorschriften – aan te duiden, of moet het verdergaande gevolgen hebben voor de inhoud van dergelijke wetten en bepalingen? Zijlstra geeft terecht aan dat bij een zorgplicht die ziet op het betrachten van zorg, de naleving en het beschermd belang juridisch losgekoppeld zijn.⁷² De consequentie is dan dat een zorgplicht kan worden nageleefd, terwijl er – bijvoorbeeld – onverhoopt wel milieuschade ontstaat.

Voor veel van de hierna te bespreken bepalingen, met name die welke als een gebod of verbod zijn geformuleerd, lijkt het enkel opleggen van een 'werkelijke zorgplicht' in de vorm van een inspanningsverplichting op het eerste gezicht een ongunstig alternatief, gelet op het doel van de bescherming van het milieu en een potentiële vermindering van de bescherming van de leefomgeving. Zoals hierna uiteengezet hebben de huidige zorgplichten in het omgevingsrecht dan ook een gerechtvaardigde functie. Maar ze werken met name als vangnet voor bijzondere situaties, of als een doelvoorschrift dat ook zonder het etiket zorgplicht kan worden opgelegd. De toepassing in de praktijk is dan ook beperkt. Bovendien zijn er veel vraagtekens bij de rechtszekerheid en legaliteit. Er kan (daarnaast) ruimte zijn voor inspanningsverplichtingen waarmee ook andere functies kunnen worden geborgd en die meer tegemoetkomen aan de eisen van bijvoorbeeld rechtszekerheid. Er zou volgens mij op zijn minst een debat over de wenselijkheid daarvan moeten worden gevoerd. Ik vind het een gemis dat hier weinig aandacht voor is (geweest). In de

69 Werkgroep-Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, 2005, p. 13.

70 Zie bijvoorbeeld art. 14 Wet toezicht accountantsorganisaties, waarover het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) uitdrukkelijk overwoog dat het gaat om een inspanningsverplichting: CBb 18 juni 2019, ECLI:NL:CBB:2019:235.

71 E. Tjong Tjin Tai, 'Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug', RdW 2010 (31) 3, p. 16. Zie uitgebreider zijn proefschrift: E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007.

72 S.E. Zijlstra, "'Zorgplicht' en algemeen wetgevingsbeleid', in: C.E.C. Jansen (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 61.

wetsgeschiedenis of kabinetsstukken ben ik in ieder geval geen onderkenning of aandacht voor de mogelijkheden van een (aanvullende) inspanningsverplichting tegengekomen.

Voor het vervolg van dit preadvies zal ik de term zorgplichten gebruiken in de zin van de werkgroep-Zijlstra, dus eigenlijk als doelvoorschrift. Ik meen echter dat dit niet de juiste term is, mede gelet op de taalkundige definitie van het woord ‘zorg’.⁷³ De consequentie hiervan moet ten eerste zijn dat de bedoelde bepalingen anders genoemd zouden moeten worden. Daarnaast kan deze zuivere benadering zorgen voor ruimte voor een debat over de introductie van werkelijke (inspannings)zorgplichten in het omgevingsrecht.

2.3.4 Gedragsalternatieven

De werkgroep-Zijlstra concludeert dat voor dit element van belang is dat de normadessaat op verschillende, zelf te kiezen manieren aan de norm kan voldoen, en dus gedragsalternatieven heeft.⁷⁴ Struiksma en Neerhof menen dat voor veel als zorgplicht binnen het bestuursrecht aangeduide bepalingen in wezen geen gedragsalternatieven worden geboden. Zij wijzen erop dat bij verboden en geboden, zoals veel bepalingen zijn geformuleerd, per geval moet worden beoordeeld of er gedragsalternatieven zijn. Om te voldoen aan een bepaald verbod zien zij vaak maar weinig alternatieven; de enige wijze om te voldoen aan het verbod kan bijvoorbeeld het nalaten van bepaald gedrag zijn. Dat geldt ook voor vangnetbepalingen in combinatie met bijbehorende gedetailleerde regelgeving.⁷⁵

Ik begrijp de redenering van Struiksma en Neerhof, maar ik meen dat het vermeende ontbreken van gedragsalternatieven met name komt omdat er geen gedrag – dat wil zeggen het betrachten van zorg voor een bepaald belang, of zoals hiervoor aangegeven, een inspanning – wordt voorgeschreven maar een te behalen resultaat via een gebod of verbod. Ook bij het voorgeschreven resultaat worden er naar mijn oordeel wel alternatieven gelaten om dat resultaat te behalen, zoals het geval kan zijn bij andere doelvoorschriften. In concrete gevallen kan het uiteraard wel zo zijn dat er *de facto* nog maar één alternatief mogelijk is als het gaat om de uitvoering van een beperkt deel van een zorgplicht, bijvoorbeeld omdat na een bepaalde bodemverontreiniging technisch de enige mogelijkheid voor het ongedaan maken ziet op het weghalen van de toplaag van de bodem. Dat betekent echter niet dat de zorgplicht als geheel geen verschillende alternatieven biedt.

De werkgroep-Riezebos concludeerde eerder dat het onderscheid tussen doelvoorschriften en zorgplichten moeilijk is te maken. Een doelvoorschrift kan worden

73 Zie ook de jurisprudentie van de Afdeling over het aansluiten bij Van Dale, o.a. ABRvS 25 augustus 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1897.

74 Advies werkgroep-Zijlstra, p. 7.

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

beschouwd als een zorgplicht waarvan de norm concreter is opgeschreven. In beide gevallen gaat het om het behalen van een bepaald doel. Als verschil wordt gewezen op zorgplichten die een doel in algemene termen hebben in de vorm van een maatschappelijk belang, en doelvoorschriften met een concreter en beter meetbaar doel.⁷⁶ Mij komt dat laatste onderscheid gekunsteld voor. In bijvoorbeeld het hierna te bespreken als een zorgplicht geduide artikel 13 Wbb is het doel om geen bodemverontreiniging te veroorzaken en anders de gevolgen ongedaan te maken weliswaar ingegeven vanuit een maatschappelijk belang, maar het doel lijkt me ook concreet en meetbaar.⁷⁷

Ik kan me dus vinden in de typering dat een zorgplicht alternatieven laat voor het te bereiken doel. Of dat ook *gedrags*alternatieven zijn, hangt ook samen met de vraag of de bepaling bepaald inspanningsgedrag normeert zoals het betrachten van een zorg. Ik zie in dit kader hoe dan ook weinig onderscheid met een doelvoorschrift.

2.3.5 Publiekrechtelijke handhaving

De werkgroep-Zijlstra richt zich op publiekrechtelijk te handhaven normen en normcomplexen. Daarbij wordt dus het publiekrechtelijk normenkader van belang geacht, en niet de vraag of een overheidsorgaan het afdwingen van de normopvolging op zich neemt, of dat nu publiekrechtelijk is of privaatrechtelijk.⁷⁸ Bij dat normenkader doen zich bepaalde vragen voor waar de werkgroep-Zijlstra zich op richt, zoals handhavingsproblemen. Hoewel dit een vrij arbitrair onderscheid is, is het ook voor dit preadvies een goede afbakening – ergens moet een grens worden getrokken bij wat wel en niet behandeld kan worden. En zoals hiervoor ook aangehaald zien civiele juristen de moderne publiekrechtelijke vormgeving van zorgplichten als een ontwikkeling die met enige argwaan moet worden gezien.⁷⁹ Alle redenen voor mij om dit ook als een afbakeningscriterium te hanteren.

2.4 Tussenconclusie

De korte conclusie is dat ik, mede vanwege afbakeningsredenen, de definitie van de werkgroep-Zijlstra op veel punten onderschrijf en ook gebruik voor mijn verdere analyse. Toch plaats ik ook kanttekeningen. Mijn voornaamste kritiek ziet op het geringe, of afwezige, onderscheid tussen doelvoorschriften en de door de werkgroep-Zijlstra gehanteerde definitie voor zorgplichten omdat er geen waarde wordt gehecht aan het element 'zorg'. Niet het betrachten van een bepaalde zorg (inspanning) wordt gereguleerd, maar een *resultaat*. Hierdoor is er geen bijzonder nader kenmerk aan te duiden van de huidige zorgplichten in vergelijking met andere (open) doelvoorschriften. Het gebruik van het woord zorgplicht voor de als

⁷⁶ Werkgroep-Riezebos, *Zorgplichten in milieuwetgeving*, 2005, p. 13.

⁷⁷ Letterlijk meetbaar, want de verplichting ziet vaak op het weghalen van de verontreinigde stof uit de bodem tot de gemeten achtergrondwaarde.

⁷⁸ Wat immers ook op privaatrechtelijke wijze kan, HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1267 (Staat/Kabayel).

⁷⁹ E. Tjong Tjin Tai, 'Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug', *RdW* 2010 (31) 3, p. 23.

zodanig aangehaalde bepalingen in het omgevingsrecht is niet terecht. Er is – ten onrechte – geen aandacht voor zuivere zorgplichten in de vorm van een inspanningsverplichting.

3 Wat is het doel van zorgplichten en in welke situaties kunnen deze worden ingezet?

3.1 Inleiding

In vervolg op de definitiekwestie komt de vraag op welke functie een zorgplicht heeft. Hier bestaan verschillende inzichten over, die ik hierna bespreek. De Evaluatie Commissie Wet Milieubeheer (ECWM) was in 2001 echter zeer duidelijk. De zorgplichten hadden vanuit bestuursrechtelijk perspectief slechts een symboolfunctie, die wel werd gewaardeerd 'als een bevestiging van het uitgangspunt dat milieuzorg een eigen verantwoordelijkheid van bedrijven is'.⁸⁰

3.2 Vijf functies

De CTW kwam in 1990 eerder tot de volgende mogelijke functies, zoals samengevat door de werkgroep-Zijlstra:

1. paraplufunctie: de zorgplichtbepaling staat vooraan in de wet en wordt gevolgd door een concretere (partiële) uitwerking;
2. vangnetfunctie: de zorgplichtbepaling wordt opgenomen voor het geval een ongewenste gedraging niet onder een van de concrete voorschriften kan worden gebracht;
3. signaleringsfunctie: naar aanleiding van de noodzaak om gebruik te maken van een zorgplichtbepaling, zou de wetgever gedwongen zijn zich af te vragen of dergelijke gevallen in de toekomst niet zouden moeten worden geregeld door middel van algemene regels;
4. derogerende functie: de zorgplichtbepaling kan derogeren aan de bijzondere (straf)bepaling en zodoende als strafuitsluitingsgrond fungeren;
5. preventieve werking: van het wettelijk vastleggen van de eigen verantwoordelijkheid van de burger zou een belangrijke preventieve werking uitgaan.

Deze functies spreken grotendeels voor zich en komen hierna aan de orde bij de bespreking van enkele specifieke zorgplichtbepalingen in het omgevingsrecht.

⁸⁰ Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer, ECWM 2001/2, advies, p. 4.

3.3 Onderbelichte derogerende functie

Ik vraag op deze plek aandacht voor de onder (4) aangehaalde derogerende functie. De werkgroep-Zijlstra behandelt deze functie nader. Bij zeer verfijnde wetgeving kan het wettelijk beschermde belang soms gediend zijn met een overtreding van een specifieke wettelijke regel, waarbij de zorgplichtbepaling als strafuitsluitingsgrond (de CTW gebruikt de term ‘rechtvaardiging’) dienst kan doen.⁸¹ De zorgplichtbepaling biedt dan uitkomst bij tegenstrijdige regels, waarbij het kernbeginsel (de zorgplicht) voorgeeft op het naleven van een specifiek voorschrift. Als voorbeeld wordt gewezen op artikel 5 Wegenverkeerswet (Wvw) (algemene verkeersveiligheid). Andere voorbeelden zijn niet bekend bij de werkgroep-Zijlstra.⁸²

De genoemde derogatie is mijns inziens in lijn met artikel 5:5 Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁸³ Op grond van dit artikel legt het bestuursorgaan geen bestuurlijke sanctie op voor zover voor een overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat. Uit de memorie van toelichting blijkt onder meer dat de uitvoering van een wettelijk voorschrift een rechtvaardigingsgrond is. De overtreder moet dan uit twee kwaden kiezen. Daarbij geldt de eis van proportionaliteit: de overtreder moet van de twee de minst kwade optie kiezen. Maar in het bestuursrecht wordt niet snel tot het aannemen van rechtvaardigingsgronden overgegaan.⁸⁴ Bij mij is ook geen geslaagd beroep uit de jurisprudentie bekend.⁸⁵ Daarmee is niet gezegd dat het instrument nooit is of wordt ingezet. Het niet-handhaven door bestuursorganen vanwege een rechtvaardigingsgrond blijft mogelijk buiten het zicht.

Ik zie in ieder geval mogelijkheden om op basis van een zorgplicht in voorkomende gevallen af te wijken van gedetailleerde bepalingen. Ik denk dan bijvoorbeeld aan bepalingen in het Activiteitenbesluit milieubeheer (Abm) die wel een uitzondering op bepaalde emissiegrenswaarden maken tijdens starten en stilleggen van activiteiten, maar niet als de activiteiten tijdelijk op een lager vermogen draaien waarbij de emissiegrenswaarden ook niet kunnen worden behaald. Dat draaien op lager vermogen is echter wel in het algemene belang van de bescherming van het milieu: helemaal stilleggen en opnieuw opstarten zorgt namelijk voor hogere emissies en grotere feitelijke overschrijdingen van de emissiegrenswaarden. Het niet handhavend optreden tegen emissies bij dat lagere vermogen, of het zelfs bij maatwerk toestaan, lijkt me onder omstandigheden een juiste toepassing van de derogerende functie van de zorgplicht. Binnen het omgevingsrecht met veel ‘cross media effects’ van activiteiten met milieugevolgen zie ik verder mogelijkheden voor een ruimere toepassing van de derogerende functie waarmee ook nadelige gevolgen op verschillende milieucompartimenten beter tegen elkaar kunnen worden afgewogen.

81 CTW 1990.

82 Advies werkgroep-Zijlstra, p. 30.

83 Ingevoerd na het rapport van de werkgroep-Zijlstra, Stb. 2009, 264.

84 Kamerstukken II 2003/04, 29702, nr. 3, p. 87.

85 Zie in gelijke zin T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom juridisch 2022, p. 119.

Dat is uiteraard niet aan de orde als hogere Europese regelgeving bepaalde maximale emissies voorschrijft of andere eisen stelt die moeten worden nageleefd.

3.4 Drie aanvullende functies

De werkgroep-Zijlstra verwijst naar de hiervoor genoemde vijf functies maar voegt daar in mijn ogen nog aan toe⁸⁶ dat zorgplichtbepalingen van waarde kunnen zijn:

6. bij het bewustmaken van de eigen verantwoordelijkheid van burgers voor de behartiging of het ontzien van bepaalde belangen;
7. voor de vermindering van regeldruk, en
8. met het oog op de bestendigheid van regels.

De onder (6) genoemde bewustwording is naar mijn oordeel anders dan de onder (5) genoemde preventieve functie. De bewustwording is meer symbolisch en sturing op gedrag, terwijl de CTW bij de preventieve functie meer de nadruk legde op het juridisch verantwoordelijk stellen en het afschrikwekkende effect daarvan. De ECWM benoemt ook de bevestiging van de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven als positieve functie van een zorgplicht. De ECWM plaatst dat wel in het kader van symboolwetgeving.⁸⁷

De vermindering van de regeldruk, deregulering genoemd onder (7), komt niet als functie voor in de opsomming van de CTW. De werkgroep-Zijlstra waarschuwt wel voor de verplaatsing van de regeldruk naar andere vormen van regels, bijvoorbeeld in de vorm van beleidsregels. Het is niet de bedoeling een verschuiving van regeldruk binnen de overheid te bewerkstelligen. De werkgroep-Zijlstra acht het echter niet bezwaarlijk als de ruimte die de wet laat in de private sfeer wordt ingevuld door middel van afspraken tussen belanghebbenden.

Bij dit onderdeel wordt door de werkgroep-Zijlstra niet stilgestaan bij de vraag naar rechtsbescherming. Als de invulling van regels verschuift naar pseudowetgeving dan staat daar in beginsel geen bestuursrechtelijke rechtsgang tegen open. Ik kom hier in mijn beschouwing naar aanleiding van de behandeling van verschillende huidige zorgplichten nog op terug.

De waarde van de bestendigheid van de regels ziet de werkgroep-Zijlstra in het licht van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid. Dat zijn belangrijke rechtsbeginselen. De redenering dat door een goed gekozen zorgplicht er meer bestendigheid is in regels dan bij steeds wisselende gedetailleerde wettelijke regelingen waardoor dit de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid dient, komt op mij niet overtuigend over. Die redenering zegt immers nog niets over de rechtszekerheid bij de invulling van

⁸⁶ De werkgroep concludeert op p. 58 van het rapport dat zorgplichtbepalingen van waarde kunnen zijn voor de drie genoemde situaties die in mijn ogen aanvullend zijn op de door de CTW genoemde functies. De werkgroep-Zijlstra doet ook geen afstand van de door de CTW genoemde functies.

⁸⁷ *Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer*, ECWM 2001/2, advies, p. 4.

de zorgplicht. Gedetailleerde wettelijke regelingen zullen daarentegen, ook als ze vaker worden aangepast, het voorgeschreven democratisch gelegitimeerde proces moeten doorlopen wat mij vanuit rechtsstatelijk oogpunt als wenselijker voorkomt dan rechtsonzekerheid bij de invulling van de zorgplicht.

Hoe dan ook geeft in ieder geval het benoemen van de door de wetgever beoogde functie of functies bij een zorgplicht duidelijkheid over de gewenste uitleg en invulling van een zorgplicht. De ECWM heeft dan ook aan de wetgever de terechte aanbeveling gedaan om bij nieuwe zorgplichten duidelijk te maken wat precies de beoogde functie is van een zorgplicht.⁸⁸ Zoals hierna bij de bespreking van verschillende zorgplichten zal blijken, is die aanbeveling – het advies van de ECWM is uit 2001 – niet in alle gevallen opgevolgd.

3.5 Wanneer en hoe zorgplichten te gebruiken

De werkgroep-Zijlstra noemt ook een aantal indicatoren voor de vraag wanneer zorgplichten kunnen worden ingezet. Het gebruik van zorgplichten ligt in de rede:⁸⁹

1. indien de overheid de burger ruimte wil laten voor gedragsalternatieven en directe sturing van gedrag niet noodzakelijk vindt;
2. indien Europese en/of internationale regelgeving niet gedetailleerd is zodat ruimte bestaat voor het gebruik van zorgplichtbepalingen;
3. naarmate de invloed van de techniek op de regelgeving van een bepaald recht groter is (waardoor gedetailleerde regels steeds aan de stand van de techniek zouden moeten worden aangepast);
4. indien er een zekere maatschappelijke overeenstemming is over het gewenste gedrag en indien de doelgroep de maatschappelijke opvatting onderkent of begrijpt;
5. indien de zorgplichtbepaling betrekking heeft op de kernactiviteiten van de normadressaat;
6. naarmate de doelgroep homogener is.

Deze indicatoren hebben veel raakvlakken met de hiervoor besproken functies van zorgplichten en ook hier is niet altijd even scherp het onderscheid te maken tussen zorgplichtbepalingen en doelvoorschriften. In de wetsgeschiedenis van nieuwe (of bestaande) zorgplichten ben ik geen aandacht voor deze indicatoren tegengekomen. Dat is jammer, want aandacht voor bijvoorbeeld indicator (4) over maatschappelijke overeenstemming zou aanleiding kunnen zijn om te onderbouwen dat een zorgplicht in lijn met de rechtszekerheid is.

In 2005 concludeert de werkgroep-Riezebos dat er globaal slechts twee vormen van zorgplichten zijn: als vangnetbepaling naast gedetailleerde regels, of als *vervanging* van gedetailleerde regels. Met die laatste vorm volstaat de overheid ermee

⁸⁸ Zorgplichtbepalingen uit de Wet milieubeheer, ECWM 2001/2, aanbeveling 7, p. 9 van het advies.

⁸⁹ Advies werkgroep-Zijlstra, p. 59.

de verantwoordelijkheid aan iemand toe te delen.⁹⁰ Het rapport van de werkgroep-Riezebos gaat vervolgens in op welke manier zorgplichten ter vervanging van gedetailleerde regels kunnen worden ingevoerd en werkt uit hoe de zorgplicht moet worden ingezet als uit de beoordeling aan de hand van de indicatoren blijkt dat er ruimte is om met zorgplichten te werken. De werkgroep ziet vier varianten, waarbij de inzet afhankelijk is van de verwachting over de naleving en handhaving:⁹¹

1. zorgplicht zonder nadere invulling. In deze variant zou het zowel voor de normadressaat als voor de handhavende instanties voldoende duidelijk zijn wat met de zorgplicht wordt bedoeld;
2. gedeeltelijke invulling zorgplicht door overheid. Volgens de werkgroep-Riezebos is vaak aan de orde dat de overheid concreter moet aangeven wat de zorgplicht inhoudt. Dit kan volgens het rapport door nadere regels in de vorm van doelvoorschriften te stellen of door hier bijvoorbeeld in de toelichting bij de desbetreffende regeling nader op in te gaan;
3. invulling zorgplicht (mede) door private partijen via zelfregulering. In deze variant wordt een verdere concretisering niet gegeven door de overheid maar door de normadressaten onderling. Dit kan door zelf eisen te stellen (bijvoorbeeld in de vorm van een certificeringsregeling) of door anderszins aan te geven hoe de zorgplicht uitgevoerd kan worden (bijvoorbeeld in de vorm van een handboek). De overheid kan hierbij volgens het rapport een rol spelen door bijvoorbeeld in een convenant afspraken met de desbetreffende private partijen te maken;
4. invulling zorgplicht door het rechtssubject zelf. Hiermee doelt de werkgroep-Riezebos op een zorgplicht met een verplichting aan de normadressaat om daar zelf invulling aan te geven, bijvoorbeeld door middel van een bedrijfsmilieuplan.

De werkgroep-Riezebos heeft de varianten nader uitgewerkt, op twee casusposities toegepast en aanbevelingen gedaan. Zoals uit de bespreking van verschillende zorgplichten hierna blijkt, lijkt daar weinig mee te zijn gedaan.

Ik meen dat, zoals de werkgroep-Riezebos ook zelf al aangeeft, variant (2), waarbij de overheid zelf een nadere invulling van de zorgplicht geeft, in de praktijk het meest aan de orde is, en ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid als het meest wenselijk kan worden gezien. De varianten (3) en (4) leunen naar mijn idee sterk op een zorgplicht die bestaat uit een inspanningsverplichting. Dan kan met certificering of bedrijfsmilieuplannen worden ingevuld en aangetoond welke inspanningen worden betracht en welke zorg daarmee wordt betracht. Of zoals hiervoor benoemd, welke houding wordt aangenomen.⁹² Dan kan worden voldaan aan de zorgplicht, onafhankelijk van het resultaat. Het voordeel is dat hier duidelijker preventief op kan worden gestuurd, en er minder spanningen zijn met de rechtszekerheid

90 Advies werkgroep-Riezebos 2005, p. 14.

91 Advies werkgroep-Riezebos 2005, o.a. p. 4-5.

92 E. Tjong Tjin Tai, 'Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug', RdW 2010 (31) 3.

en legaliteit. De gevraagde inspanning kan namelijk beter worden geconcretiseerd. De huidige zorgplichtbepalingen zijn hier echter niet op ingericht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de door de werkgroep-Riezebos uiteengezette varianten – op dit moment – niet de volle aandacht hebben.

3.6 Tussenconclusie

Er zijn veel onderzoeken gedaan naar de (gewenste) werking van zorgplichten. De evaluatie van bestaande zorgplichten in 2001 loog er niet om: zorgplichten hebben slechts een (weliswaar positieve) symboolfunctie. De steeds verder aanzwengende kritiek in de jaren negentig op de toepassing van zorgplichten leek dan ook niet zonder reden. In diverse opeenvolgende rapporten zijn de functies en mogelijkheden van inzet van zorgplichten steeds verder verkend en zijn de grenzen van de inzet opgezocht. Daarbij is echter geen verdere keuze gemaakt voor het bijvoorbeeld inzetten van zorgplichten als inspanningsverplichting en ontbreekt het zelfs aan een duidelijke discussie hierover.

Bij de bespreking van verschillende zorgplichtbepalingen hierna wordt verkend of en hoe rekening is gehouden met de hiervoor besproken functies en aanbevelingen.

4 Verschillende ‘zorgplichten’ in het omgevingsrecht

4.1 Algemeen

In de hiervoor aangehaalde rapporten worden verschillende zorgplichten in het omgevingsrecht aangehaald en in meer of mindere mate besproken. Ik zal hierna een overzicht geven van enkele zorgplichten waarvan de tekst of de uitleg door de rechter illustratief is voor een groot deel van de zorgplichten in het vigerende recht.

De niet-uitputtende inventarisatie van zorgplichtbepalingen van de werkgroep-Zijlstra noemde 23 zorgplichtbepalingen. In die lijst staan bijvoorbeeld artikel 1.1a Wm en artikel 13 Wbb, twee bepalingen die vaak als voorbeeld worden aangehaald van zorgplichtbepalingen en waarvan de aanduiding als zorgplicht tot nu toe ook niet wordt betwist, maar die wel uitgaan van een andere bewoording. Zo begint artikel 1.1a Wm met de algemene normering dat eenieder voldoende zorg voor het milieu in acht neemt. Artikel 13 Wbb stuurt alleen op resultaat. Toch worden ze allebei – tot op heden⁹³ – aangeduid als een zorgplicht.

Ik bespreek hierna uitgebreider de zorgplichten in artikel 1.1a Wm, artikel 9.2.1.2 Wm, artikel 2.1 Abm en artikel 5 Besluit risico’s zware ongevallen (Brzo) 2015. In een ‘varia’ paragraaf licht ik kort wat toe over niet uitgebreid besproken zorgplichten. Ik ben tot deze selectie gekomen omdat de uitgebreider behandelde zorgplichten elk al relevante elementen of uitwerkingen bevatten, en ik meen dat een behandeling van nog meer zorgplichten snel tot herhaling zal leiden, en ook te veel ruimte van deze bijdrage zal innemen.

4.2 Artikel 1.1a Wm (en een beetje artikel 10.1 Wm)

4.2.1 Inhoud zorgplichtbepaling

Een bekende zorgplicht in het omgevingsrecht is artikel 1.1a Wm. Deze bepaling lijkt op het eerste gezicht ook direct op een zorgplicht volgens de hiervoor behandelde definitie, al was het maar omdat het woord ‘zorg’ erin voorkomt. Het eerste lid luidt:

⁹³ In par. 5.2 komt aan de orde dat de opvolger van art. 13 Wbb onder de Omgevingswet door de regering niet als een zorgplichtbepaling wordt gezien.

‘Een ieder neemt voldoende zorg voor het milieu in acht.’ In het tweede lid is opgenomen dat de genoemde zorg in ieder geval inhoudt dat ‘een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten nadelige gevolgen voor het milieu kunnen worden veroorzaakt, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten voor zover zulks in redelijkheid kan worden gevergd, dan wel alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde die gevolgen te voorkomen of, voor zover die gevolgen niet kunnen worden voorkomen, deze zoveel mogelijk te beperken of ongedaan te maken.’

Vervolgens wordt in het derde lid aangegeven dat deze bepaling geen afbreuk doet aan de mogelijkheden van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

4.2.2 *Historie*

Deze zorgplicht is in het wetsvoorstel voor de Wet milieubeheer opgenomen via de Zesde nota van wijziging.⁹⁴ Dat was in 1992, niet zo lang na de hiervoor besproken zeer kritische advisering van onder meer de CTW over zorgplichten.

In het wetsvoorstel was wel al een *specifieke* zorgplicht opgenomen voor de behandeling van afvalstoffen zoals nu ook nog, in iets gewijzigde vorm, is opgenomen in het huidige artikel 10.1 lid 1 Wm.⁹⁵ Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel hebben diverse fracties vervolgens vragen gesteld over het opnemen van een *algemene* zorgvuldigheidsnorm.⁹⁶ In de parlementaire stukken worden de onderwerpen vervolgens samen behandeld of wordt er over en weer verwezen. De introductie van artikel 1.1a Wm is dan ook lastig te begrijpen zonder de toelichtingen op de afvalstoffenzorgplicht. Ik ga daar dan ook hier kort op in.

4.2.3 *Intermezzo, zorgplicht voor afvalstoffen*

In het afvalstoffenartikel staat kort gezegd een verplichting om redelijkerwijs te vergen maatregelen te treffen bij mogelijke milieuschade bij handelingen met afvalstoffen.⁹⁷ Bij de toelichting op dat afvalstoffenartikel wordt als eerste opgemerkt dat aan de milieuwetgeving van oudsher mede de gedachte ten grondslag ligt dat degene die een bepaalde milieuverontreinigende activiteit verricht, verantwoordelijk is om de voor het milieu negatieve gevolgen van die activiteit zo veel mogelijk te voorkomen of te beperken. Met het opnemen van dit beginsel wordt aangesloten bij een ‘gegroeid besef dat onzorgvuldig gedrag met afvalstoffen met als gevolg schadelijke effecten voor mens en milieu in het maatschappelijk verkeer

94 Kamerstukken II 1992/93, 21246, nr. 37. Er was daarvoor ook een amendement van gelijke strekking voorgesteld, zie Kamerstukken II 1992/93, 21246, nr. 26.

95 Kamerstukken II 1991/92, 21246, nr. 1-2, p. 4-5 (art. 7.1).

96 Kamerstukken II 1991/92, 21246, nr. 10, p. 29-30.

97 In het oorspronkelijke wetsvoorstel stond het ongeveer in deze bewoordingen. Tijdens de parlementaire behandeling is het tekstvoorstel later gewijzigd in een verbodsbepaling om handelingen te verrichten die tot nadelige gevolgen voor het milieu kunnen leiden behoudens voor zover dat is toegestaan in een vergunning (Stb. 1994, 80, p. 49 (art. 10.3)). Later is dat weer gewijzigd van een verbodsbepaling in een gebodsbepaling, na kritiek in de literatuur vanwege bewijsrechtelijke problemen (Kamerstukken II 1998/99, 26638, nr. 3, p. 38).

als onbetamelijk dient te worden beschouwd'.⁹⁸ Deze paragraaf van de toelichting vermeldt vaker dat de verantwoordelijkheid voor het milieu van degene die activiteiten ontplooit, wordt vastgelegd. Maar er wordt ook aangegeven dat met de zorgplichtbepaling wordt uitgedrukt dat de zorg voor het milieu een gedeelde zorg is van overheid en burger tezamen.⁹⁹

Er is weinig sturing gegeven aan de handhaving van het artikel; het was aan de praktijk of bestuursrechtelijk, civielrechtelijk of strafrechtelijk tegen overtreding van het zorgplichtartikel zou worden opgetreden. In dat kader wordt verwezen naar het ontbreken van praktijkervaring met de twee bestaande zorgplichtbepalingen in de Wet milieugevaarlijke stoffen (Wms) en de Wbb.¹⁰⁰ Als voorbeeld wordt wel verwezen naar artikel 25 Wvw. De Raad van State had daar in het advies op het wetsvoorstel op gewezen.¹⁰¹ In dat artikel van de Wvw¹⁰² staat een verbod voor gedrag dat gevaar op de weg kan veroorzaken of verkeer kan hinderen. Dat artikel wordt gezien als een vangnetbepaling.¹⁰³ Visser merkt hierover op dat de zorgplicht in de Wvw wordt gezien als het overbodige sluitstuk van een uitgebreid regelgevingsstelsel voor het reguleren van verkeersgedrag.¹⁰⁴ Zonder een dergelijk stelsel en historie kan het ontbreken aan bewustzijn – maatschappelijk of van de normadressaat – over wat wel of niet is toegestaan.¹⁰⁵

In de memorie van toelichting op de Wm komen ook verschillende functies van de afvalstoffenzorgplicht voorbij. Zo wordt gewezen op kort gezegd een vangnetfunctie voor nieuwe handelingen met afvalstoffen die bij de opstelling van het wetsvoorstel niet voorzienbaar waren, of het ontbreken van nadere regels omdat er nog geen behoefte was aan een verdere facultatieve uitwerking in een algemene maatregel van bestuur (amvb).¹⁰⁶ Ook wordt de preventieve werking benoemd.¹⁰⁷ De bepaling zal ook een signaleringsfunctie hebben, omdat als het artikel gebruikt zal moeten worden het bevoegd gezag gedwongen zou zijn zich af te vragen of dergelijke gevallen voor de toekomst niet moeten worden voorkomen door het stellen van algemene regels.¹⁰⁸ Verder wordt ingegaan op de nadere invulling die de bepaling geeft aan de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm.¹⁰⁹ Dit benoemen van een 'nadere invulling' lijkt erop te duiden dat er geen sprake is van een bestaand bewustzijn van wat wel of niet is toegestaan, zoals bij de aangehaalde zorgplicht in de Wvw wel het geval is.

98 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 29.

99 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 29.

100 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 30.

101 Kamerstukken II 1988/89, 21246, A, p. 4-5.

102 Thans art. 5 Wvw 1994.

103 Zie bijvoorbeeld M. Otte, 'Het proefschrift "Het stelsel van gedragsregels in het wegverkeer" in retrospectief', VR 2013/112.

104 M.J.C. Visser, 'Zorgplichtbepalingen in het milieustrafrecht' in het WODC-rapport Milieustrafrecht, 2007, p. 109.

105 Visser 2007, p. 109.

106 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 30 en p. 105.

107 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 30-31.

108 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 31.

109 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 30.

De kritiek van de CTW, die ook specifiek was gericht op dit wetsvoorstel en die ziet op de rechtsonzekerheid en bewijslastproblemen bij handhaving, wordt weggevuurd door aan te geven dat het zorgplichtartikel gezien zijn functie en strekking niet anders kan zijn dan ruim van opzet.¹¹⁰ Door de ‘redelijkerwijs’-formuleringen wordt de werking van het artikel volgens de toelichting ‘gemodificeerd’ naar een voor de individuele burger aanvaardbare verplichting.¹¹¹ De invulling van de zorgplicht is onder meer afhankelijk van de individuele omstandigheden, de kwaliteiten en de hoedanigheid van de handelende persoon. Aan bijvoorbeeld grotere producenten van chemisch afval mogen strengere en verdergaande eisen worden gesteld dan aan huishoudens.¹¹²

4.2.4 Functie

Terug naar artikel 1.1.a Wm. De toelichting op dit artikel zelf is vrij summier met een enkele alinea. Daaruit volgen twee functies: (1) het codificeren van de eigen verantwoordelijkheid voor een schoon milieu¹¹³ – dat lijkt op een bewustwordingsfunctie; over een preventieve functie wordt niet gesproken – en (2) een vangnetbepaling voor handelingen die niet vallen onder specifiek omschreven voorschriften.¹¹⁴ Vanuit bestuursrechtperspectief is interessant dat in dat kader wordt gesproken over ‘maatschappelijk onbetamelijk gedrag’ en dat de bepaling niet strafrechtelijk, maar vooral civielrechtelijk gehandhaafd zou worden.¹¹⁵ Er wordt niet gesproken over bestuursrechtelijke handhaving terwijl het wetsvoorstel ook uitging van een algemene handhavingsbevoegdheid van milieubepalingen.¹¹⁶

In 2001, zeven jaar na de inwerkingtreding, concludeert de ECWM dat artikel 1.1a nauwelijks in de bestuursrechtelijke handhavingspraktijk wordt toegepast en dat de toepassing als ‘vrijwel kansloos’ wordt gezien.¹¹⁷ De ECWM spreekt dan ook over symboolwetgeving, maar wel met een positieve waarde omdat hiermee de eigen verantwoordelijkheid van bedrijven wordt bevestigd.¹¹⁸ De ECWM gaf dan ook als aanbeveling om artikel 1.1a Wm wel in de huidige vorm te handhaven, ‘onder erkenning van het feit dat ze slechts beperkt bestuursrechtelijk wordt gehandhaafd’.

110 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 31.

111 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 31.

112 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 105.

113 Kamerstukken II 1992/93, 21246, nr. 37, p. 3.

114 Kamerstukken II 1992/93, 21246, nr. 37, p. 3.

115 Kamerstukken II 1992/93, 21246, nr. 37, p. 3. De algemene zorgplicht uit de Wm is ook nooit strafbaar gesteld.

116 Kamerstukken II 1988/89, 21246, nr. 3, p. 91.

117 ECWM 2001/2, advies, p. 3.

118 ECWM 2001/2, advies, p. 4. In het advies wordt ook aangegeven dat in overlegsituaties bijvoorbeeld rond een geconstateerde overtreding naar deze zorgplichtbepaling wordt verwezen. De ECWM ziet hierom de positieve waarde. Ik ben zelf wat minder gecharmeerd van een opgenomen voorbeeldsituatie (Hoofdstuk V, p. 103): ‘Bij uitzondering heeft de gemeente Zeevang eens een hobbyist die geen inrichting dreef met het toepassen van artikel 1.1a Wm als “vangnet” gewaarschuwd. Volgens de woordvoerder van die gemeente zou je bij de Raad van State “natuurlijk geen poot hebben om op te staan”. Na nog een gesprek heeft deze overtreder toch de boel opgeruimd.’

4.2.5 Jurisprudentie

Uit de jurisprudentie volgt ook dat artikel 1.1a Wm terughoudend moet worden toegepast en alleen een vangnetfunctie heeft. In 2003 beperkte de Afdeling die vangnetfunctie ook tot activiteiten buiten een inrichting.¹¹⁹ Het college van burgemeester en wethouders van Horst aan de Maas heeft onder aanzegging van bestuursdwang gelast de inrichting van Benegas voor de distributie van gassen (LPG) te sluiten omdat niet wordt voldaan aan een milieuriichtlijn.¹²⁰ De Afdeling oordeelt dat de verleende milieuvergunning bepalend is voor de reikwijdte van de algemene zorgplicht. Als het beschermingsniveau voor het milieu van de vergunning niet meer voldoet, dan moet het college de instrumenten uit de Wm (thans Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)) gebruiken om de vergunning aan te passen of zo nodig (gedeeltelijk) in te trekken, wat bovendien meer rechtszekerheid biedt dan het toepassen van handhavingsmiddelen. Er is dan ook geen schending van de algemene zorgplicht.¹²¹

In latere jurisprudentie heeft de Afdeling deze lijn bevestigd en gepreciseerd. Van overtreding van artikel 1.1a Wm kan in beginsel slechts sprake zijn in gevallen waarin (1) ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden, terwijl (2) de Wm of bijbehorende regelgeving er niet op andere wijze in voorziet om die gevolgen te voorkomen of zo veel mogelijk te beperken.¹²²

Ook creatieve oplossingen om duurzaamheidseisen op te leggen aan bedrijven sneuvelen. Het college van burgemeester en wethouders van Rotterdam heeft aan de omgevingsvergunning voor milieu van het Erasmus Medisch Centrum voorschriften verbonden om emissies van verkeer van en naar het ziekenhuis te inventariseren en te beperken. De wens hiertoe was al neergelegd in een 'landelijke Handreiking Vervoermanagement'. De Afdeling vernietigt dat besluit omdat de nadelige gevolgen voor het milieu van verkeer van en naar de inrichting slechts over een relatief beperkte afstand, namelijk totdat het verkeer wordt geacht te zijn opgenomen in het heersende verkeersbeeld, aan het in werking zijn van een inrichting worden toegerekend.¹²³ In een overweging ten overvloede maakt de Afdeling ook duidelijk dat de zorgplicht van artikel 1.1a Wm, waarnaar de genoemde Handreiking verwijst, geen grondslag biedt voor handhaving. Er is namelijk geen sprake van aan

119 'Inrichting' is het centrale aanknopingspunt in de milieuregelgeving waar bepaalde milieu-regels voor kunnen gelden, rechtstreeks via een amvb en/of via een milieuvergunning. Onder de aangekondigde Omgevingswet vervalt dit aanknopingspunt en is er een stelsel rondom 'milieubelastende activiteiten' (MBA's) opgezet.

120 De toenmalige richtlijnen van de Commissie Preventie van Rampen door gevaarlijke stoffen (CPR), thans vervangen door de Publicatiereeks Gevaarlijke Stoffen (PGS)-richtlijnen.

121 ABRvS 3 september 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI1774 (o.a. AB 2003/88 met een kritische noot van Michiels).

122 O.a. ABRvS 8 december 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AR7109 (AB 2005/44 wederom met een kritische Michiels) en ABRvS 19 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4979. De vergunningplichtbepalingen in de Wm zijn thans opgenomen in de Wabo. Dat heeft niet tot een wijziging van de jurisprudentielijn gezorgd. De voor de inrichting geldende omgevingsvergunning is dan bepalend voor de reikwijdte van de zorgplichten. Zie ABRvS 25 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3710.

123 ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1260.

de inrichting toerekenbare gevolgen voor het milieu in de zin van de Wm, zoals hiervoor uiteengezet. Ook voor niet-vergunningplichtige inrichtingen gaat dit op. Daarmee beperkt de Afdeling de werking van de algemene zorgplicht dus verder. Indien een bevoegd gezag strengere eisen dan de vergunning wil opleggen in verband met de bescherming van het milieu, dan dient het die in voorschriften aan de vergunning te verbinden. Indien de gewenste voorschriften niet aan de inrichting kunnen worden opgelegd, omdat de Wabo en/of Wm geen grondslag bieden voor het stellen van voorschriften die betrekking hebben op niet aan de inrichting toerekenbare milieugevolgen (zoals in dit geval met betrekking tot het gehele veroerstraject) dan kan ook niet worden gehandhaafd op basis van de zorgplicht.¹²⁴

De beperkte werking van de algemene zorgplicht kan ook niet worden omzeild door in een vergunningvoorschrift een zorgplichtbepaling op te nemen. Het is niet in lijn met het stelsel van de Wm om in een voorschrift een regeling op te nemen die overeenkomt met een wettelijke bepaling.¹²⁵ De wetgever heeft mogelijk afstand willen doen van deze lijn door in het Besluit omgevingsrecht (Bor) op te nemen dat ten aanzien van onderwerpen waarover geen andere voorschriften aan de omgevingsvergunning zijn verbonden, zorgplichtbepalingen in de omgevingsvergunning mogen worden opgenomen.¹²⁶ In de summier toelichting staat slechts dat dit kan 'als alternatief voor gedetailleerde technische voorschriften'.¹²⁷ Maar ook uit latere jurisprudentie blijkt dat aan een vergunningvoorschrift met een zorgplicht voor bepaalde milieugevolgen verder geen zelfstandige betekenis kan worden toegekend, omdat met het vergunnen van bepaalde activiteiten ook de daarbij behorende gevolgen voor het milieu zijn beoordeeld en toegestaan. Met onder meer die historie dient dan rekening te worden gehouden bij uitvoering van het voorschrift.¹²⁸

Voor zover de wetgever beoogt om nieuwe onvoorziene gevolgen van activiteiten onder de zorgplicht te laten vallen,¹²⁹ lijkt me dat ook niet mogelijk binnen het wettelijk stelsel bij in ieder geval vergunningplichtige activiteiten. Ook de rechtbank Noord-Nederland komt in 2021 tot het oordeel dat als later blijkt dat een vergunde activiteit ongewenste of onbedoelde emissies veroorzaakt – in dit geval – geen sprake is van het handelen in strijd met de verleende vergunning en er geen

124 Onder de aangekondigde Omgevingswet wordt er mogelijk wel een grondslag geboden voor het reguleren van (CO₂-emissies van) verkeersstromen van en naar een inrichting, via het voorgehangen Besluit werkgebonden personenmobiliteit tot wijziging van het Bal. Een eerder artikel in het Abm dat op hetzelfde onderwerp zag, is nooit in werking getreden omdat het eerst nog aan een Taskforce met werkgevers en werknemers werd overgelaten (art. 2.16 Abm, zie Stb. 2007, 415, p. 293).

125 ABRvS 3 april 1998, E030800, M en R 1998/104, m.nt. Ten Veen. In deze uitspraak ging het om een voorschrift met een zorgplichtbepaling.

126 Art. 5.7 lid 2 onder i Bor.

127 Stb. 2010, 143, p. 94-95.

128 ABRvS 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1363.

129 Dat zou onder een vangnetfunctie kunnen vallen, maar zoals gezegd is de toelichting in de parlementaire geschiedenis summier.

overtreding is.¹³⁰ In dat geval is er naar mijn oordeel sprake van een activiteit die valt of kan vallen onder de regulering van een vergunning, en treedt de zorgplichtbepaling zoals hiervoor uiteengezet terug.

Artikel 1.1a Wm is echter niet zinledig gebleken. Het is bijvoorbeeld een grondslag voor het toepassen van spoedeisende bestuursdwang vanwege verspreiding van asbest na een brand.¹³¹ De toepassing die de wetgever voor zich zag, namelijk als nadere invulling van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm en als van belang voor civielrechtelijke handhaving, is geen bewaarheid geworden. De ECWM concludeerde in 2001 dat in civielrechtelijk opzicht de zorgplichtbepalingen redelijk overbodig lijken.¹³² Brans en Winterink concluderen in 2016 dat uitspraken waarin wordt aangenomen dat een schending van de zorgplicht uit artikel 1.1a Wm een schending van een wettelijke plicht oplevert en onrechtmatigheid daarmee is gegeven, althans een belangrijke stap is genomen om aansprakelijkheid aan te nemen, ‘vrij zeldzaam’ zijn.¹³³

Opvallend is de uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant uit 2023 waarin artikel 1.1a Wm in dezelfde zin als artikel 8 EVRM wordt aangehaald als artikel waarmee het recht op gezondheid wordt beschermd.¹³⁴ Dit wordt gebruikt als motivering voor de zwaarwegendheid van de betrokken belangen bij de weging van een verzoek om wijziging van een voorschrift en waarom de rechtbank vol de evenredigheid van het besluit toetst, ook al heeft het betreffende bevoegd gezag beoordelingsruimte. Het gaat in deze uitspraak om een woningtextielbedrijf. Het bedrijf wil graag anders dan voorgeschreven ramen en deuren van productieruimtes kunnen openen voor betere arbeidsomstandigheden tijdens warme dagen en het college heeft deze verruiming toegestaan. Omwonenden vrezen voor meer geurimmissie en gezondheidsrisico's door de emissie van schadelijke stoffen via de open ramen of deuren. Gelet op het door de Afdeling vastgestelde beperkte toepassingsbereik van artikel 1.1a Wm gaat deze uitleg door de rechtbank mij te ver.

4.2.6 Tussenconclusie

Artikel 1.1a Wm is zonder veel toelichting of debat in de Wm opgenomen, in de slipstream van het toen tevens ingevoerde artikel 10.1 Wm. De bewustwording van de verantwoordelijkheid en het geven van een vangnet waren de beoogde functies. Eerdere kritiek over de rechtsonzekerheid is door de wetgever niet serieus genomen. Enkele jaren na de invoering werd artikel 1.1a Wm als symboolwetgeving gezien en de (al geringe) toepassing als vrijwel kansloos. Sinds die tijd is de zorgplicht wel in uitzonderingsgevallen succesvol ingezet, maar heeft de Afdeling ook vanwege de rechtszekerheid geoordeeld dat deze zorgplicht niet geldt wanneer

¹³⁰ Rb. Noord-Nederland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2067.

¹³¹ O.a. ABRvS 25 november 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK4371.

¹³² ECWM 2001/2.

¹³³ E. Brans & K. Winterink, 'Bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk kostenverhaal bij asbestbranden. Wat is de stand van zaken?', O&A 2016/76.

¹³⁴ Rb. Oost-Brabant 27 januari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:361, r.o. 6.6.

andere wetgeving in de regulering van de milieugevolgen kan voorzien, zoals bij vergunningplichtige inrichtingen. De zorgplicht heeft ook geen functie voor niet toe te rekenen activiteiten rondom een inrichting. In andere gevallen kan er alleen worden opgetreden als er sprake is van ernstige (acuut dreigende) nadelige milieugevolgen. Hiermee heeft de Afdeling de werking van de zorgplicht, anders dan de bedoeling lijkt te zijn geweest van de door de wetgever beoogde functies, flink ingeperkt.

4.3 Artikel 9.2.1.2 Wm

4.3.1 De zorgplichtbepaling

In titel 9.2 van de Wm zijn bepalingen opgenomen die aanvullend werken op de Europese verordening voor chemische stoffen (REACH¹³⁵) en die voorheen in de Wms stonden. De titel voorziet in een aantal concrete regels en grondslagen voor amvb's¹³⁶ en een, volgens de toelichting, 'zorgplicht' in artikel 9.2.1.2 Wm. Tot 2008 stond deze zorgplicht in artikel 2 van de Wms. Dit artikel richt zich tot eenieder die beroepshalve een stof, mengsel of genetisch gemodificeerd organisme vervaardigt, in Nederland invoert, toepast, bewerkt, verwerkt of aan een ander ter beschikking stelt. Als degene weet of redelijkerwijs had kunnen vermoeden dat door zijn handelingen met die stof of dat mengsel of organisme gevaren kunnen optreden voor de gezondheid van de mens of voor het milieu, is hij verplicht alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd, om die gevaren zo veel mogelijk te voorkomen of te beperken. Volgens de memorie van toelichting 'wordt het als een vereiste van maatschappelijke zorgvuldigheid beschouwd' dat de betrokkenen zich naar hun vermogen op de hoogte stellen van mogelijk gevaarlijke effecten van die stof, en moeten zij ervoor zorgdragen dat alle redelijkerwijs te vergen risicobeperkende maatregelen worden genomen.¹³⁷ Er wordt dan ook onderscheid gemaakt naar de hoedanigheid van de normadressaat en er wordt minder verwacht van bijvoorbeeld iemand die stoffen ambachtelijk toepast.¹³⁸ Anders dan in artikel 1.1a Wm komt het woord 'zorg' niet voor in de bepaling.

De zorgplicht staat niet in Europese regelgeving. Een eerder voorstel van de Nederlandse regering voor een dergelijke bepaling in REACH sneuvelde vanwege bezwaren over de rechtszekerheid.¹³⁹

135 Verordening (EG) nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH).

136 Zo zijn er ca. 30 amvb's (mede) gebaseerd op art. 9.2.2.1 Wm.

137 Kamerstukken II 2005/06, 30600, nr. 3, p. 24.

138 Kamerstukken II 2005/06, 30600, nr. 3, p. 24.

139 COM:2003:644:FIN, Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake de registratie en beoordeling van en de vergunningverlening en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (Reach), tot oprichting van een Europees Chemicaliënagentschap en tot wijziging van Richtlijn 1999/45/EG en Verordening (EG) inzake persistente organische stoffen. Zie voor het voorstel met de zorgplicht 'het document met kenmerk A6-0352/2006i in de procedure 2003/0256(COD), 13 oktober 2006. Nederland heeft dit voorstel ingebracht (zie Bijlage 1 bij Kamerstukken II 2004/05, 21501-08, nr. 200, bijlage 1).

In de wetsgeschiedenis van het oude artikel 2 Wms wordt kort ingegaan op de vraag hoe moet worden omgegaan met de situatie dat de normadressaat uit onwetendheid of door bijvoorbeeld gebrekkige middelen tekortgeschoten is in het nemen van de nodige maatregelen. In dergelijk gevallen zal de bewijslevering zich moeten richten op datgene wat degene redelijkerwijs had moeten weten of kunnen vermoeden 'en op datgene wat van iemand in een vergelijkbare situatie als de verdachte gevegd mag worden'. Dat bewijs zou niet moeilijk te leveren moeten zijn 'in gevallen waarin betrokkenen naar de geldende inzichten in eigen kring duidelijk tekortgeschoten zijn'.¹⁴⁰

4.3.2 Functie

De bepaling wordt gepresenteerd als aanvullend op de verplichtingen in REACH, om de eigen *verantwoordelijkheid* te markeren (bewustwording) en uitdrukkelijk als een *vangnet* bij het ontbreken van specifieke regels.¹⁴¹ Als voorbeeld wordt gewezen op

'het gebruik van toegelaten bestrijdingsmiddelen in een naast een woning gelegen boomgaard. Een boomgaard is geen inrichting in de zin van de WM, en de Bestrijdingsmiddelenwet 1962 ziet niet op lokale situaties. Daarnaast geldt deze vangnetfunctie ook ten aanzien van handelingen met stoffen die niet onder de reikwijdte van REACH vallen. Gedacht kan hierbij worden aan handelingen in verband met asbestverwijdering of het afsteken van vuurwerk'.¹⁴²

Een nadere toelichting hierop blijft uit.

4.3.3 Uitwerking in beleid

De staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat (IenW) heeft 'in verband met toezicht op en de handhaving van de zorgplicht van artikel 9.2.1.2' in de zomer van 2022 de 'Beleidsregel handhaving kwaliteit van benzine en diesel bestemd voor de export naar lage- en middeninkomenslanden buiten de EU, in het bijzonder ECO-WAS-landen, 2022' vastgesteld.¹⁴³ Met deze beleidsregel wordt aangegeven welke kwaliteitseisen de toezichthouder (Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT)) stelt aan benzine en diesel die vanuit Nederland buiten de Europese Unie (EU) wordt geëxporteerd. Voor de EU zijn in een richtlijn eisen gesteld aan de specificaties van brandstoffen die binnen de EU in de handel worden gebracht om schadelijke luchtverontreiniging terug te dringen.¹⁴⁴ Deze richtlijn is geïmplementeerd in het Besluit brandstoffen luchtverontreiniging (Bbl). Het Bbl bepaalt expliciet dat de

¹⁴⁰ Kamerstukken II 1983/84, 16800, nr. 9, p. 54.

¹⁴¹ Kamerstukken II 2005/06, 30600, nr. 3, p. 24 en Kamerstukken II 2005/06, 30600, nr. 6, p. 26-27.

¹⁴² Kamerstukken II 2005/06, 30600, nr. 3, p. 24.

¹⁴³ Stcr. 2022, 20956.

¹⁴⁴ Richtlijn 2009/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/70/EG met betrekking tot de specificatie van benzine, dieselbrandstof en gasolie en tot invoering van een mechanisme om de emissies van broeikasgassen te monitoren en te verminderen, tot wijziging van Richtlijn 1999/32/EG van de Raad met betrekking tot de specificatie van door binnenschepen gebruikte brandstoffen en tot intrekking van Richtlijn 93/12/EEG.

kwaliteitseisen niet van toepassing zijn op brandstoffen die buiten de EU worden uitgevoerd.¹⁴⁵ Het Bbl is gebaseerd op artikel 9.2.2.1 Wm, dat een grondslag geeft om bij amvb regels te stellen indien een redelijk vermoeden is gerezen dat door handelingen met onder meer stoffen ongewenste effecten voor de gezondheid van de mens of voor het milieu zullen ontstaan. Deze regels kunnen zien op het vervaardigen, in Nederland invoeren, toepassen, bewerken, verwerken, voorhanden hebben, aan een ander ter beschikking stellen, vervoeren, uitvoeren en zich ontdoen van deze stoffen. In de memorie van toelichting is opgenomen dat ten minste wetenschappelijk onderzoek moet zijn gedaan of praktijkgegevens bestaan, die een oorzakelijk verband tussen de stof en het effect voldoende aannemelijk en voor derden toetsbaar maken. Daarbij is ook een afweging nodig tussen de ernst van de gevaren en de mate waarin vaststaat of deze gevaren werkelijk zullen optreden.¹⁴⁶ De genoemde beleidsregel is niet gebaseerd op dit artikel, maar op de zorgplichtbepaling. De beleidsregel is vastgesteld omdat de ILT constateerde dat vanuit Nederland laagwaardige brandstoffen naar met name ECOWAS-landen¹⁴⁷ werden geëxporteerd die veel hogere concentraties zwavel, benzeen en mangaan bevatten dan in Europese benzine en diesel is toegestaan. Daarnaast hebben onder meer de ECOWAS-landen richtlijnen aangenomen om per 1 januari 2021 de brandstof- en voertuignormen in de ECOWAS-landen te harmoniseren en aan te scherpen, maar die zijn tot op heden niet geïmplementeerd.

4.3.4 Uitspraak over aangevochten rechtmatigheid van de beleidsregel

Twee tankopslagbedrijven in Nederland kunnen zich niet vinden in de beleidsregel en hebben in een civielrechtelijk kort geding kort gezegd buitenwerkingstelling dan wel buitentoepassinglating van de beleidsregel gevorderd en de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft zich in 2023 hierover uitgesproken.¹⁴⁸ De bedrijven zijn ontvangen in hun vorderingen omdat de voorzieningenrechter onder meer overweegt dat, anders dan de Staat betoogt, niet van hen kan worden gevergd dat zij eventuele handhaving afwachten. De vorderingen zijn vervolgens afgewezen omdat de voorzieningenrechter de beleidsregel niet onmiskenbaar onrechtmatig acht. Zo acht de voorzieningenrechter het niet uitgesloten dat de zorgplicht wordt ingevuld met een beleidsregel, en kan de zorgplicht ook betrekking hebben op de bescherming van mens en milieu buiten Nederland. Dat artikel 9.2.2.1 Wm, een ander artikel dan de zorgplichtbepaling, een grondslag geeft voor het stellen van dergelijke regels bij amvb sluit volgens de rechter niet uit dat er daarnaast beleidsregels worden vastgesteld die duidelijkheid scheppen over het voortgeschreden inzicht ten aanzien van de reikwijdte van die zorgplicht. Bij het ontbreken van uitgewerkte normen geldt immers nog altijd de (algemeen geformuleerde) zorgplicht. Verder laat het Bbl volgens de voorzieningenrechter onverlet dat bijvoorbeeld in de vorm van nadere invulling van de zorgplicht, eisen kunnen en mogen worden gesteld aan de export buiten de EU. Het Bbl is immers alleen de

¹⁴⁵ Art. 28 Bbl.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2005/06, 30600, nr. 3, p. 34.

¹⁴⁷ Economic Community of West African States.

¹⁴⁸ Rb. Den Haag 27 januari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:740.

implementatie van de Europese richtlijn en die richtlijn heeft geen betrekking op het grondgebied buiten de EU.

Met deze lijn gaat de civiele rechter volgens mij verder dan de bestuursrechter bij het vaststellen van de aanvullende werking van de zorgplicht. In het Bbl is uitdrukkelijk bepaald dat de gestelde regels niet van toepassing zijn bij export buiten de EU, terwijl er wel de bevoegdheid was om dit wel te regelen. Dit lijkt me dan ook een uitputtende regeling en ik vermoed dat de bestuursrechter (zie hierna) dan ook geen ruimte had gezien voor de werking van de zorgplicht.

4.3.5 Overige jurisprudentie

Uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie volgt dat de Afdeling artikel 9.2.1.2 Wm en de voorganger artikel 2 Wms als vangnet ziet. In vaste jurisprudentie wordt deze zorgplicht in één adem genoemd met 'soortgelijke' bepalingen als artikel 1.1a Wm, artikel 1a Woningwet en artikel 13 Wbb. De standaardoverweging is dan dat deze vangnetfunctie inhoudt dat de zorgplicht voorziet in gevallen die niet expliciet zijn geregeld bij of krachtens de betreffende wet, en dat handhavend optreden op grondslag van de zorgplicht pas aan de orde komt als er geen ander voorschrift in de situatie voorziet.¹⁴⁹

Uit de jurisprudentie kan ook worden opgemaakt dat toezichthouders het als een vangnetbepaling zien die op allerlei situaties kan worden toegepast. Zo heeft het college van burgemeester en wethouders van Arnhem een last onder dwangsom opgelegd aan een nachtwinkel en een groothandel strekkende tot beëindiging van de verkoop van lachgas. Het college betoogt dat lachgas als een broeikasgas schadelijk is voor het milieu en dat milieuschade wordt veroorzaakt door de inhalatie van het lachgas door de kopers. De Afdeling oordeelt ambtshalve dat het college niet bevoegd is om te handhaven op grond van artikel 9.2.1.2 Wm, omdat de minister van (thans) I&W op grond van de Wm het bevoegde gezag is, en niet het college.¹⁵⁰ In een ander geschil voor de rechtbank Amsterdam over het ontstaan van koolmonoxide door het roken van waterpijpen in een shisha lounge waardoor er in de bovengelegen woning ongewenste concentraties koolmonoxide werden gemeten is geen aandacht besteed aan de bevoegdheidsvraag. Het beroep tegen de opgelegde last onder bestuursdwang tot sluiting werd ongegrond verklaard.¹⁵¹

Recent zijn er verschillende partijen strafrechtelijk veroordeeld voor het niet nakomen van de zorgplicht op grond van artikel 9.2.1.2 Wm (wat een economisch delict is) vanwege de blootstelling van werknemers en anderen aan de kankerverwekkende stof chroom-6. In een geval hadden tussen 1998 en 2014 verschillende bedrijven de verdachte rechtspersoon gemeld dat er blootstelling plaatsvindt aan kankerverwekkende stoffen en dat er onvoldoende maatregelen worden getroffen,

149 O.a. ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1390.

150 ABRvS 30 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3516.

151 Rb. Amsterdam 24 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY1828 (geen hogerberoepsuitspraak gepubliceerd).

en de adviezen uit de rapportages zijn niet opgevolgd.¹⁵² In een andere zaak waarin werknemers en vrijwilligers giftige verf van treinen hadden geschuurd, oordeelt de rechtbank dat het een feit van algemene bekendheid is, ook in de ten laste gelegde periode, dat in verf, zeker in verf die lange tijd geleden werd gebruikt, stoffen kunnen zitten die schadelijk zijn voor de gezondheid van de mens. Bovendien had de moedermaatschappij een eigen onderzoeksafdeling en was vanwege de schadelijke chromaten in de oude verf overgestapt naar verf zonder chromaten. Het bedrijf had dan ook op zijn minst redelijkerwijs kunnen vermoeden dat door het schuren van de verflagen van de historische treinen van het Nederlands Spoorwegmuseum verschillende gevaarlijke stoffen, zoals chroom-6, konden vrijkomen.¹⁵³ In een oudere (ongepubliceerde) strafrechtuitspraak over de Wms werd geoordeeld dat een beroep op de binnen het bedrijf geldende instructies en gedane investeringen niet opging, omdat het binnen het bedrijf reeds aan naleving van deze instructies en daadwerkelijk effectieve controle op de recepturen ontbrak. Ook was wellicht een specifieke reactie van een stof niet bekend bij het bedrijf, maar wel was bekend dat er een gevaarlijke giftige stof werd verwerkt en dat dan extra voorzichtigheid was geboden.¹⁵⁴

4.3.6 Tussenconclusie

Artikel 9.2.1.2 Wm heeft een andere bewoording dan artikel 1.1a Wm. Het element 'draagt zorg voor' ontbreekt. De summiere toelichting van de wetgever geeft wel dezelfde functies weer die zien op bewustmaking van de verantwoordelijkheid en een vangnetfunctie. Uit de bestuursrechtelijke jurisprudentie volgt dat de zorgplicht uit Hg Wm op creatieve wijze wordt ingezet, maar dat ook voor deze zorgplicht de beperkte reikwijdte geldt zoals voor artikel 1.1a Wm. Alleen als er geen andere regeling in de situatie kan voorzien kan deze zorgplicht een grondslag bieden. In een civiele zaak over de uitleg van de zorgplicht in beleidsregels toetste de rechtbank de beleidsregels zeer terughoudend en is ten onrechte geen aandacht gegeven aan een andere uitputtende regeling waardoor de zorgplicht volgens de bestuursrechtelijke jurisprudentielijn mogelijk had moeten terugtreden.

4.4 Artikel 2.1 Activiteitenbesluit milieubeheer

4.4.1 De zorgplichtbepaling

In het Abm, een amvb gebaseerd op de Wm, staan regels voor inrichtingen. In het kader van een dereguleringsoperatie zijn veel activiteiten van bedrijven van een omgevingsvergunningplicht voor milieu uitgezonderd en moeten ze voldoen aan de rechtstreeks werkende bepalingen van het Abm. Voor de niet-vergunningplichtige inrichtingen – in Abm-terminologie 'type A' en 'type B' – en voor vergunningplichtige inrichtingen die bepaalde concreet omschreven activiteiten verrichten – in Abm-terminologie 'type C, voor zover deze afdeling betrekking heeft op

152 Rb. Rotterdam 23 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12853.

153 Rb. Rotterdam 1 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:601.

154 Rb. Amsterdam 5 januari 1993, parketnr. 13/054385-92, genoemd in Lexplicatie, commentaar op art. 2 Wms.

activiteiten die verricht worden binnen de inrichting waarop hoofdstuk 3 van toepassing is' – is in artikel 2.1 Abm een zorgplicht¹⁵⁵ opgenomen. Het Abm is in 2008 in werking getreden ter vervanging en uitbreiding van verschillende aparte amvb's.

In artikel 2.1 lid 1 Abm staat een algemene zorgplicht die qua bewoordingen aansluit op artikel 1.1a lid 2 Wm (dus zonder het element 'zorg' zoals in lid 1 artikel 1.1a Wm staat), maar dan gericht tot de drijver van een inrichting die onder het Abm valt. Als diegene weet of redelijkerwijs had kunnen weten dat door de inrichting nadelige gevolgen voor het milieu (kunnen) ontstaan dan moeten die gevolgen worden voorkomen of beperkt voor zover dit redelijkerwijs kan worden gevergd. Anders dan in artikel 1.1.a Wm is hier nog aan toegevoegd dat het moet gaan om nadelige gevolgen die niet of onvoldoende worden voorkomen of beperkt door naleving van de bij of krachtens het Abm gestelde regels. Hiermee is de toepassing beperkter weergegeven dan in artikel 1.1a Wm en deels in lijn met de hiervoor aangehaalde jurisprudentie gevormd over dit artikel. Er wordt echter uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden om over een onderwerp wat wel via het Abm geregeld kan worden maar waar geen uitputtende regels over zijn gesteld, de zorgplicht toe te passen.

In lid 2 van artikel 2.1 Abm wordt vervolgens limitatief opgesomd wat daarbij moet worden verstaan onder het voorkomen of beperken van het ontstaan van nadelige gevolgen voor het milieu. De opsomming loopt van a tot en met q en benoemt allerlei verschillende milieuaspecten, zoals het doelmatig gebruik van energie, het voorkomen of zo veel mogelijk beperken van luchtverontreiniging, het voorkomen of tot een aanvaardbaar niveau beperken van geluidhinder, het voorkomen of zo veel mogelijk beperken van de nadelige gevolgen voor het milieu van het verkeer van personen en goederen van en naar de inrichting en het zorgen voor een goede staat van onderhoud van de inrichting. Een aantal onderdelen is in lid 3 van dit artikel van overeenkomstige toepassing verklaard op het lozen buiten een inrichting als gevolg van agrarische activiteiten. Lid 4 geeft tot slot een grondslag voor het stellen van maatwerkvoorschriften door het bevoegd gezag om aan de daarvoor opgenomen verplichtingen te voldoen, voor zover het betreffende aspect bij of krachtens het Abm niet uitputtend is geregeld.

4.4.2 Historie

In de voorgangers van het Abm stonden ook bepalingen die waren aangeduid als zorgplicht. In de ontwerpbesluiten was oorspronkelijk de volgende algemene zorgplicht opgenomen: 'Degene die een inrichting drijft als bedoeld in (...), neemt voldoende zorg voor het milieu in acht'. Dit werd vervolgens uitgewerkt in een aantal specifieke zorgplichten per milieugevolg.¹⁵⁶ Blijkens de toelichting is dit een nadere uitwerking van de algemene zorgplichtbepaling in artikel 1.1a Wm. Hieronder valt in ieder geval het voorkomen van bijvoorbeeld licht-, geur- en geluidhinder, de zorgvuldige omgang met gevaarlijke stoffen en de zorg voor een ordentelijke

¹⁵⁵ De titel van Afdeling 2.1 Abm waar dit artikel onder valt is 'Zorgplicht'.

¹⁵⁶ O.a. art. 3 Ontwerpbesluit detailhandel en ambachtsbedrijven milieubeheer, Stcrt. 1996, 116; art. 3 Ontwerpbesluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen milieubeheer, Stcrt. 1996, 134.

en schone inrichting. Er wordt gewezen op de eigen verantwoordelijkheid van het bedrijf of instelling; de verantwoordelijkheid voor de gevolgen voor het leefmilieu ligt bij hen. Ook wordt aangegeven dat de zorgplicht een preventieve werking heeft die via handhaving afdwingbaar is. Verder biedt de zorgplicht een grondslag voor nadere eisen. Bij gebruikmaking van deze bevoegdheid tot het stellen van nadere eisen moet wel terughoudendheid in acht worden genomen omdat het gaat om uitzonderingsgevallen die afwijken van de representatieve omstandigheden.¹⁵⁷ Ook wordt benoemd dat het voorschrift aan zowel het bevoegd gezag als de normadres-saat relatief veel beoordelingsvrijheid geeft, maar tegelijkertijd aan de betrokkenen een grote verantwoordelijkheid oplegt voor een juiste invulling ervan.

Deze zorgplichtbepalingen stuiten op veel weerstand, zoals weergegeven in de toelichting op de gepubliceerde amvb's. Niet alleen het advies van de Raad van State, maar ook de inspraak van gemeenten en bedrijven is kritisch. De gemeenten zagen gelet op het open karakter problemen met de rechtszekerheid. Ook werd aandacht gevraagd voor 'de noodzaak tot concretisering en operationalisering van de zorgplicht bijvoorbeeld door middel van het doelgroepenbeleid en de convenantenaanpak'. Verder wees het bedrijfsleven op de spanning met de rechtszekerheid. De verhouding tussen de algemene en specifieke verplichtingen was onduidelijk, en er ontbrak een redelijkheidscriterium.¹⁵⁸ De heroverweging leidde ertoe dat in de definitieve amvb's is volstaan met een als zodanig aangeduide vangnetbepaling als zorgplicht: 'Voorzover de voorschriften van dit besluit niet of in onvoldoende mate voorzien in een toereikende bescherming van het milieu tegen de nadelige gevolgen die de inrichting kan veroorzaken, worden die gevolgen zoveel mogelijk voorkomen of voorzover voorkomen niet mogelijk is, zoveel mogelijk beperkt.'¹⁵⁹ In de toelichting wordt nog steeds een beroep gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van een ondernemer 'gelet op het milieubewustzijn dat tegenwoordig mag worden verwacht'. Voor de invulling van het redelijkheidscriterium wordt gewezen op de stand van de kennis of wetenschap bij vergelijkbare bedrijven die van belang is bij de beoordeling van de te treffen maatregelen. De regering verwijst daarvoor in de definitieve amvb's naar algemeen aanvaarde kennisdocumenten, handboeken, *factsheets*, handboeken of leidraden voor milieuzorg.¹⁶⁰ Met de invoering van het Abm in 2008 was er sprake van nieuwe ronde, nieuwe kansen, en die kansen zijn gegrepen.

4.4.3 Functie

Uit de toelichting op het Abm blijkt dat met deze zorgplicht – in mijn eigen woorden – een mengvorm is voorgestaan van een vangnetfunctie en deregulering. Zo is toegelicht dat er expliciet de keuze is gemaakt om bepaalde activiteiten en

¹⁵⁷ O.a. Strct. 1996, 134, p. 11, 12, 21 en 22.

¹⁵⁸ Zie o.a. Stb. 1998, 60, p. 27, 46-48.

¹⁵⁹ Bijvoorbeeld art. 1.8.1 van de Bijlage behorende bij Besluit horeca-, sport- en recreatie-inrichtingen milieubeheer en bij het Besluit opslag- en transportbedrijven milieubeheer, en art. 1.7.1 van Bijlage 2 behorende bij het Besluit detailhandel en ambachtsbedrijven milieubeheer.

¹⁶⁰ Zie o.a. Stb. 1998, 60, p. 48.

milieugevolgen in voorschriften uit te werken omdat het onder de werking van de zorgplicht valt¹⁶¹ (deregulering), maar er wordt ook toegelicht dat voor de meest relevante milieuaspecten voorschriften zijn opgenomen in het Abm en dat voor de 'minder milieurelevante activiteiten' of 'meer theoretische handelingen' de zorgplichtbepaling is opgenomen (vangnet). De verwachting daarbij is dat de zorgplichtbepaling niet vaak zal worden toegepast, maar slechts bij 'bijzondere situaties'.¹⁶² Met name de verwijzing naar de meer theoretische of bijzondere situaties geeft de indruk van een vangnetbepaling. In een enkel geval wordt voor bepaalde situaties ook expliciet de term vangnet gebruikt.¹⁶³ De vermelding dat de zorgplichtbepaling als grondslag voor maatwerk recht doet aan het uitgangspunt 'centraal wat moet, decentraal wat kan' geeft echter weer de indruk van een vorm van een paraplufunctie.¹⁶⁴ Ook de signaleringsfunctie wordt benoemd¹⁶⁵ en tot slot, zij het zeer summier, de bewustwording van de verantwoordelijkheid.¹⁶⁶ Dit lijkt dan ook niet te voldoen aan de door de ECWM aanbevolen precieze duiding van de beoogde functie(s) van een zorgplicht.

De toelichting besteedt ook kort aandacht aan de typering van de zorgplichtbepaling als doelvoorschrift. In het algemene deel van toelichting worden doelvoorschriften en de zorgplichtbepaling als aparte instrumenten besproken.¹⁶⁷ Alleen bij de bespreking van de aanpak van geurhinder wordt, zonder verdere toelichting, aangegeven dat de zorgplicht het algemene, niet gekwantificeerde doelvoorschrift vormt.¹⁶⁸

Omdat de zorgplichtbepaling alleen van toepassing is voor aspecten die niet-uitputtend zijn geregeld, meent de regering dat sprake is van zekerheid voor de drijver van de inrichting dat het bevoegd gezag met betrekking tot het desbetreffende aspect geen maatwerkvoorschrift op grond van de zorgplichtbepaling kan stellen.¹⁶⁹ De drijver moet dan letten op zinsnedes zoals 'ten minste' om het niet-uitputtende karakter van bepalingen te identificeren. Opvallend is dat in de toelichting bij een artikel over zeefdrukken staat dat met dit artikel de belangrijkste maatregelen uit het Handboek grafische industrie en verpakkingdrukkerijen zijn overgenomen, maar dat de niet opgenomen maatregelen een goede invulling kunnen

161 Stb. 2007, 415, p. 111 en 321.

162 Stb. 2007, 415, p. 115 en 321.

163 Stb. 2007, 415, p. 121-122 voor luchtkwaliteit en p. 125 voor externe veiligheid.

164 Stb. 2007, 415, p. 154.

165 Stb. 2007, 415, p. 305, in het kader van onvoorziene activiteiten die niet vergunningplichtig zijn en onder de zorgplicht vallen waardoor het bevoegd gezag via de zorgplichtbepalingen eisen stellen, totdat bezien kan worden of het nodig is voor de nieuwe activiteit vergunningplichtig in te voeren.

166 Stb. 2007, 415, p. 123 in het kader van het lozen waarbij wordt vermeld dat het de verantwoordelijkheid van degene die loost is om, binnen de grenzen van redelijkheid, zich ervan te vergewissen of bij een dergelijke lozing het belang van de bescherming van het milieu, zoals in de zorgplichtbepaling is verwoord, niet wordt geschaad.

167 Stb. 2007, 415, p. 112-115.

168 Stb. 2007, 415, p. 120.

169 Stb. 2007, 415, p. 116 en 185.

zijn van de algemene zorgplichtbepaling.¹⁷⁰ In het betreffende artikel komt echter niet expliciet tot uitdrukking dat er sprake is van een niet-uitputtende regeling. Het artikel geeft ten eerste aan voor de eindreiniging dat uitsluitend reinigingsmiddelen mogen worden gebruikt met bepaalde eigenschappen (een vlampunt groter dan 55 graden Celsius of op waterbasis), en daarnaast dat als per jaar voor de zeefdruk meer dan een bepaalde hoeveelheid organische oplosmiddelen wordt gebruikt, hier een registratie van moet worden bijgehouden.¹⁷¹ Kennelijk zijn er ook nog andere maatregelen met het oog op andere milieueffecten mogelijk voor deze activiteit. Dat vergt dus wel aandachtige bestudering door de normadressaat. In de toelichting van de beoogde opvolger van het Abm onder de Omgevingswet wordt inmiddels ook benoemd dat het ingewikkelde systeem van het Abm tot discussie leidde tussen bevoegd gezag en de normadressaat (of andere belanghebbenden) over de vraag wanneer een voorschrift uitputtend is.¹⁷²

Naast de mogelijkheid om maatwerkvoorschriften te stellen voor niet uitputtend geregelde aspecten, biedt de zorgplicht ook een directe grondslag voor handhaving.¹⁷³ In de toelichting wordt in het algemeen aangegeven dat direct handhavend optreden aan de orde is wanneer het belang van de bescherming van het milieu wordt geschaad door dat handelen en de drijver van de inrichting in redelijkheid had kunnen overzien dat er sprake is van strijd met de zorgplichtbepaling. Als voorbeeld wordt gewezen op 'evident schadelijke' handelingen.¹⁷⁴ Verderop in de toelichting wordt echter gesteld dat het bevoegd gezag in het handhavingsbeleid een prioritering kan aanbrengen waarbij het voor de hand ligt dat handhaving tot 'evidente gevallen' wordt beperkt, maar dat de beslissing aan het bestuursorgaan is.¹⁷⁵ In plaats van direct te handhaven op de zorgplicht kan het volgens de toelichting in specifieke situaties – zonder verdere concretisering – eerder aangewezen zijn dat het bevoegd gezag duidelijk maakt op welke wijze invulling moet worden gegeven aan de zorgplicht in die situatie. Dit schept duidelijkheid voor de degene die de inrichting drijft en kan voorkomen dat handhavend optreden achteraf noodzakelijk is.¹⁷⁶

4.4.4 Jurisprudentie

Overtreding van de zorgplicht is uitsluitend aan de orde in gevallen waarvoor het Abm geen uitputtende regeling bevat.¹⁷⁷ Daar komt bij dat bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen vanwege overtreding van de zorgplicht uitsluitend kunnen worden getroffen wanneer het handelen of nalaten van de drijver van de

¹⁷⁰ Stb. 2007, 415, p. 277, artikelsgewijze toelichting op art. 4.90 Abm.

¹⁷¹ Deze registratieverplichting is later komen te vervallen omdat er in de praktijk geen inrichtingen waren die de genoemde drempel overschreden, Stb. 2012, 558, p. 134-135.

¹⁷² Stb. 2018, 293, p. 536.

¹⁷³ Via hoofdstuk 18 Wm.

¹⁷⁴ Stb. 2007, 415, p. 115.

¹⁷⁵ Stb. 2007, 415, p. 151.

¹⁷⁶ Stb. 2007, 415, p. 184.

¹⁷⁷ ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631, ABRvS 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:174 en ABRvS 2 november 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2881.

inrichting onmiskenbaar in strijd is met de zorgplicht. De Afdeling komt tot dat oordeel vanwege de eis van rechtszekerheid:

‘De eis van de rechtszekerheid brengt mee dat deze drijvers slechts kunnen worden aangesproken op naleving van de zorgplicht, voor zover zij vooraf kunnen weten dat hun handelen of nalaten ermee in strijd is. Dit geldt temeer daar overtreding van de zorgplicht niet enkel een bestuursrechtelijke overtreding inhoudt, maar ingevolge de Wet op de economische delicten ook een strafrechtelijk te vervolgen overtreding of misdrijf.’

Omdat het onder het Abm niet mogelijk is om in alle gevallen te weten waartoe de zorgplicht verplicht, kan alleen worden gehandhaafd bij onmiskenbare strijd.¹⁷⁸

Het is niet in algemene zin te zeggen wanneer sprake is van onmiskenbare strijd. Uit twee rechtbankuitspraken kan voor bijvoorbeeld voor specifieke gevallen inzake het voorkomen van stofhinder (wel onmiskenbaar in strijd) en lichthinder (niet onmiskenbaar in strijd) wat worden afgeleid.¹⁷⁹

4.4.5 Tussenconclusie

Bij de invoering van de zorgplicht in het Abm zijn verschillende beoogde functies van de bepaling benoemd, waarbij het onderscheid tussen de functie van vangnet en deregulering niet helder wordt gemaakt. In de bepaling ontbreekt het element ‘zorg’. In de bepaling is opgenomen dat de zorgplicht alleen van toepassing is bij nadelige gevolgen die niet of onvoldoende worden voorkomen door de wel in het Abm gestelde regels. Uit de nota van toelichting volgt dat dit een zoekplaatje voor de normadressaat kan zijn. De Afdeling heeft verduidelijkt dat de zorgplicht alleen geldt als het Abm geen uitputtende regeling bevat. Daarnaast is de toepassing door de Afdeling beperkt doordat er alleen kan worden gehandhaafd bij onmiskenbare strijd met de zorgplicht, omwille van de rechtszekerheid.

4.5 Artikel 5 Brzo 2015

4.5.1 Zorgplichtbepaling

Het werken met grote hoeveelheden gevaarlijke stoffen kan tot (potentieel) gevaarlijke situaties leiden voor mens en milieu. Mede naar aanleiding van de giframp in de Italiaanse stad Seveso is er een Europese richtlijn vastgesteld die regels geeft voor de preventie van zware ongevallen, en de beperking van de gevolgen als er alsnog zware ongevallen plaatsvinden.¹⁸⁰ In Nederland is de richtlijn thans geïmplementeerd in het Brzo 2015. In parlementaire stukken, jurisprudentie en de

¹⁷⁸ ABRvS 10 augustus 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4631; ABRvS 13 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1896.

¹⁷⁹ Rb. Limburg 25 september 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7217; Rb. Zeeland-West-Brabant 25 maart 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1443 zoals aangehaald in A. Collignon & C.M. Walgemoed, ‘Uitgelichte ontwikkelingen in het milieurecht 2020/2021’, BR 2021/90.

¹⁸⁰ Seveso I-richtlijn (82/501/EEG) later gevolgd door Seveso II en Seveso III. De ramp in Seveso was in 1976.

literatuur wordt gesproken over ‘de zorgplicht’ van artikel 5 Brzo 2015. Dit artikel bevat de algemene verplichting dat de exploitant in de Seveso III-richtlijn ‘alle nodige maatregelen neemt om zware ongevallen te voorkomen en de gevolgen daarvan voor de menselijke gezondheid en het milieu te beperken’. Het woord ‘zorg’ komt zowel in dit artikel van het Brzo 2015 als in dat van de voorgaande regelingen niet voor. In de Europese richtlijn komt ook het woord ‘zorgplicht’ of equivalenten daarvan niet voor. In de Nederlandse versie staat wel ‘de lidstaten zorgen ervoor dat de exploitant alle nodige maatregelen treft’. Maar de Engelse versie maakt helemaal duidelijk dat hiermee wordt bedoeld dat wordt gewaarborgd dat maatregelen worden getroffen: ‘Member States shall ensure that the operator is obliged to take all necessary measures’. Ik heb in Engelstalige literatuur ook geen verwijzingen naar een ‘duty of care’ gevonden.¹⁸¹

4.5.2 Typering van de bepaling en functie

Bij de implementatie van de eerste Seveso-richtlijn in het Brzo in 1988¹⁸² was de algemene verplichting om alle nodige maatregelen te treffen nog niet opgenomen. De regering meende dat het bevoegd gezag al voldoende mogelijkheden had om dit bij vergunningvoorschrift te regelen, en leek het individuele instrument van vergunningverlening dan ook als het juiste middel te zien. In de nota van toelichting stond niet het woord ‘zorgplicht’. Onder druk van de Europese Commissie¹⁸³ is er in 1992 alsnog een algemene rechtstreeks werkende regeling opgenomen.¹⁸⁴ Ook in die toelichting wordt nog niet gesproken van een zorgplicht. Bij de aanpassingen van het Brzo met een nieuwe regeling in 1999 wordt opeens gesproken over de – volgens die toelichting ook onder het oude Brzo op de exploitant rustende – ‘zorgplicht’.¹⁸⁵ Een toelichting op het gebruik van deze term ontbreekt. In de opvolgende regeling Brzo 2015 wordt als vanzelfsprekend toegelicht dat er een zorgplicht geldt,¹⁸⁶ maar deze keer ook met een korte toelichting dat er een algemene zorgplicht voor de exploitant geldt ‘omdat de exploitant zelf het beste kan beoordelen welke maatregelen nodig zijn om de veiligheid van zijn bedrijfsactiviteiten te waarborgen.’ Dit lijkt nog het meest op de functie van bewustwording van de verantwoordelijkheid, maar het lijkt me juist om te zeggen dat de regelgever geen aandacht besteedt aan de vraag welke functie(s) de bepaling heeft.

Het Brzo 2015 gaat in de toekomst¹⁸⁷ op in de Omgevingswet en het daarbij behorende Besluit activiteiten leefomgeving (Bal). De verplichtingen die ik hiervoor besprak, komen terug in artikel 4.9 en 4.10 van het Bal. Opvallend is dat de nota van toelichting op het Bal op veel punten overeenkomt met de oude toelichtingen op het Brzo 2015 en voorgangers, inclusief de vermelding dat de exploitant het beste zelf

¹⁸¹ In bijvoorbeeld *European Energy and Environmental Law Review* zijn verschillende artikelen over de Seveso-richtlijnen verschenen.

¹⁸² Stb. 1998, 432.

¹⁸³ Stb. 1992, 290, NvT, p. 11, en HvJ EG 20 mei 1992, ECLI:EU:C:1992:225.

¹⁸⁴ Stb. 1992, 290, art. 1c en 1d.

¹⁸⁵ Stb. 1999, 234, NvT, p. 36, 45 en 46.

¹⁸⁶ Stb. 2015, 272, NvT, p. 45, 46 en 62.

¹⁸⁷ Thans wordt 1 januari 2024 voorzien.

kan beoordelen welke maatregelen nodig zijn om de veiligheid te waarborgen.¹⁸⁸ Maar daar waar dit in de toelichting op het Brzo 2015 en in de hiervoor aangehaalde conclusie uit 2010 wordt gekoppeld aan het bestaan van een zorgplicht, komt dat in de toelichting op het Bal niet meer terug.

4.5.3 Jurisprudentie

In de op rechtspraak.nl gepubliceerde rechtspraak wordt voor het eerst gewag gemaakt van een zorgplicht in het Brzo in een conclusie in een strafrechtelijke zaak in 2010.¹⁸⁹ De advocaat-generaal gaat in op de vraag of de noodzakelijke maatregelen nader geconcretiseerd hadden moeten worden. Hij meent dat het ontbreken van een concretisering niet vreemd is omdat het antwoord op de vraag welke maatregelen in een bepaald geval noodzakelijk zijn in hoge mate afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden rondom de desbetreffende inrichting en koppelt dat aan wel vaker voorkomende vage strafbepalingen bij zorgplichten in het milieurecht. Daar waar in die procedure wordt gesproken over een 'algemene' zorgplicht komt in andere uitspraken soms zonder duidelijke motivering een 'bijzondere' zorgplicht aan de orde.¹⁹⁰ Strafrechtelijke vervolging tegen overtredingen van artikel 5 Brzo is in enkele zaken succesvol toegepast.¹⁹¹ De Afdelingsjurisprudentie over het Brzo is summier,¹⁹² en slechts in één uitspraak wordt de term zorgplicht gebruikt. Dat is echter zonder verdere duiding of oordeel.¹⁹³ Wel komt in die uitspraak aan de orde dat in het Brzo niet is bepaald op welke manier de exploitant moet voldoen aan zijn verplichtingen, en dat het in beginsel aan de exploitant is om te bepalen welke maatregelen hij neemt. Dat maakt een eis ter naleving volgens de Afdeling des te ingrijpender en daardoor worden hoge eisen aan de motivering gesteld, omdat daarmee de overheid en niet de exploitant bepaalt welke maatregelen moeten worden genomen.

De Hoge Raad las in de drie artikelleden van het oude artikel 5 van het Brzo 1999 drie aparte zorgplichten en wijdde daar een overweging ten overvloede aan.¹⁹⁴ In het Brzo 2015 zijn twee hiervan opgenomen in een artikel 7.¹⁹⁵ In de nota van toelichting, literatuur en rechtspraak zie ik bij dat artikel 7 geen verwijzing meer naar het bestaan van een zorgplicht. In het artikel zelf staat wel, anders dan voorheen

188 Stb. 2018, 293, NvT, p. 955.

189 A-G Vegter in zijn conclusie bij HR 28 september 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN8465. Zie ook I.M. Koopmans, 'De zorgplichten in art. 5 Besluit risico's zware ongevallen (BRZO) 1999', TVSO 2011/1.

190 In sommige uitspraken lijkt die bijzondere zorgplicht te worden gekoppeld aan de verplichtingen als werkgever (o.a. Hof Den Bosch 22 april 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1596), in andere uitspraken wordt die koppeling niet gelegd (o.a. Rb. Oost-Brabant 22 december 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6679).

191 Zie nader D.R. Doorenbos, 'Modieuze milieudelicten. Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving', *M en R* 2021/106.

192 Ik heb op rechtspraak.nl vier uitspraken gevonden over het opleggen van een last onder dwangsom of een eis tot naleving ter voldoening aan art. 5 Brzo.

193 ABRvS 17 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2441.

194 HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1279.

195 Art. 5 lid 2 en lid 3 Brzo 1999 is verplaatst naar art. 7 lid 1 respectievelijk lid 6 Brzo 2015.

in artikel 5, ‘de exploitant draagt zorg voor de correcte uitvoering van het preventiebeleid’.

4.5.4 Tussenconclusie

In de opeenvolgende versies van het Brzo wordt de term zorgplicht niet consequent gebruikt voor dezelfde bepaling; de ene keer wordt het wel als een zorgplicht aangeduid, en de andere keer niet. De bewoordingen van de bepaling, zonder het element ‘zorg’, leggen de normadressaat net zoals in de andere behandelde zorgplichtbepalingen op om maatregelen te treffen om (milieu)gevolgen te voorkomen of te beperken. In de schaarse jurisprudentie gaat de Afdeling niet in op de rechtszekerheid, maar wordt de toepassing wel beperkt doordat er hoge eisen aan de motivering van een eis tot naleving worden gesteld, omdat de bepaling de exploitant vrij laat in de keuze welke maatregelen worden getroffen om aan de bepaling te voldoen.

4.6 Varia

Er zijn nog veel meer zorgplichten in het omgevingsrecht.¹⁹⁶ Bij lezing van de teksten valt op dat veel ongeveer hetzelfde stramien volgen, waarbij er tekstueel onderscheid kan worden gemaakt tussen bepalingen die wel en niet het element ‘draagt zorg voor’ bevatten maar wat niet uit de verdere praktijkuitoefening blijkt.¹⁹⁷ In bijna alle bepalingen komt terug dat de normadressaat alle redelijkerwijs te vergen maatregelen moet treffen om schadelijke gevolgen te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken.¹⁹⁸ In de jurisprudentie worden de artikelen 1.1a Wm, 9.2.1.2 Wm, 1a Woningwet en 13 Wbb in één adem genoemd als soortgelijke vangnetbepalingen.¹⁹⁹

Er is tussen de genoemde bepalingen één opvallend verschil. Daar waar artikel 1.1a Wm en artikel 13 Wbb beide als soortgelijke vangnetbepalingen worden benoemd en de bewoordingen tussen artikel 1.1a lid 2 Wm en artikel 13 Wbb niet veel verschillen en voor artikel 1.1a Wm expliciet is uitgemaakt dat de zorgplicht geen aanvullende plichten geeft naast een omgevingsvergunning voor milieu, heeft artikel 13 Wbb wel een zelfstandige betekenis en aanvullende werking naast een vergunning.²⁰⁰

196 Ik verwijs ter illustratie naar L. Bergkamp e.a., *Wettelijke aansprakelijkheid voor milieugevolgen. Onderzoek naar wijzigingen in het milieuaansprakelijkheidsrecht in de periode 2010-2015*, METRO Universiteit Maastricht in opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu, 28 juni 2016 voor een uiteenzetting van verschillende zorgplichten, meer dan tien stuks die zich niet uitsluitend tot de overheid richten.

197 Zoals hiervoor ook niet is gebleken bij art. 1.1a Wm dat deze woorden wel bevat.

198 Zoals hiervoor bij alle besproken zorgplichten ook het geval was.

199 ABRvS 30 juni 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1390, en bijvoorbeeld eerder ABRvS 7 april 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM0179.

200 ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC9035. Zie ook de noot van Michiels in AB 2008/18. Dit verschil wordt onder meer ook opgemerkt in L. Bergkamp e.a., *Wettelijke aansprakelijkheid voor milieugevolgen. Onderzoek naar wijzigingen in het milieuaansprakelijkheidsrecht in de periode 2010-2015*, METRO Universiteit Maastricht in opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu, 28 juni 2016.

Ook is voor artikel 13 Wbb geoordeeld dat deze bepaling ook kan worden overtreden als de normadressaat niet wist of kon weten dat een stof verontreinigend was. In dat geval moeten namelijk alsnog alle maatregelen worden getroffen die redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de verontreiniging en de directe gevolgen daarvan te beperken en zo veel mogelijk ongedaan te maken.²⁰¹

4.7 Beschouwing

In de bespreking hiervoor van de zorgplichtbepalingen valt ten eerste op dat het een puur nationale kwestie is. Daarmee bedoel ik niet dat er in andere landen geen zorgplichtbepalingen zijn, maar wel dat er geen Europese verplichtingen zijn voor het opnemen van zorgplichten,²⁰² met uitzondering van het behandelde artikel 5 Brzo dat inmiddels juist niet meer door de regering als zorgplicht wordt aangeduid. Voor verdere Europese verplichtingen lijkt mogelijk ook geen draagvlak te zijn gelet op bijvoorbeeld het falen van de Nederlandse lobby voor een zorgplichtbepaling in REACH. Gelet op de aanvullende werking van de huidige zorgplichtbepalingen, en niet als vervanging van andere regels, staat Europese en/of internationale regelgeving ook niet in de weg aan het opnemen van zorgplicht (indicator 2 van de werkgroep-Zijlstra).

Verschillende zorgplichtbepalingen zijn vormgegeven als een gebod of verbod om te handelen. Er zit geen zorggedragscomponent in. Volgens de definitie van de werkgroep-Zijlstra is er dan nog wel sprake van een zorgplicht, maar ik heb hier een andere mening over. Er is mij ook geen jurisprudentie bekend waaruit volgt dat te betrachten zorg in het omgevingsrecht wordt gezien als een inspanningsverplichting. Ik zie enkel sturing op resultaat, zoals ook blijkt uit de hiervoor aangehaalde uitspraken. Ook daarom meen ik dat de betrokken bepalingen in de uitvoering eerder een doelvoorschrift zijn dan een zorgplicht.

De wetgever hanteert zelf ook niet consequent de term zorgplicht voor dezelfde bepalingen, zoals blijkt uit de verschillende toelichtingen op de opeenvolgende Brzo-regelgeving. De (vermeende) zorgplichtbepaling in het Brzo verschilt qua bewoording echter niet veel van andere (vermeende) zorgplichtbepalingen.

Ook is de aanbeveling van de ECWM om bij nieuwe zorgplichtbepalingen precies duidelijk te maken wat de beoogde functie is, niet kenbaar opgevolgd bij bijvoorbeeld de zorgplicht in het Abm. Uit de verschillende toelichtingen vallen wel enkele functies op te maken in de lijn van de door de CTW en de werkgroep-Zijlstra genoemde functies, maar dit is soms wel een zoekplaatje of de informatie is summier.

²⁰¹ ABRvS 29 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1167.

²⁰² Voor de volledigheid: ik zie zorgplichten ook niet als (enige) mogelijkheid om milieubeginzelen uit bijvoorbeeld art. 191 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie te codificeren. Vgl. K.J. de Graaf e.a., *Rapport 'Het wetsvoorstel Omgevingswet. Een onderzoek naar de reactie van de regering naar aanleiding van het advies van de Raad van State'*, Bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 14.

De uitleg in de jurisprudentie van verschillende zorgplichten is – ook als de tekst en toelichting van de wettelijke regeling niet veel verschillen zoals bij artikel 1.1a Wm en artikel 13 Wbb – niet consistent. In de loop der tijd heeft artikel 13 Wbb een belangrijkere positie ingenomen. In de huidige uitvoeringspraktijk lijken daar ook weinig bezwaren tegen te bestaan. Het is wel bijzonder dat er een dergelijk verschil is ontstaan.

Voor het overige is de werking van de zorgplichtbepalingen in de jurisprudentie met het oog op de rechtszekerheid beperkt tot een summiere vangnetfunctie. Zo kan op grond van artikel 1.1a Wm alleen handhavend worden opgetreden bij ernstige nadelige gevolgen die acuut dreigen op te treden, waarbij er ook geen andere wettelijke mogelijkheden voorhanden mogen zijn. Ook over andere zorgplichtbepalingen zoals in Hg Wm (opvolger Wms) en de Woningwet is de eerste standaardoverweging dat het hier gaat om vangnetbepalingen als er geen enkele andere regeling van toepassing is. Toch biedt de grondslag van de zorgplicht wel soelaas in gevallen die anders tot ongewenste milieuschade kunnen leiden, en ik wil dan ook met de huidige stand van zaken de zorgplichtbepalingen niet slechts kenmerken als symboolwetgeving, zoals de ECWM in 2001 nog wel deed.

Wat de evidente gevallen zijn waartegen kan worden gehandhaafd op basis van bijvoorbeeld de zorgplicht in het Abm zou nog nader geduid kunnen worden in de jurisprudentie. In de huidige lijn wordt gesproken over ‘onmiskerbare strijd’, wat wederom een inperking door de Afdeling van de werking van een zorgplicht is met het oog op de rechtszekerheid. Het zou de rechtseenheid en duidelijkheid dienen als hierbij ook kan worden aangesloten bij een algemeen evidentie criterium, zoals naar aanleiding van de conclusie van advocaat-generaal Wattel mogelijk wordt ontwikkeld.²⁰³ Weliswaar ziet die vraag op de omgekeerde situatie, namelijk of het niet heroverwegen ‘evidente onredelijkheid’ met zich brengt onder meer omdat er sprake was van een onmiskenaar onjuist boetebesluit, terwijl het hier zou moeten gaan om ‘evidente (onmiskerbare) strijd’ met een wettelijke bepaling. Maar dat neemt niet weg dat het ook hier een toepasbaar criterium is. De Afdeling heeft ook nog niet verder ingevuld waar nu precies het verschil zit tussen het wel of niet onmiskenaar overtreden van de zorgplicht. Of dat ook volledig kan, is een tweede, want zoals Wattel aangeeft: ‘Het blijven in abstracto vage omschrijvingen, want de vraag of iets evident onredelijk is, is in concreto een Bommel-vraag: iets is pluis of niet-pluis, en een Heer, die wéét dat.’ Des te meer reden om waar mogelijk dezelfde lijn te kiezen bij de invulling van ‘evident’ of ‘onmiskenaar’.

Over de vraag wat ‘redelijkerwijs’ van een normadressaat kan worden verwacht aan kennis en te nemen acties is vooralsnog weinig discussie. De toelichtingen op zorgplichten die aangeven dat bijvoorbeeld aan grotere producenten van chemisch afval strengere en verdergaande eisen mogen worden gesteld dan aan huishoudens sluiten ook aan bij de meest recente inzichten over de menselijke maat.²⁰⁴

203 CRvB 6 december 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2623.

204 Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 102.

De functie van deregulering is beperkt tot afwezig. Bij de introductie van de zorgplicht in het Abm is deze functie wel benoemd, maar ook summier. Handhaving is zoals hiervoor aangegeven beperkt tot onmiskenbare strijd, en besluiten tot het opleggen van maatwerkvoorschriften halen vaak de eindstreep niet omdat er al sprake was van een uitputtende regeling.

Er is specifiek met het oog op de zorgplicht nog weinig pseudowetgeving gevormd, mogelijk vanwege de beperkte functie van deregulering en de nog beperkte handhavingspraktijk. Het bevoegd gezag experimenteert hier wel mee, zoals bij de ECOWAS-beleidsregels. De daarvoor gehanteerde grondslag van Hg Wm wordt wel vaker ingezet voor zo op het oog vooruitstrevende en verstrekkende inzet van de zorgplicht zoals bij de aangehaalde shisha lounge en het lachgasgebruik. De ECOWAS-beleidsregels laten zien dat de rechtsbescherming bij pseudowetgeving niet optimaal is. Totdat het tot handhaving komt, is de civiele rechter de bevoegde rechter, waarbij vaak toch een spoedige uitspraak gewenst is en de toetsing in kort geding marginaal is. En in het specifieke geval van de ECOWAS-zaak onjuist naar mijn oordeel. Het laten aankomen op handhaving kan in veel gevallen niet van de normadressaat worden verwacht. Deze omstandigheden zouden naar mijn mening mee moeten spelen bij de vraag of de bestuursrechter toch niet bevoegd is een geschil te beslechten. Dat kan over de bandbreedte van een bestuurlijk rechtsoordeel al dan niet in de vorm van een waarschuwing, waarbij het de vraag is of de huidige jurisprudentie hier voldoende ruimte voor geeft.²⁰⁵ Wellicht speelt dit nu nog minder acuut, maar bij de hierna te bespreken Omgevingswet kan dit vaker aan de orde zijn.

²⁰⁵ Slechts in zeer uitzonderlijke situaties wordt een bestuurlijk rechtsoordeel omwille van de rechtsbescherming met een besluit gelijkgesteld. De algemene lijn in de jurisprudentie is dat onder meer het afwachten van een besluit omtrent handhaving niet als een onevenredig bezwarende weg kan worden aangemerkt, ABRvS (grote kamer) 24 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1356. Zie voor een geval waarin een zeer uitzonderlijke situatie zich voordoet ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:453.

5 Omgevingswet

5.1 Inleiding

De Omgevingswet (Ow)²⁰⁶ ziet op het integreren van (delen van) circa 30 omgevingsrechtelijke wetten en bijbehorende regelgeving in één wet, vier amvb's en één regeling die zien op de 'fysieke leefomgeving'. Hiermee worden regels over onder meer ruimtelijke ordening, milieu, natuur en water nog meer geïntegreerd. Het centrale begrip 'fysieke leefomgeving' wordt in het kader van het toepassingsbereik van de wet nader geduid en omvat in ieder geval bouwwerken, bodem, lucht en natuur.²⁰⁷ Als gevolgen voor de fysieke leefomgeving worden in ieder geval die gevolgen aangemerkt die kunnen voortvloeien uit, onder meer, activiteiten waardoor emissies, hinder of risico's worden veroorzaakt.²⁰⁸ Ook gevolgen voor de mens vallen onder gevolgen voor de fysieke leefomgeving, voor zover deze wordt of kan worden beïnvloed door of via onderdelen van de fysieke leefomgeving.²⁰⁹

Deze grote stelselwijziging is in 2011 formeel gestart²¹⁰ en het is, na enkele malen uitstel, de bedoeling van de minister dat de wet op 1 januari 2024 in werking zal treden.²¹¹ De Omgevingswet zou moeten zorgen voor vereenvoudiging en verbetering van het omgevingsrecht. Daarvoor worden vier verbeterdoelen nagestreefd: (1) het vergroten van de inzichtelijkheid, de voorspelbaarheid en het gebruiksgemak van het omgevingsrecht; (2) het bewerkstelligen van een samenhangende benadering van de fysieke leefomgeving in beleid, besluitvorming en regelgeving; (3) het vergroten van de bestuurlijke afwegingsruimte door een actieve en flexibele aanpak mogelijk te maken voor het bereiken van doelen voor de fysieke leefomgeving; en (4) het versnellen en verbeteren van besluitvorming over projecten in de fysieke leefomgeving.²¹²

In de Omgevingswet zijn in afdeling 1.3 'Zorg voor de fysieke leefomgeving' een aantal algemene zorgplichten opgenomen, die ik in de volgende paragraaf zal bespreken. De wetgever verwacht dat de zorgplichten in de praktijk een beperkte,

206 Stb. 2016, 156 voor de eerste aangenomen tekst. Daarna zijn er diverse wijzigingen gepubliceerd, onder meer vanwege aanvullingswetten. Op www.iplo.nl is een geconsolideerde versie te vinden van de huidige zestien publicaties in het Staatsblad.

207 Art. 1.2 lid 2 Ow.

208 Art. 1.2 lid 3 Ow.

209 Art. 1.2 lid 4 Ow.

210 Kamerstukken II 2010/11, 31953, nr. 39.

211 Kamerstukken II 2022/23, 33118, nr. 246.

212 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 7.

maar nuttige functie zullen vervullen bij het waarborgen van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een goede omgevingskwaliteit.²¹³

Vervolgens zijn in de amvb's specifieke zorgplichten opgenomen, zoals in het Bal dat op onderdelen het eerder besproken Abm opvolgt. Deze zorgplicht bespreek ik in paragraaf 5.2. De specifieke zorgplichten zijn anders geformuleerd dan de huidige zorgplicht in het Abm. Ze zijn volgens de toelichting van groot belang en worden benoemd als het fundament voor de activiteiten waarover het Rijk regels stelt.²¹⁴

Vanwege de grote stelselherziening is het niet altijd makkelijk een goede vergelijking te maken tussen het vigerende en toekomstige recht. Zo zullen onder de Omgevingswet veel activiteiten die nu door het Abm worden gereguleerd, niet meer onder het Bal vallen. Dat komt door de keuze om het toepassingsbereik van rijksregels te beperken en het uitgangspunt 'decentraal, tenzij' te hanteren. De activiteiten die niet onder het Bal vallen, kunnen bijvoorbeeld decentraal worden gereguleerd via het omgevingsplan, de opvolger van het bestemmingsplan met een verbrede reikwijdte. Een aantal milieuaspecten moet ook, voor allerlei activiteiten, worden gereguleerd via het omgevingsplan. Een andere amvb, het Besluit kwaliteit leefomgeving (Bkl) geeft daarvoor instructieregels. Totdat een gemeente een nieuw omgevingsplan heeft vastgesteld gelden na inwerkingtreding van de Omgevingswet op grond van het overgangsrecht al van rechtswege dergelijke regels (ook wel 'de bruidsschat' genoemd). Ook is van belang dat het inrichtingenbegrip zoals we dat nu kennen, wordt losgelaten en de regulering directer ziet op verschillende activiteiten via het nieuwe kernbegrip 'milieubelastende activiteit' (mba).

5.2 Algemene zorgplichten

5.2.1 Inhoud zorgplichten

Afdeling 1.3 Omgevingswet kent vier artikelen. Ik ga hier eerst in op de drie bepalingen die volgens de wetgever de kwalificatie 'zorgplicht' hebben. Artikel 1.6 Omgevingswet is een variatie op het eerste lid van artikel 1.1a Wm en luidt 'Een ieder draagt voldoende zorg voor de fysieke leefomgeving'. Artikel 1.7 Omgevingswet verplicht vervolgens, in de lijn van onder meer artikel 1.1a lid 2 Wm,²¹⁵ om maatregelen te treffen of gevolgen te beperken als iemand weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving. Anders dan bij artikel 1.1a Wm staat er niet dat de algemene zorg uit artikel 1.6 Omgevingswet in ieder geval ziet op het gebod in artikel 1.7 Omgevingswet. Dit volgt wel uit de parlementaire geschiedenis.²¹⁶ Anders dan bij artikel 1.1a

²¹³ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67.

²¹⁴ Stb. 2018, 293, p. 488 en 508.

²¹⁵ De volgorde van de bewoordingen is wel aangepast, zie Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 71.

²¹⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67. Er is niet toegelicht waarom dit nu in twee aparte artikelen staat.

Wm, maar in lijn met de formulering van andere zorgplichten in het omgevingsrecht, wordt niet meer in de wet geëxpliciteerd dat de artikelen de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsmogelijkheden onverlet laten. In de memorie van toelichting is dit wel opgenomen.²¹⁷

Nieuw is dat in artikel 1.8 lid 1 Omgevingswet is vastgelegd dat door de zorgplicht in acht te nemen wordt voldaan aan met het oog op de doelen van de Omgevingswet gestelde specifieke wet- en regelgeving voor die activiteit. Dit lijkt een codificatie van de jurisprudentie dat zorgplichten terugtreden als de materie op een andere wijze wordt gereguleerd en is ook opgenomen mede naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State.²¹⁸

Wel valt op dat in artikel 1.8 lid 1 Omgevingswet staat dat de zorgplicht terugtreedt *als die andere regels worden nageleefd*. Dat is volgens mij een zinloze toevoeging. Als de specifiek gestelde regels niet worden nageleefd dan zou daarop moeten worden gehandhaafd binnen de kaders van de aldan betrokken regeling. Gelet op de verdere vormgeving van de algemene zorgplicht zie ik ook geen aanleiding om de zorgplicht wel als een handavingsgrondslag voor dergelijke gevallen te zien, in lijn met de huidige jurisprudentie over artikel 1.1a Wm.²¹⁹

5.2.2 Definitie

Artikel 1.6 Omgevingswet voldoet op het eerste gezicht aan de vier onderdelen van de definitie voor een zorgplicht zoals geformuleerd door de werkgroep-Zijlstra (zie par. 2.2). Het staat buiten kijf dat de bepaling zich niet alleen tot de overheid richt, en dat het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven. Ook geeft de bepaling ruimte voor meerdere gedragsalternatieven, ervan uitgaande dat de normadressant überhaupt weet wat te doen, zoals ik hierna in paragraaf 5.2.5 nog zal bespreken. De tekst verplicht tot slot tot het betrachten van zorg voor een bepaald belang, in dit geval de fysieke leefomgeving. Als de bepaling echter moet worden uitgelegd als een *resultaatsverplichting*, wat uit de hierna te bespreken functies wel het geval lijkt te zijn, dan verwijs ik naar mijn analyse in paragraaf 2.3.3 en meen ik dat hier geen sprake is van ‘het betrachten van zorg’ in de letterlijke zin, en dat het geen zorgplicht is maar een open doelvoorschrift. Deze conclusie wordt gesterkt doordat in de wetsgeschiedenis ook wordt aangegeven dat de zorgplicht de initiatiefnemer onder meer ‘dwingt’ om nadelige gevolgen ‘te voorkomen’.²²⁰

Voor artikel 1.7 Omgevingswet geldt dezelfde analyse, met de vermelding dat in deze bepaling naar mijn oordeel met zekerheid geen zorgplicht valt te lezen, omdat er een verplichting in staat om te handelen om een concreet doel te bereiken, zoals

217 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 395, dit keer met de vermelding dat ook overheden de mogelijkheid hebben om als rechtspersoon met gebruikmaking van het privaatrecht de naleving van rechtsregels te bevorderen.

218 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 4, p. 37.

219 Zoals besproken in par. 4.2.5.

220 Kamerstukken I 2015/16, 33962, G, p. 28.

het zo veel mogelijk ongedaan maken van nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving.

5.2.3 Functie

In de memorie van toelichting wordt – in lijn met de eerder aangehaalde aanbeveling van de ECWM – uitdrukkelijk aandacht besteed aan de functies van de zorgplichten. Direct aan het begin van de algemene toelichting op de zorgplichten staan vier functies opgesomd die ik hier integraal overneem: (1) bewust maken van de eigen verantwoordelijkheid van burgers voor de behartiging of het ontzien van bepaalde belangen, (2) bieden van een leidraad voor gedrag, wanneer geen concrete gedragsbepalingen voorhanden zijn of deze niet toereikend blijken, (3) bieden van een maatstaf voor de beoordeling van gedrag, en (4) bieden van een rechtvaardigingsgrond voor bestuursrechtelijke handhaving in gevallen van onmiskenbare strijd met de zorgplicht (vangnetfunctie).

De genoemde functies worden anders verwoord dan, of zijn nieuw ten opzichte van, de hiervoor in paragraaf 3.2 en 3.4 door de CTW en de werkgroep-Zijlstra benoemde functies. Ik licht de functies en toelichting daarop hier dan ook verder toe.

(A) Eigen verantwoordelijkheid

Als eerste wordt de eigen verantwoordelijkheid genoemd. De bewustwording hiervan komt overeen met de door de werkgroep-Zijlstra eerste genoemde aanvullende functie. Voor de Omgevingswet wordt hier ook het woord ‘signaalfunctie’ voor gebruikt.²²¹ Deze term heb ik niet eerder gezien. De bewoording lijkt wel op de door de CTW genoemde signaleringsfunctie, maar dat ziet op het signaleren van de wenselijkheid om voor alsdan geïdentificeerde gevallen alsnog nadere regulering vast te stellen.

In het kader van de eigen verantwoordelijkheid wordt gesteld dat de normadresaten in beginsel vrij zijn om te bepalen welke mate van zorg zij voldoende achten. Bedrijven kunnen dit bijvoorbeeld invullen via milieuzorgsystemen of, breder beschouwd, maatschappelijk verantwoord ondernemen.²²² Dit lijkt te suggereren dat er geen ondergrens is en eenieder vrij is in de eigen invulling. Die suggestie wordt echter niet verder uitgewerkt en zelfs ontkracht door het vervolg van de toelichting, waarin onder meer wordt gesproken over het ‘afdwingen’ van maatregelen.²²³ Ook wordt er, net zoals door de werkgroep-Riezebos, een koppeling gelegd met milieuzorgsystemen. Ook dit wordt niet verder toegelicht. Hier lijkt dan ook niet mee te worden bedoeld dat er sprake is van een *inspanningsverplichting* om bepaald beleid te voeren en maatregelen te treffen waarbij niet op onverhoopt negatief resultaat kan worden gehandhaafd. De uitlating dat de zorgplicht een functie heeft voor het *waarborgen* van een veilige en gezonde fysieke leefomgeving en een

221 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67.

222 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67.

223 O.a. Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 68.

goede omgevingskwaliteit²²⁴ onderschrijft de gedachte van een resultaatsverplichting. De functie is in ieder geval niet *precies* duidelijk gemaakt, wat de ECWM wel heeft aanbevolen.

(B) *Leidraad voor gedrag en maatstaf voor het gedrag*

De tweede en derde genoemde functie van het bieden van een leidraad voor gedrag respectievelijk het bieden van een maatstaf voor gedrag worden in de memorie van toelichting niet verder besproken. Wel wordt aangegeven dat de zorgplicht 'als leidraad voor gedrag' niet de plaats inneemt van nader uitgewerkte regels in wetten, amvb's, verordeningen, omgevingsplannen of vergunningvoorschriften. Dat zou weliswaar optisch leiden tot minder regels, maar het leidt uiteindelijk tot vergroting van rechtsonzekerheid en ontwikkeling van pseudowetgeving.²²⁵

Naar aanleiding van vragen om verduidelijking staat in de wetsgeschiedenis dat de zorgplicht een functie heeft in de gevallen dat een activiteit nadelige gevolgen heeft of kan hebben voor de fysieke leefomgeving, maar er geen concrete regels of voorschriften zijn gesteld door de centrale of decentrale overheid. In dat geval geldt op grond van artikel 1.7 Omgevingswet een minimumpakket aan regels.²²⁶ Dit wordt toegelicht aan de hand van enkele voorbeelden. Ik haal er twee aan.

Het eerste voorbeeld ziet op een niet-vergunningplichtig bedrijf dat een nieuw proces start, waarbij een niet-genormeerde stof vrijkomt. Het bedrijf zou dan op grond van de zorgplicht verplicht zijn de emissie van die stof te beperken, maar ook de gevolgen te beperken (bijvoorbeeld door gebruik van een schoorsteen, zodat de lokale blootstelling beperkt blijft). Als er aanwijzingen zijn dat er substantiële, nadelige gevolgen zijn en emissiebeperkende maatregelen onvoldoende helpen, moet in het uiterst geval de activiteit achterwege gelaten worden.²²⁷ Dit voorbeeld houdt geen rekening met de mogelijkheid dat de betrokken stof bewust niet genormerd is. In dat geval kan het zijn dat de zorgplicht ook terugtreedt. Verder gaat het voorbeeld ervan uit dat de zorgplicht geldt bij elk milieugevolg. De Afdeling heeft over de algemene zorgplicht in de Wm vastgesteld dat er alleen kan worden gehandhaafd als er ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden. Ik zie in de bewoordingen van de algemene zorgplicht onder de Omgevingswet geen wijzigingen die een nieuwe jurisprudentiële rechtvaardigen. Dat zou hooguit uit het hier genoemde voorbeeld kunnen worden afgeleid, maar daar staat tegenover dat in de wetsgeschiedenis ook staat dat de zorgplicht voortbouwt op de al bestaande algemene zorgplichten. Ook wordt hierover in de memorie van toelichting met een opsomming van de wijzigingen ten opzichte van de vigerende situatie niets opgemerkt.²²⁸ De wetgever heeft dan ook in ieder geval niet expliciet

224 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67.

225 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67-68.

226 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 182.

227 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 182.

228 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 72.

afstand genomen van de gevormde maatstaf. Dat lijkt me gelet op de rechtszekerheid en legaliteit bij een dergelijke open norm ook geen onjuiste gedachte. Alleen bij ernstige nadelige gevolgen die optreden of acuut dreigen op te treden is er de noodzaak in te grijpen.

Een ander voorbeeld ziet op een omgevingsplan waarin is bepaald dat alle functies zijn toegestaan op de locatie waar nu een nogal troosteloos bedrijventerrein gelegen is, omdat dit gebied dringend herontwikkeld moet worden en concrete initiatieven uitbleven. Toch vereist volgens dit voorbeeld de algemene zorgplicht dat een initiatiefnemer nagaat of een voorgenomen activiteit op die locatie passend is. Als hij redelijkerwijs niet in staat is de maatregelen te nemen om onacceptabele gevolgen te voorkomen, te beperken of ongedaan te maken, moet hij de activiteit achterwege laten.²²⁹ Ook in dit voorbeeld wordt voorbijgegaan aan de expliciete afweging van het bevoegd gezag om geen regels te stellen. Het lijkt me dan ook onjuist om hier een aanvullende en voor de initiatiefnemer onvoorzienbare (rechtsonzekere) aanvullende werking van de zorgplicht in te zien. Als de planwetgever dat voor ogen had, had dat in het plan geregeld kunnen worden. Ik verwijs naar de vaststelling in de wetsgeschiedenis zoals hiervoor aangehaald dat de zorgplicht niet de plaats in neemt van uitgewerkte regels in onder meer het omgevingsplan, vanwege de rechtszekerheid.²³⁰ Bij daadwerkelijk niet verdisconteerde omstandigheden zou dit mogelijk anders zijn, maar uit het voorbeeld blijkt dat het juist een bewuste keuze was om in het omgevingsplan geen nadere regels te stellen.²³¹ Bij de bespreking van de ‘vangnetfunctie’ hierna blijkt ook dat het alleen de bedoeling is op te treden tegen onvoorziene (gevolgen van) activiteiten die onmiskenbaar in strijd zijn met de zorgplicht.

In het voorbeeld wordt tot slot niet geduid wat onder ‘onacceptabele gevolgen’ wordt verstaan, en voor wie dit onacceptabel zou zijn. De hiervoor aangehaalde maatstaf van ernstige nadelige gevolgen lijkt me hier ook op zijn plaats.

Over de functie van het ‘bieden van een maatstaf’ wordt kort toegelicht dat maatschappelijke opvattingen bepalen wat van een initiatiefnemer ‘redelijkerwijs’ kan worden gevraagd.²³² Dit lijkt me een weinig concrete maatstaf.

(C) Vangnetfunctie

Bij de opsomming van functies wordt als laatste functie gesproken over een ‘rechtvaardigingsgrond voor bestuursrechtelijke handhaving’. Bij lezing hiervan dacht ik direct aan de hiervoor in paragraaf 3.3 nader toegelichte derogerende functie. De verdere toelichting op deze functie laat zien dat het hier niet gaat om een

229 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 183.

230 Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 67-68.

231 Zie over het belang van wel of geen verdisconteerde omstandigheden ook ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

232 Kamerstukken II 2014/15, 33962, nr. 12, p. 182.

rechtvaardigingsgrond in de zin van een dergelijke strafuitsluitingsgrond, maar om een grondslag voor handhaving. De vangnetfunctie is bedoeld voor gevallen die onmiskenbaar in strijd zijn met de zorgplicht, maar die niet zijn gereguleerd omdat de wetgever ze niet heeft voorzien.²³³ Met deze bewoordingen wordt aangesloten bij de jurisprudentie over de zorgplicht in het Abm waarbij bestuursrechtelijke handhavingsmaatregelen uitsluitend kunnen worden getroffen wanneer er sprake is van onmiskenbare strijd is met de zorgplicht. In lijn met de jurisprudentie over artikel 1.1a Wm meen ik dat hier in ieder geval alleen sprake van kan zijn bij ernstige nadelige gevolgen.

In de wetsgeschiedenis wordt nog een nuancering op de ‘onmiskenbare strijd’ gemaakt. Er zou in minder duidelijke gevallen alsnog bestuursrechtelijke handhaving mogelijk zijn als de overtreding voortduurt nadat eerst afspraken zijn gemaakt over de invulling van de zorgplicht. Op dat moment is er immers alsnog sprake van onmiskenbare strijd met de zorgplicht.²³⁴ Hoe deze afspraken tot stand zouden moeten komen en of deze vrijwillig door de normadressaat kunnen worden aangegaan wordt niet verduidelijkt. Van der Veen spreekt zich hier ook kritisch over uit met het oog op de rechtszekerheid en legaliteit.²³⁵ Ik meen dat het eerst moeten opstellen van een nadere invulling hoe dan ook laat zien dat niet wordt voldaan aan het onmiskenbaarheids criterium en dat dergelijke gevallen dus niet voor handhaving in aanmerking komen.

5.2.4 De verbodsbepaling

(A) Inhoud verbodsbepaling

Hiervoor gaf ik aan dat afdeling 1.3 Omgevingswet vier artikelen kent. Via de Invoeringswet Omgevingsrecht²³⁶ is artikel 1.7a toegevoegd aan afdeling 1.3. Dit is het enige artikel in deze afdeling dat strafrechtelijk gehandhaafd kan worden.

In artikel 1.7a Omgevingswet staat een verbod om activiteiten te verrichten of na te laten die aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving (kunnen) hebben (lid 1). Ook wordt een grondslag gegeven om dit bij amvb uit te werken of te begrenzen vanwege in ieder geval de uitvoering van de richtlijn milieustrafrecht. Die nadere regels moeten zien op de omvang van de nadelige gevolgen en de gevallen waarin het verbod van toepassing is (lid 2). In artikel 1.8 lid 2 Omgevingswet staat dat het verbod van artikel 1.7a Omgevingswet niet van toepassing is voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de Omgevingswet.

²³³ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 70.

²³⁴ Kamerstukken II 2013/14, 33962, nr. 3, p. 71.

²³⁵ G.A. van der Veen, ‘Milieuaansprakelijkheid en zorgplichten in de Omgevingswet. Oratie Rijksuniversiteit Groningen’, TO 2014/3.6.

²³⁶ Stb. 2020, 172.

De genoemde richtlijn milieustrafrecht is geen nieuwe richtlijn. De richtlijn verplicht de lidstaten ertoe bepaalde handelingen strafbaar te stellen. Dit is in de vigerende omgevingswetten geïmplementeerd en het is de bedoeling dit voort te zetten.²³⁷

Artikel 1.3 Omgevingsbesluit geeft de uitwerking en begrenzing van artikel 1.7a Omgevingswet. Het verbod geldt voor de in lid 1 gespecificeerde activiteiten en gevolgen, die zien op (a) direct of indirect stoffen, trillingen, warmte of geluid in water, bodem of lucht brengen, waardoor aanzienlijke schade aan de kwaliteit van water, bodem of lucht of aan landschappen, natuur of cultureel erfgoed ontstaat of dreigt te ontstaan; (b) het met het oog op het gebruik van de bodem in of op de bodem brengen van stoffen of activiteiten die erosie, verdichting of verzilting tot gevolg hebben, als dat leidt tot aantasting of dreigende aantasting van de bodem; en (c) het verwaarlozen van een beschermd landschap, beschermde natuur of beschermd cultureel erfgoed, als dat aanzienlijke nadelige gevolgen heeft of dreigt te hebben voor de beschermde waarden, waarbij het voor deze laatste waarden gaat om waarden beschermd bij wettelijk voorschrift of besluit op grond van een wet (art. 1.3 lid 2 Omgevingsbesluit).

Ik heb artikel 1.3 Omgevingsbesluit hiervoor volledig opgenomen. Anders dan de grondslag in artikel 1.7a Omgevingswet wellicht doet vermoeden is de omvang van de bedoelde nadelige gevolgen nauwelijks gespecificeerd. Het moet gaan om (dreigende) 'aanzienlijke schade' aan bijvoorbeeld de kwaliteit van bodem of lucht, (dreigende) 'aantasting' van de bodem bij activiteiten die erosie, verdichting of verzilting tot gevolg hebben of 'aanzienlijke nadelige gevolgen' voor onder meer het verwaarlozen van beschermde natuur. In de toelichting is aangegeven dat het niet de bedoeling is om concrete kwantitatieve grenzen te geven. Wanneer de overheid namelijk zou weten tot in welke mate de nadelige gevolgen van activiteiten toelaatbaar zijn, dan zou daarvoor in concrete inhoudelijke regels een heldere grens worden gesteld, bijvoorbeeld een emissiegrenswaarde of een maximale immissie.²³⁸ De vraag of het gaat om aanzienlijke nadelige gevolgen zal per geval moeten worden beoordeeld. Daarbij kan gedacht worden aan het toebrengen van onherstelbare of tegen hoge (maatschappelijke) kosten te herstellen schade aan de fysieke leefomgeving. Beperkte gevolgen vallen er in ieder geval niet onder.²³⁹

De gevallen zijn begrensd door de specifiek genoemde handelingen of milieuaspecten. Lichthinder lijkt mij bijvoorbeeld niet onder de genoemde specificaties te vallen.

De Afdeling advisering noemt artikel 1.7a Omgevingswet buitengewoon onbepaald en wijst op de spanning met het *lex certa*-beginsel, en adviseert om bij de

237 Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 3 p. 136. Daarin is ook aangegeven dat Nederland strengere voorschriften heeft dan de minimumvereisten van de richtlijn.

238 Stb. 2020, 400, p. 1691-1692.

239 Stb. 2020, 400, p. 1692 en Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 3, p. 135.

uitwerking en begrenzing van de bepaling in het Omgevingsbesluit de onduidelijkheid over inhoud en reikwijdte van de vangnetbepaling zo veel mogelijk weg te nemen.²⁴⁰ Ik meen dat dit onvoldoende is gedaan.²⁴¹

(B) Definitie en functie

In de toelichting staat expliciet dat artikel 1.7a Omgevingswet een vangnet is, en geen zorgplicht. De onderbouwing daarvoor is dat de bepaling 'geen algemeen geformuleerde zorgverplichting [bevat] die de normadressaat ruimte laat voor een variëteit in gedragsalternatieven. Het bevat een verbod op het verrichten of nalaten van bepaalde activiteiten'.²⁴²

Dit is wat mij betreft een bijzondere conclusie. Kennelijk is de formulering van een verbod in plaats van een gebod voldoende reden voor de wetgever om niet meer te spreken van een zorgplicht. In de definitie van de werkgroep-Zijlstra is dit geen onderscheidend element en wordt er in het algemene gesproken over een 'gedragsnorm', wat ook een verbod kan inhouden (zie par. 2.3.1). Ook is er in eerdere wetgeving een zorgplicht vormgegeven door een verbodsbepaling.²⁴³ Gelet op de door mij hiervoor geduide voorgestane invulling van de term zorgplicht kan ik me wel vinden in de bevinding dat deze bepaling geen zorgplicht is, maar wel om andere redenen. De wetsgeschiedenis is in mijn ogen onduidelijk en inconsistent op dit punt.

De inconsistentie wordt vergroot omdat de vangnetfunctie van deze verbodsbepaling op dezelfde wijze wordt geduid als de vangnetfunctie van de algemene zorgplicht. Zo staat er dat artikel 1.7a Omgevingswet de mogelijkheid biedt om op te treden bij onvoorziene gevolgen van activiteiten of bij nieuwe activiteiten.²⁴⁴

Artikel 1.7a wat volgens de wetgever uitdrukkelijk *geen* zorgplicht is, vervangt het *wel* als een zorgplicht aangeduide artikel 13 Wbb.²⁴⁵ Zoals ik hiervoor heb betoogd heeft artikel 13 Wbb inderdaad niet de karakteristieken van een zorgplicht. Het is mij niet duidelijk of er met de Omgevingswet ook wordt beoogd om tot een andere toepassing te komen dan onder de Wbb. Ik meen echter dat het onafwendbaar is dat er met de huidige bepalingen wel een andere toepassing wordt bereikt, die afbreuk doet aan de bescherming van de bodem. Artikel 1.7a Omgevingswet ziet namelijk

240 Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 4, p. 90.

241 In het advies over vele wijzigingen waaronder de toevoeging van art. 1.3 aan het Omgevingsbesluit heeft de Afdeling advisering aangegeven zich te beperken tot de hoofdlijnen van het stelsel zoals die nu worden ingevuld en af te zien van een toets op detailniveau (Stcrt. 2021, 10744). Voor een verdere kritische beschouwing van de verbodsbepaling verwijs ik naar D.R. Doorenbos, 'Modieuze milieudelicten. Strafrechtelijk gesanctioneerde zorgplicht- en vangnetbepalingen in de omgevingswetgeving', M en R 2021/106.

242 Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 3, p. 133.

243 Zie par. 4.2.3.

244 Kamerstukken II 2017/18, 34986, nr. 3, p. 134.

245 Kamerstukken I 2018/19, 34986, G, p. 35. Zie ook Stb. 2020, 400, p. 1697.

op 'aanzienlijke nadelige gevolgen'. Artikel 1.3 Omgevingsbesluit benadrukt dit ook door het *verbod* om stoffen in de bodem te brengen te specificeren voor zover er 'aanzienlijke schade' aan de kwaliteit van de bodem ontstaat of dreigt te ontstaan. Ook de algemene zorgplicht in de artikelen 1.6 en 1.7 Omgevingswet is alleen van toepassing bij ernstige nadelige gevolgen. Hiermee zou de toepassing van de zorgplicht voor de bodem worden geharmoniseerd met de toepassing van de huidige algemene zorgplicht in artikel 1.1a Wm, nu in dat laatste geval ook alleen kan worden gehandhaafd bij ernstige nadelige gevolgen. Ik wees hiervoor in paragraaf 4.6 al op dit ongemotiveerde verschil in de huidige jurisprudentie. Daarmee gaat echter wel de praktijk verloren van het voorkomen van nieuwe bodemverontreinigingen en het anders zo veel mogelijk direct saneren.²⁴⁶ Dit acht ik onwenselijk.

De specifieke zorgplicht in het Bal, hierna in paragraaf 5.3 nader te behandelen, biedt ook geen soelaas. Deze bepaling is namelijk alleen van toepassing op de in het Bal aangewezen milieubelastende activiteiten, en er zijn veel situaties denkbaar die daar niet onder vallen. Artikel 13 Wbb zag op allerlei handelingen ook buiten inrichtingen, nog los van het gegeven dat veel inrichtingen niet meer als mba in het Bal worden aangewezen.

5.2.5 Tussenconclusie

De zorgplichten zijn vormgegeven als resultaatsverplichting en voldoen hiermee in mijn ogen niet aan de juiste kenmerken van een zuivere zorgplichtbepaling.

In lijn met de aanbeveling van de ECWM heeft de wetgever de functies van de algemene zorgplichten geduid. Deze functies zijn echter niet allemaal goed te herleiden tot de eerder door de CTW en de werkgroep-Zijlstra geïdentificeerde functies en de wetsgeschiedenis draagt dan ook niet bij aan de helderheid van de doelen van de bepalingen. Dit wordt versterkt door de mijns inziens onjuiste vaststelling dat er ook kan worden gehandhaafd op onmiskenbare strijd met de zorgplicht als er niet wordt voldaan aan enige vormvrije latere nadere invulling van de zorgplicht.

Voor de uitvoering geldt dat de afdeling met algemene zorgplichten in de Omgevingswet niet veel veranderingen met de huidige praktijk lijkt te beogen, maar bij een detailbeschouwing lijken er wel wijzigingen te zijn met name wat betreft het onwenselijke lagere beschermingsniveau van de bodemkwaliteit. Ook zijn er ernstige twijfels bij de rechtszekerheid en legaliteit van het verbod in artikel 1.7a Omgevingswet.

²⁴⁶ Bij ongewone voorvallen is er wel voorzien in een regeling om de veroorzaker te verplichten tot het treffen van maatregelen om de gevolgen zo veel mogelijk ongedaan te maken, zie afdeling 19.1 Omgevingswet.

5.3 Besluit activiteiten leefomgeving

5.3.1 Inhoud specifieke zorgplicht

In de amvb's onder de Omgevingswet zijn verschillende specifieke zorgplichten opgenomen. Ter illustratie bespreek ik hier de specifieke zorgplicht in het Bal voor milieubelastende activiteiten.

Artikel 2.11 Bal legt in lid 1 aan degene die onder meer een milieubelastende activiteit uitvoert en die (redelijkerwijs) weet dat de activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de beschermde belangen zoals het beschermen tegen milieuverontreiniging, de verplichting op om redelijkerwijs maatregelen te treffen om de gevolgen te voorkomen of te beperken. Dit is de verplichting die bijvoorbeeld ook, met iets andere bewoordingen, is opgenomen in artikel 2.1 lid 1 Abm, maar ook met het oog op de bescherming van algemenere belangen in artikel 1.7 Omgevingswet. Lid 2 specificeert vervolgens wat de plicht in ieder geval inhoudt. Dit is een opsomming van sub a tot en met j en is anders geformuleerd dan het huidige artikel 2.1 lid 2 Abm. In artikel 2.11 lid 2 Bal staat meer in algemene zin dat bijvoorbeeld alle passende preventieve maatregelen moeten worden getroffen, de beste beschikbare technieken moeten worden toegepast en geen significante milieuverontreiniging wordt veroorzaakt.

Deze bepaling en de toelichting daarop roepen bij mij zoveel vragen en onduidelijkheden op, dat ik daar in deze paragraaf wat uitgebreider bij stilsta.

In de toelichting staat expliciet dat de specifieke zorgplicht ook geldt naast een eventuele vergunningplicht en nader uitgewerkte regels.²⁴⁷ De zorgplicht zou echter niet in de plaats moeten komen van een uit oogpunt van rechtszekerheid wenselijke nadere uitwerking van regels over activiteiten.²⁴⁸ Ook moet voorkomen worden dat het werken met specifieke zorgplichten leidt tot vergroting van rechtsonzekerheid, ontwikkeling van pseudowetgeving en jurisprudentie die feitelijk de rol van de ontbrekende meer uitgewerkte regels gaan overnemen.²⁴⁹

Ondanks deze goede voornemens met onder meer het oog op de rechtszekerheid blijkt er uit andere delen van de toelichting dat hier niet aan wordt tegemoetgekomen. Zo is opgenomen dat door onder meer het vertrouwen in de zorgplicht het aantal algemene milieuregels dat voor een initiatiefnemer geldt substantieel daalt, onder meer omdat meer uitgewerkte regels beperkt kunnen blijven tot hoofdzaken en in algemene regels en vergunningvoorschriften geen voorschriften meer zouden hoeven te worden opgenomen die vanzelfsprekend zijn. Wijzigingsprocedures voor vergunningen zijn dan ook minder nodig.²⁵⁰ Meer specifiek is toegelicht dat er is gekozen voor het opnemen van een beperkt aantal luchtemissievoorschriften,

²⁴⁷ Stb. 2018, 293, o.a. p. 488, 508 en 578.

²⁴⁸ Stb. 2018, 293, p. 508.

²⁴⁹ Stb. 2018, 293, p. 518.

²⁵⁰ Stb. 2018, 293, p. 578.

omdat de zorgplicht een belangrijk vangnet is dat in ieder geval geldt.²⁵¹ Hiermee wordt er naar mijn oordeel te makkelijk van uitgegaan dat het voor de normadres-saten voldoende duidelijk is wat de ‘vanzelfsprekende’, ook als ‘evidente’ aange-deide, regels zijn. Wat hieronder valt, is ook niet nader geduid. Er wordt wel onder meer gewezen op ‘*good housekeeping*’ maatregelen zoals het opruimen van gelekte en gemorste vloeistoffen of het garanderen van de goede werking van filters door het onderhouden, repareren en schoonmaken.²⁵² Ik kan mij zonder meer vinden in de evidentie van onbetwiste *good housekeeping* maatregelen, maar dit is slechts een deel van de vanzelfsprekende regels.

De wetgever lijkt ook wat aarzelingen te hebben bij een goede uitvoering: er wordt namelijk altijd expliciet benoemd dat het bevoegd gezag ook op zorgvuldige wijze om moet gaan met de specifieke zorgplicht.²⁵³

Naast de vanzelfsprekende regels ziet de specifieke zorgplicht ook op situaties die zich in de praktijk zeer zelden voordoen waarbij het voorkomen of beperken ervan veelal een individuele beoordeling in de specifieke omstandigheid vraagt, en op nieuwe (deel)activiteiten of het op een andere manier dan gebruikelijk verrichten van bestaande activiteiten, omdat daarmee bij het opstellen van regels geen rekening kan worden gehouden.²⁵⁴ Voor vergunningplichtige activiteiten is deze toelichting naar mijn oordeel evident onjuist. Het kenmerk van een vergunning is immers dat er een individuele beoordeling wordt gemaakt. Dat geldt dan ook voor nieuwe activiteiten of wijzigingen, waar dan het juiste vergunningwijzigingsproces voor moet worden doorlopen door degene die de wijziging wenst. Ik zie hier dan ook geen motivering in om de specifieke zorgplicht ook naast de vergunning te laten gelden.

Het is mij ook onduidelijk hoe de specifieke zorgplicht zich volgens de wetgever zou verhouden tot activiteiten waarvoor in een vergunning een expliciete afweging is gemaakt om een aangevraagde uitvoering van activiteiten, al dan niet met significante verontreiniging, toe te staan. Ik kan me niet anders voorstellen dan dat met het oog op de rechtszekerheid een dergelijke individuele beschikking voor moet gaan op een daarnaast geldende specifieke zorgplicht. De toelichting lijkt echter anders te suggereren. Bij de specificering van de zorgplicht door het in ieder geval moeten ‘voorkomen van significante verontreiniging’ wordt in de toelichting aangegeven dat bijvoorbeeld kan worden gedacht aan geschikte situering en uitvoering van het afvoerpunt (schoorsteen) met het oog op de bescherming van de omgeving, of emissiebeperking van stoffen waarvoor geen specifieke voorschriften zijn

251 Stb. 2018, 293, p. 592.

252 Stb. 2018, 293, p. 770.

253 Stb. 2018, 293, p. 519.

254 Stb. 2018, 293, p. 522.

gesteld omdat recent informatie over effecten bekend is geworden.²⁵⁵ Ook wordt gewezen op bijzondere lokale belangen of bijzondere omstandigheden.²⁵⁶

Als in een vergunning al duidelijke keuzes hierover zijn gemaakt zou toch het instrument van wijziging van de vergunning de juiste weg zijn. Dit is ook in lijn met de uitleg van de Afdeling van het systeem van de vergunningstelsels in de huidige wet, zoals besproken in paragraaf 4.2.5. Daarnaast wijs ik erop dat een verleende omgevingsvergunning voor milieu zich uitstrekt tot alle emissies die behoren bij een vergunde activiteit, ook als later meer bekend wordt over de (nadelige effecten van de) emissies.²⁵⁷

De Afdeling bestuursrechtspraak en de Raad voor de rechtspraak hebben zich kritisch geuit over de rechtsonzekerheid van de vage termen die in de uitwerking van de specifieke zorgplicht zijn opgenomen, zoals 'passende preventieve maatregelen'. In reactie daarop is aangegeven dat nog steeds geldt dat er sprake moet zijn van een onmiskenbaar in strijd handelen met de zorgplicht voordat er direct handhavend kan worden opgetreden. De regering verwacht daarom niet dat de verruimde inzet van specifieke zorgplichten zal leiden tot meer geschillen die aan de bestuursrechter worden voorgelegd.²⁵⁸

In de toelichting wordt herhaaldelijk aangegeven dat het voor de initiatiefnemer redelijkerwijs te voorzien moet zijn wat de specifieke zorgplicht in een concreet geval inhoudt. Is dat niet het geval, dan is het stellen van een maatwerkvoorschrift of maatwerkregel de aangewezen weg.²⁵⁹ Daarbij wordt ook expliciet aangegeven dat de procedure van een maatwerkvoorschrift het bevoegd gezag en degene die de activiteit verricht de ruimte biedt om een constructieve discussie te voeren over de noodzaak van bepaalde maatregelen ter invulling van de specifieke zorgplicht, die niet wordt overschaduwd door de dreiging van een sanctie.²⁶⁰ Dat klinkt als een redelijke invulling en een niet te zware last voor de normadressaat. Verderop in de toelichting wordt hier weer afbreuk aan gedaan door aan te geven dat er ook in twijfelgevallen direct zou kunnen worden gehandhaafd:

'Bij een specifieke zorgplicht kunnen daarom situaties aan de orde zijn waarin minder duidelijk is of van onmiskenbare strijd sprake is. Het bevoegd gezag zal dan een keuze moeten maken tussen een handhavingstraject of het eerst verduidelijken wat de specifieke zorgplicht inhoudt. Die verduidelijking hoeft overigens niet altijd de vorm te krijgen van een maatwerkvoorschrift. Ook wanneer het bevoegd gezag degene die de activiteit verricht mondeling of schriftelijk informeert over wat er in een concreet geval onder de specifieke zorgplicht moet worden verstaan, is het voor

255 Stb. 2018, 293, p. 593 en 706.

256 Stb. 2018, 293, p. 525.

257 Zie Rb. Noord-Nederland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2067, r.o. 4.5.2 en de verwijzingen aldaar.

258 Stb. 2018, 293, p. 707. Zie ook Kamerstukken I 2018/19, 34986, W, p. 10.

259 Stb. 2018, 293, p. 519 en 526.

260 Stb. 2018, 293, p. 519.

diegene na ontvangst van die informatie duidelijk wat er verwacht wordt. Als daar geen gevolg aan wordt gegeven, is er sprake van onmiskenbare strijd met de specifieke zorgplicht.²⁶¹

Zoals ik hiervoor bij de algemene zorgplicht in paragraaf 5.2.1 ook heb aangegeven, meen ik dat er geen sprake kan zijn van onmiskenbare strijd als de zorgplicht eerst nader moet worden geconcretiseerd. Bovendien wordt de normadressaat in de gevallen dat er geen maatwerkvoorschrift wordt opgelegd alsnog eerst blootgesteld aan handhaving voordat er een ingang naar toetsing van een besluit door de bestuursrechter ontstaat. Ook dit is mijns inziens een onwenselijke situatie, in ieder geval als er kennelijk twijfel bestaat of kan bestaan over de invulling van de zorgplicht. De regering geeft wel aan dat degene die de activiteit zelf verricht, kan vragen om zekerheid door overleg aan te gaan met het bevoegd gezag zonder dat het tot een maatwerkvoorschrift komt,²⁶² maar ook dit geeft geenszins zekerheid dat er een bestuursrechtelijke rechtsingang is voordat er tot handhaving wordt gekomen.

De vergunninghouder wordt indien een advies van het rijk, het Interprovinciaal Overleg, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de Unie van Waterschappen wordt gevolgd, zelfs bewust en met een oneigenlijke reden onthouden van gedetailleerde vergunningvoorschriften. In de publicatie 'Handreiking omgevingsvergunning 2.0'²⁶³ wordt onder meer aan vergunningverleners geadviseerd om alleen voorschriften op te nemen die niet vanzelfsprekend zijn. Als de vergunning gedetailleerde voorschriften bevat die vanzelfsprekend zijn en tot de specifieke zorgplicht behoren, wordt voorgesteld om die voorschriften dan uit de vergunning te schrappen. Anders zou ten onrechte uitputtendheid van de vergunning worden gesuggereerd.

Ik zou het dan ook gerechtvaardigd achten als de Afdeling in een zaak onder de Omgevingswet – of zo mogelijk eerder in een overweging ten overvloede in een andere zaak²⁶⁴ – onomwonden uitspreekt dat omwille van de rechtszekerheid alleen kan worden gehandhaafd op grond van de specifieke zorgplicht als er sprake is van onmiskenbare strijd en als er ernstige nadelige gevolgen optreden of acuut dreigen op te treden, en dat de zorgplicht in beginsel ook terugtreedt voor activiteiten die onder een vergunning vallen. In afwachting daarop sluit ik niet uit dat de normadressaten op andere wijze zekerheid proberen te zoeken via overleg met het bevoegd gezag, wat kan uitmonden in rechtsoordelen of overbodige maatwerkvoorschriften en wat ook een groter tijdsbeslag zal leggen op de overheid. Ook zou dit kunnen uitmonden in pseudowetgeving doordat bijvoorbeeld de 'vanzelfsprekende' bepalingen op initiatief van een bestuursorgaan of bedrijfsleven worden verzameld en gedeeld met elkaar, bijvoorbeeld in een nadere handreiking.

261 Stb. 2018, 293, p. 526.

262 Stb. 2018, 293, p. 520.

263 Te vinden via www.aandeslagmetdeomgevingswet.nl.

264 Zoals bijvoorbeeld ook richting is gegeven over uitleg van de Wabo in een zaak onder het oude recht, ABRvS 13 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1081.

5.3.2 Definitie

Uitgaande van de definitie van de werkgroep-Zijlstra wordt aan alle onderdelen van de definitie voldaan, hoewel ik ook hier opmerk dat ik geen 'te betrachten zorg' als element zie en het mijns inziens geen zorgplichtbepaling is. Die conclusie wordt ook gesteund door de door de regering belangrijk geachte functie van deregulering en het vervangen van 'evidente' bepalingen door de specifieke zorgplicht. Daar zit geen element van 'zorg' in, en ik betwijfel ook of er in dat geval wel meerdere gedragsalternatieven beschikbaar zijn.

Kennelijk heeft de regering ook wat twijfel of is zij niet consistent in haar uitlatingen. Er wordt namelijk aangegeven dat de specifieke zorgplichten het midden houden tussen de algemene zorgplicht van de wet en de meer uitgewerkte doelvoorschriften en middelvoorschriften.²⁶⁵ Het is mij niet duidelijk wat hier precies mee wordt bedoeld, nu ook wordt aangegeven dat de specifieke zorgplichten een doel aangeven zonder de middelen, en zonder het doel in kwantificeerbare termen te omschrijven.²⁶⁶ Volgens eerdere uitlatingen van de regering zoals hiervoor behandeld zijn dat precies de kenmerken van een zorgplicht.

5.3.3 Functie

In de toelichting op het Bal wordt niet, zoals in de toelichting op de Omgevingswet, de beoogde functie(s) van de specifieke zorgplicht helder benoemd. Wel staat er dat de specifieke zorgplicht een beroep doet op de eigen verantwoordelijkheid van degene die een activiteit uitvoert,²⁶⁷ wat overeenkomt met de door de werkgroep-Zijlstra benoemde functie van de bewustwording.

Ook wordt het beperken van gedetailleerde regels genoemd,²⁶⁸ wat neerkomt op de door de werkgroep-Zijlstra genoemde dereguleringsfunctie.

5.3.4 Tussenconclusie

De specifieke zorgplicht in artikel 2.11 Bal is vormgegeven als resultaatsverplichting en voldoet hiermee in mijn ogen niet aan de zuivere kenmerken van een zorgplichtbepaling. Het lijkt ook met name als dereguleringsinstrument te worden ingezet, en er wordt voorbijgegaan aan de tevens bestaande regeling om vergunningen in geval van vergunningplichtige activiteiten te actualiseren.

Die specifieke regeling voor vergunningen biedt echter meer rechtszekerheid dan handhaving op basis van de zorgplicht. Handhaving zou hoe dan ook alleen kunnen plaatsvinden bij onmiskenbare strijd, zoals de regering zelf ook meermaals in de toelichting aangeeft. Ik meen dat de Afdeling erg terughoudend zou moeten omgaan met het vaststellen van overtredingen.

265 Stb. 2018, 293, p. 518.

266 Stb. 2018, 293, p. 518.

267 Stb. 2018, 293, p. 487, 488 en 508.

268 O.a. Stb. 2018, 293, p. 518.

De praktijk zal er behoefte aan hebben zeker te weten dat ook bij de ‘vanzelfsprekende’ vervallen detailvoorschriften alleen in uitzonderingsgevallen zal worden gehandhaafd, of op zoek moeten gaan naar nadere zekerheid zoals het in pseudo-wetgeving vastleggen van die invulling van de specifieke zorgplicht.

6 Conclusies en Aanbevelingen

In voorgaande analyse ben ik ingegaan op mijn vraagstelling in de inleiding, namelijk ‘Wat is een zorgplicht binnen het omgevingsrecht, en wanneer en hoe kan deze worden toegepast?’. Een eenduidig antwoord heb ik binnen het bestek van deze analyse niet op alle onderwerpen kunnen geven, maar ik kom tot de volgende beschouwing.

6.1 Wat is een zorgplicht binnen het omgevingsrecht?

Een zorgplicht binnen het omgevingsrecht wordt in de literatuur vaak gedefinieerd volgens de vier criteria die de werkgroep-Zijlstra uiteen heeft gezet, te weten een gedragsnorm, (1) die zich niet uitsluitend tot de overheid richt, (2) die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang, (3) die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsopties openstaan, en (4) waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven (zie par. 2.3).

Ik meen dat bovenstaande definitie juist is, maar dat in de toepassing van de definitie ten onrechte voorbij wordt gegaan aan het criterium ‘tot het betrachten van zorg’. Bij een zuivere toepassing van dat onderdeel zouden zorgplichten zich onderscheiden van andere open doelvoorschriften. Bij de beperkte uitleg die de werkgroep-Zijlstra geeft aan dit onderdeel door slechts te verlangen dat er meerdere rechtmatige gedragsopties zijn, is er geen wezenlijk onderscheid met andere doelvoorschriften. De als zorgplicht aangeduide bepalingen in het omgevingsrecht zijn ook grotendeels geformuleerd als een verplichting om concrete doelen te bereiken, waarbij wordt gehandhaafd op het (niet) bereikte resultaat. Ook dit doet geen recht aan de kern van een werkelijke zorgplichtbepaling, die mijns inziens geen resultaats- maar een inspanningsverplichting zou moeten bevatten. Met een dergelijk instrument gaat het om de houding die door de normadressaat is ingenomen, wat zo nodig met certificering of bedrijfsmilieuplannen kan worden ingevuld. Hier kan dan meer preventief op worden gestuurd, en er zijn minder spanningen met de rechtszekerheid en legaliteit. De gevraagde inspanning kan namelijk beter worden geconcretiseerd.

De wetgever lijkt zich hoe dan ook in het geheel niet te bekommeren over deze definitie, en komt tot steeds wisselende toelichtingen waarbij een bepaling de ene keer wel en de andere keer niet als zorgplicht wordt aangeduid (zie onder meer mijn bespreking van art. 5 Brzo in par. 4.5.2 en art. 1.7a Omgevingswet in par. 5.2.4). Daarmee wordt de zorgplicht naar believen ingezet als een duizenddingdoekje.

6.2 Wanneer en hoe kan een zorgplicht worden toegepast?

De ongebreidelde inzet van zorgplichten blijkt ook als wordt gekeken naar de beoogde functie van vastgestelde zorgplichtbepalingen. Ondanks een aanbeveling van de ECWM schenkt de wetgever geen aandacht aan de precieze functie van een zorgplichtbepaling. Als al met zoveel woorden de functie wordt toegelicht, wordt dat niet volgens een vast stramen gedaan noch wordt verwezen naar de, door de verschillende werkgroepen vastgestelde, mogelijke functies. Sommige functies, zoals de derogerende functie die juist voor de betere bescherming van het milieu kan zorgen omdat deze voorziet in een regeling bij botsende regels waarbij het kernbeginsel (de zorgplicht) voorgaat, worden niet genoemd.

Aan de verdere door de werkgroep-Zijlstra vastgestelde indicatoren voor gebruik of de door de werkgroep-Riezebos voorgestelde mogelijke invullingen van een zorgplicht wordt in het geheel geen aandacht geschonken.

Uit de jurisprudentie volgt dat de Afdeling slechts een zeer beperkte functie van zorgplichtbepalingen toestaat, omwille van de rechtszekerheid. Hierdoor kan bijvoorbeeld alleen worden gehandhaafd bij *ernstige nadelige gevolgen* voor het milieu, bij *onmiskerbare strijd* met een bepaling en als er *geen andere, uitputtende regeling* bestaat. De wetgever had dit anders bedacht. De zorgplichtbepalingen in de Omgevingswet en het Bal en de toelichting daarop geven geen aanleiding om tot een wijziging van deze jurisprudentie te komen, omdat de rechtszekerheid nog steeds in het geding is. De wetgever heeft echter wederom een verdergaand gebruik voor ogen. Zo zou de algemene zorgplicht ook gelden bij het niet voldoen aan andere gestelde regels, en zou ook een vormvrije nadere invulling van de specifieke zorgplicht al dan niet via pseudowetgeving kunnen leiden tot direct handhaafbare onmiskerbare strijd, en ziet de regering zelfs in twijfelgevallen de mogelijkheid van handhaving vanwege onmiskerbare strijd. Hierdoor zal de rechtspraktijk in onzekerheid verkeren totdat de Afdeling zich ook over de Omgevingswet heeft uitgesproken.

Vanwege de mogelijkheid om nadere invulling aan zorgplichten te geven via beleidsregels of andere pseudowetgeving, wat nu in beperkte mate wordt gedaan maar waar de Omgevingswet meer toe oproept, zullen niet alle geschillen aan de bestuursrechter kunnen worden voorgelegd. Dat zorgt voor een minder goed vormgegeven rechtsbescherming en een concreet voorbeeld over de zorgplicht in artikel 9.2.1.2 Wm laat zien dat hiermee ook de rechtseenheid niet is geborgd.

De huidige bestuursrechtelijke jurisprudentie is ook niet in alle gevallen eenduidig. Er zijn enkele niet nader verklaarde verschillen (met name geen aanvullende werking art. 1.1a Wm voor vergunningplichtige activiteiten versus wel aanvullende werking art. 13 Wbb naast een vergunning). Deze belangrijke zorgplicht gericht op een hoog niveau van bescherming van de bodem lijkt juist onder de Omgevingswet beperkter te worden in de toepassingsmogelijkheden en ziet dan alleen op optreden tegen *aanzienlijke nadelige gevolgen*.

6.3 Aanbevelingen

Ik meen dat een heroverweging bij de toepassing van zorgplichten benodigd is. Daarbij moet ten eerste aan de orde komen of zorgplichtbepalingen een resultaats- of inspanningsverplichting moeten hebben – in mijn optiek een inspanningsverplichting. Vervolgens moet precies worden gekeken naar de beoogde functies, en of er bij toepassing wel wordt voldaan aan de indicatoren. Deze discussie zal een opmaat bieden voor een andere invulling van de zorgplichten die ook meer recht doet aan de vereisten van rechtszekerheid en legaliteit.

Ook kan een fundamentele en doordachte keuze voor bepaalde functies en meer oog voor de rechtszekerheid ervoor zorgen dat een bredere toepassing van nader vormgegeven zorgplichten ook in de jurisprudentie standhoudt. En de toepassing niet zoals tot nu toe het geval is in weerwil van de wens van de wetgever beperkt wordt door de Afdeling.

Als onderdeel van die nadere beschouwing moet dan ook worden ingegaan op de vraag hoe zorgplichten zo nodig nader kunnen worden geconcretiseerd, zonder dat dit tot onwenselijke pseudowetgeving leidt en onvoldoende rechtsingangen bij de bestuursrechter.

Ook de derogerende functie zou nader ingezet kunnen worden voor het bereiken van een integrale benadering van de verschillende onderdelen van de fysieke leefomgeving, waarbij niet kan worden uitgesloten dat een positief effect op één aspect zoals bepaalde luchtverontreiniging, een negatief effect kan hebben op een ander element (zoals energie).

Op de huidige tekst van de specifieke zorgplicht in artikel 2.11 Bal is veel aan te merken, en ik ga ervan uit dat in de jurisprudentie zeer terughoudend zal worden omgegaan met het vaststellen van overtredingen, alleen al vanwege het ontbreken van de vereiste rechtszekerheid zoals ook de aanleiding vormde voor de Afdeling voor een beperkte toepassing van de zorgplicht in het Abm.

Die poortwachtersfunctie van de rechter zorgt dat er wellicht niet zo snel wordt toegekomen aan het door mij in de inleiding (par. 1) geschetste vergaande gebruik van zorgplichten in de privésfeer, onder meer vanwege de huidige terughoudende jurisprudentielijn. Ook deze jurisprudentielijn kan met andere inzichten uit het bestuursrecht nog nader worden verfijnd en geharmoniseerd, door zo veel mogelijk dezelfde lijn te kiezen bij de invulling van ‘evident’ of ‘onmiskienbaar’.

Het zou echter een gemiste kans zijn als een dergelijke terughoudende lijn zou gaan gelden voor alle thans bekende zorgplichten. Bijvoorbeeld voor het zo veel mogelijk voorkomen van verontreinigingen van de bodem is evident dat het van belang is om dit met goed sluitende regelgeving te waarborgen. De Omgevingswet dient hierin te voorzien.

Stellingen

1. Het omgevingsrecht kent geen zorgplichten maar wel vangnetbepalingen met open normen.
2. De wetgever moet in alle gevallen expliciet duiden of er sprake is van een inspannings- of resultaatsverplichting.
3. Een vangnetbepaling is geen goed instrument voor deregulering en leidt de facto alleen maar tot meer (pseudo)regulering en lastenverzwaring aan de handhavingskant.
4. Bij een brede toepassing van 'zorgplichten' zoals met de Omgevingswet moet het besluitbegrip worden opgerekt om bij de bestuursrechter terecht te kunnen zonder bloot te staan aan handhaving.
5. De specifieke zorgplicht in het Bal moet worden herzien.

Zorgplichten bij financiële dienstverlening, bij bestrijding van witwassen, bij marktregulering en bij het waarborgen van de volksgezondheid

R. Stijnen*

1	Inleiding	205
1.1	Definitie van zorgplicht en een voorbeeld	205
1.2	Toerekening en aansprakelijkheid	207
1.3	Waar gaat dit preadvies over?	208
2	Zorgplichten bij het verlenen van financiële diensten	211
2.1	Vooraf	211
2.2	Advisering, individueel vermogensbeheer, overkreditering en execution only	212
2.3	Enige andere zorgplichten voor financiële ondernemingen	218
2.4	Handhaving via het bestuursrecht	220
2.5	Verbintenissenrecht en handhaving zorgplichten via het privaatrecht	224
3	Banken en de bestrijding van witwassen en financieren van terrorisme	228
3.1	Vooraf	228
3.2	Cliëntenonderzoek	229
3.3	Het melden van ongebruikelijke transacties	235
3.4	Handhaving via het bestuursrecht	236
3.5	Handhaving via het privaatrecht en de zorgplicht van banken jegens (potentiële) cliënten	239
3.6	De zorgplicht van banken jegens derden	242

* Mr. dr. R. (Rogier) Stijnen is werkzaam als senior juridisch adviseur bij de rechtbank Rotterdam.

4	Rechtszekerheid, toerekening, aansprakelijkheid en excepties	245
4.1	Vooraf	245
4.2	Vertrouwelijkheid van klantgegevens in de energie- en telecommarkt	245
4.3	De zorgplicht voor werkgevers tot het tegengaan van tabakshinder	248
4.4	Rechtszekerheid en verwijtbaarheid bij zorgplichten in het bestuursrecht	250
4.5	Daderschap, aansprakelijkheid en (wederom) verwijtbaarheid in het bestuursrecht	256
4.6	Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het burgerlijk recht	259
5	Conclusie	263
	Stellingen	267

I Inleiding

I.1 Definitie van zorgplicht en een voorbeeld

Wat is een zorgplicht? In het door een interdepartementale werkgroep opgestelde rapport *Ruimte voor zorgplichten* is te lezen dat in dit rapport onder een zorgplicht een gedragsnorm wordt verstaan: (1) die zich niet uitsluitend tot de overheid richt; (2) die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang; (3) die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadres-saat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven openstaan; en (4) waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven.¹ In het publiekrecht komen zorgplichten op verschillende manieren om de hoek kijken. Vanouds kent het strafrecht zorgplichten in enge zin; dat zijn delicts-omschrijvingen waarin het werkwoord zorgen (of een afgeleide daarvan) voorkomt. Een mooi voorbeeld van een zorgplichtbepaling in enge zin is artikel 1.3 Wet luchtvaart. Die bepaling luidt:

‘Een luchtvaartmaatschappij is verplicht er voor zorg te dragen, dat:

- a. de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen in een zodanige staat zijn, dat daarmee veilig gevlogen en vervoerd kan worden;
- b. het boordpersoneel van de door haar geëxploiteerde luchtvaartuigen over voldoende kennis, bedrevenheid en ervaring beschikt;
- c. al datgene wordt gedaan, wat in haar vermogen ligt om ernstige lichamelijke of geestelijke vermoeidheid van de leden van het boordpersoneel bij de bediening van luchtvaartuigen te voorkomen.’

De naleving van de zorgplicht van artikel 1.3 wordt strafrechtelijk gehandhaafd (art. 11.9 Luchtvaartwet). Het gaat daarbij niet om werkelijke gevaarstelling, want de zorgplicht is niet gekoppeld aan te duchten gevaar van een vliegtuigcrash. Daarop ziet wel artikel 5.3 Wet luchtvaart. Uit die bepaling volgt dat het verboden is op zodanige wijze aan het luchtverkeer deel te nemen dan wel luchtverkeersleidingsdiensten te verlenen dat daardoor personen of zaken in gevaar worden of kunnen worden gebracht. Bij een zorgplicht als in artikel 1.3 voornoemd gaat het om iets anders. Het gaat erom de nodige waarborgen te creëren zodat er veilig gevlogen kan worden. Daarbij valt voorts op dat de zorgplichten onder a en b van artikel 1.3 resultaatsverplichtingen zijn en die onder c een inspanningsplicht. De gronden a en b bepalen immers welke resultaten door de luchtvaartmaatschappij

¹ S.E. Zijlstra e.a., *Ruimte voor zorgplichten*, p. 6, bijlage bij Kamerstukken II 2003/04, 29279, nr. 14.

met het zorgdragen moeten worden bereikt, respectievelijk dat veilig gevlogen kan worden met het vliegtuig en dat het personeel deskundig is, terwijl de luchtvaartmaatschappij op basis van de c-grond iets moet doen wat in haar vermogen ligt. Dit laatste duidt op een inspanningsplicht.

De lezer ziet natuurlijk meteen wat het inherente probleem van een dergelijke zorgplichtbepaling is. Uit een oogpunt van rechtszekerheid kunnen dergelijke open normen problematisch zijn.² De onzekerheid die inherent is aan deze zorgplichten is dat de luchtvaartmaatschappij mogelijk niet steeds een volledig juiste inschatting kan maken of zij aan haar verplichtingen heeft voldaan. De vraag is dan of het voor de luchtvaartmaatschappij duidelijk kan zijn wat het resultaat of de inspanning precies inhoudt. Zorgplichten als deze hebben echter ook het voordeel dat de normadressaat naar eigen inzicht mag regelen hoe zij aan deze normen voldoet, wat ook de concurrentie kan bevorderen.³ Bepaaldheid (of het gebrek daaraan) kan dus zorgen voor spanning tussen doel en middel, want wat is het doel precies? Is artikel 1.3 onder c Wet luchtvaart overtreden indien de piloot ernstig gaapt?⁴ Het zou wel een aanwijzing kunnen vormen dat de zorgplicht niet is nageleefd. Niet valt echter uit te sluiten dat de luchtvaartmaatschappij er wel voor heeft gezorgd dat de piloot na een aantal vliegreizen aan zijn of haar nachtrust kan toekomen, maar dat de piloot in kwestie dol is op het nachtleven en geestverruimende middelen. Op de piloot zelf rust overigens wel de verplichting om niet onder invloed op het werk te verschijnen, waarbij nauwkeurig is bepaald wat het vereiste aantal uren soberheid is en wat het maximaal toegestane promillage is (art. 2.12 Wet luchtvaart). Op de werknemer rust kortom een nauwkeurig omschreven verbod (*rule based wetgeving*), terwijl op de werkgever een deels daarmee corresponderende zorgplicht rust (*principle based wetgeving*).

Voor de wetgever vormen zorgplichtbepalingen, die inherent open normen opleveren, het voordeel dat die onderhoudsarm zijn. De verplichting kan steeds worden ingevuld naar de huidige inzichten en hoeft niet steeds te worden aangepast. Het voorschrijven dat het personeel voldoende kennis heeft is eenvoudiger dan op te schrijven welke diploma's moeten zijn behaald en vervolgens bij te houden of de wet moet worden aangepast aan nieuwe opleidingseisen. Helemaal juist is deze simplificatie natuurlijk niet, want uit de wet en de daarop gebaseerde regelgeving volgt uiteraard wel over welk diploma een piloot moet beschikken (art. 2.1 Wet luchtvaart). Het punt dat ik wil maken is echter dat wanneer die regels worden aangepast, dit niet geldt voor artikel 1.3 Wet Luchtvaart. De kans is overigens groot dat deze kapstokbepaling niet vaak tot vervolging leidt, want er zijn veel specifiekere

2 A.R. Hartmann en B.J.V. Keupink, 'Enkele opmerkingen over de reikwijdte van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid bij zorgplichten in de financiële toezichtswetgeving', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 85.

3 Zie A.H. Scheltema en M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 101), Deventer: Kluwer 2009, p. 14-17.

4 Dit voorbeeld heb ik ontleend aan B.J.V. Keupink, *Daderschap bij wettelijke strafrechtelijke zorgplichtbepalingen*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 95 en 287.

verbodsbepalingen in deze wet opgenomen waarvan het eenvoudiger is om aan te tonen dat die zijn overtreden.⁵ De genoemde rechtsonzekerheid bij open normen werkt immers twee kanten uit, want het is uiteindelijk de rechter (indien de zaak aan hem of haar wordt voorgelegd) die vaststelt of de open norm in een concreet geval is nageleefd of niet.

1.2 Toerekening en aansprakelijkheid

Zorgplichten richten zich veelal tot ondernemingen, dat wil zeggen rechtspersonen of daaraan gelijk te stellen entiteiten.⁶ Rechtspersonen en vergelijkbare entiteiten bestaan alleen op papier en in de hoofden van mensen.⁷ Om rechtspersonen te laten deelnemen aan het maatschappelijk verkeer is het noodzakelijk gedragingen van natuurlijke personen die binnen de sfeer van de rechtspersoon zijn verricht aan de rechtspersoon toe te rekenen. Rechtspersonen kunnen daarom gelet op artikel 51 lid 1 en lid 2 onder 1° Wetboek van strafrecht (Sr) ook strafbare feiten plegen en daarvoor worden bestraft. Met het oog op dit functionele ouderschap van rechtspersonen heeft de strafkamer van de Hoge Raad het zogenoemde Drijfmestcriterium ontwikkeld naar de naam van de desbetreffende strafzaak.⁸ Een van de alternatieve omstandigheden om een gedraging aan een rechtspersoon toe te rekenen is dat de rechtspersoon erover kon beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon werd aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging. Ook hier zorgplicht, niet als delictsbestanddeel, maar als onderdeel voor toerekening van een gedraging van een natuurlijk persoon aan een entiteit.

Omgekeerd worden bepaalde natuurlijke personen aansprakelijk gehouden voor gedragingen die binnen de rechtspersoon plaatshebben. Het gaat dan veelal om degenen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedragingen. Zij zijn aansprakelijk op grond van artikel 51 lid 2 onder 2° Sr. Als ondergrens hiervoor geldt het zogenoemde Slavenburgcriterium. Daaruit volgt dat van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen sprake kan zijn indien de desbetreffende functionaris – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen.⁹ Dit heeft veel weg

5 Ik heb geen gepubliceerde uitspraken kunnen vinden over deze bepaling, wel over andere gebods- en verbodsbepalingen uit de Wet Luchtvaart.

6 Zie art. 51 lid 3 Wetboek van strafrecht (Sr): 'Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.'

7 Dit is leuk beschreven in Y.N. Harari, *Sapiens: een kleine geschiedenis van de mensheid*, Amsterdam: Uitgeverij Thomas Rap 2020, p. 38 e.v.

8 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, AB 2004/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (Drijfmest).

9 HR 16 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9607, NJ 1987/321, m.nt. A.C. 't Hart (Slavenburg II).

van een zorgplicht. Niet helemaal duidelijk is of het hier ook gaat om functioneel ouderschap.¹⁰ Functioneel ouderschap is een verzamelterm voor (rechts)personen die als pleger kunnen worden aangemerkt, maar niet in fysieke zin de gedraging hebben verricht. Omdat een feitelijk leidinggever ook zelf de verboden gedraging kan verrichten,¹¹ en omdat diens aansprakelijkheid wordt afgeleid van het functionele ouderschap van de rechtspersoon, zal ik voor wat betreft de feitelijk leidinggever spreken over aansprakelijkheid. Indien de feitelijk leidinggevende zelf een rechtspersoon is, dan is deze aansprakelijkheid hoe dan ook een vorm van functioneel ouderschap, want dan zullen feitelijke handelingen van anderen aan die rechtspersoon moeten worden toegerekend aan de hand van het *Drijfmeester*criterium. In het burgerlijk recht lijkt er minder snel ruimte om een bestuurder persoonlijk aansprakelijk te houden voor gedragingen binnen de onderneming. Dit hangt samen met de notie dat het de onderneming is die deelneemt aan het rechtsverkeer. Een bestuurder is slechts aansprakelijk als hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹²

1.3 Waar gaat dit preadvies over?

Hiervoor sprak ik met name over strafrechtelijke aansprakelijkheid en zorgplichten in delictsomschrijvingen. Dat heb ik gedaan omdat het hier van oudsher gaat om strafrechtelijke leerstukken. Omdat de bestuurlijke boete en andere vormen van bestuursrechtelijke handhaving een enorme vlucht hebben genomen, ook waar het gaat om het financiële en economische bestuursrecht, zullen we hierna zien dat die strafrechtelijke leerstukken relevant zijn voor het bestuursrecht. Voor het toerekenen van gedragingen aan rechtspersonen en de aansprakelijkheid van de feitelijk leidinggever volgt dit uit artikel 5:1 lid 3 Algemene wet bestuursrecht (Awb), dat mede verwijst naar artikel 5:1 lid 2 en lid 3 Sr.¹³ En verder worden zorgplichtbepalingen op veel terreinen inmiddels voornamelijk, zo niet uitsluitend, gehandhaafd via het bestuursrecht.

10 Zie in ontkennende zin: L.M.A.M. Hoeks en J.T.C. Leliveld, 'Geen overzichtsarrest voor functioneel ouderschap', *Strafblad* 2018/6 en M.J. Hornman en T. Bleeker, 'Algemeen deel: voorwaarden voor aansprakelijkheid', in: *Sanctionering van ondernemingen en bestuurders in het bestuursstrafrecht* (Jonge VAR-reeks 17), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 36. Zie in bevestigende zin: R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, par. 8.6; R. ter Haar, G.H. Meijer en A. Seuters/S.E. van den Brink en R. ter Haar, *Leerstukken Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 2.8; J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, par. III.1.4 en T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom juridisch 2022, hoofdstuk 3.

11 Zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (overzichtsarrest feitelijk leidinggeven).

12 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:246, JOR 2015/102.

13 De eerste zin van lid 3 is opgenomen in plaats van ook voor dat deel naar art. 5:1 lid 1 Sr te verwijzen, om niet automatisch de immuniteit voor de staat en deels de lagere overheid in het bestuursrecht te vestigen. De rechtspraak laat ook zien dat de overheid beboet kan worden (zie bijv. ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4168, AB 2010/185, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen).

Het oogmerk van dit preadvies is in de eerste plaats om een breed palet aan zorgplichtbepalingen in het financiële en economische bestuursrecht in kaart te brengen. In de tweede plaats wil ik waar mogelijk zowel de bestuursrechtelijke als civiele handhaving van die zorgplichtbepalingen bespreken. In de volgende twee hoofdstukken zal ik met het oog hierop ingaan op een aantal zorgplichtbepalingen die worden gehandhaafd door de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank N.V. (DNB), bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder b Awb. Ik zal daarbij niet alleen de invulling en handhaving van zorgplichten via het bestuursrecht behandelen, maar ook waar mogelijk aandacht geven aan de invulling van zorgplichten en handhaving via het burgerlijk recht. Er zijn namelijk veel relevante uitspraken van de burgerlijke rechter en van de Geschillencommissie van het Klachteninstituut financiële dienstverlening (Kifid) over bijvoorbeeld zorgvuldige advisering door financiële ondernemingen en over het spanningsveld waarin banken verkeren als het gaat om het zoeken van een balans tussen het tegengaan van witwassen en de maatschappelijke zorgplicht voor de toegang tot het betalingsverkeer. In dit verband doet zich ook de vraag voor of bepaalde zorgplichten beter kunnen worden gehandhaafd via het bestuursrecht of het privaatrecht, terwijl wellicht ook de verschillen tussen beide kolommen, als het gaat om het verbinden van gevolgen aan niet naleving van zorgplichten, interessant zijn.¹⁴

In de derde plaats wil ik met dit preadvies ook ingaan op de vraag hoe deze zorgplichten – die open normen vormen – zich verhouden tot de rechtszekerheid. Voor de vraag naar de bepaalbaarheid van de norm is het bijvoorbeeld relevant om vast te stellen of we te maken hebben met een publiekrechtelijke inspannings- of resultaatsverplichting.¹⁵ Voorts zal ik ingaan op de vraag of een en ander gevolgen zou kunnen of moeten hebben voor het in te zetten handhavingsinstrument. In de vierde plaats is het doel van dit preadvies om te onderzoeken hoe de normstelling zich verhoudt tot functioneel ouderschap, feitelijk leidinggeven en eventuele andere pleegvormen. Bij die toerekening zal voorts aandacht uitgaan naar mogelijke strafuitsluitingsgronden. Deze kwesties komen aan de orde in het vierde hoofdstuk. Daarin zal ik – ter vergelijking met de zorgplichten in hoofdstuk 3 en 4 – enige zorgplichtbepalingen bespreken die worden gehandhaafd door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA).¹⁶

14 Zie ook A.H. Scheltema en M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 101), Deventer: Kluwer 2009, hoofdstuk 4.

15 Bij de privaatrechtelijke invulling van zorgplichten gaat het steeds om de omstandigheden van het geval, zodat daar dit onderscheid niet of minder relevant lijkt. Het onderscheid tussen resultaatsverplichtingen en inspanningsverplichtingen maak ik dan ook uitsluitend in publiekrechtelijke zin.

16 Het onderscheid tussen originele bevoegdheden en mandaat laat ik hier verder rusten. Om de zaken niet onnodig te compliceren zal ik spreken over de NVWA als het handhavende bestuursorgaan.

Aan het slot van dit preadvies kom ik aan de hand van een conclusie (hoofdstuk 5) uiteraard tot wat stellingen, maar niet te veel, het gaat hier immers niet om een proefschrift.

2 Zorgplichten bij het verlenen van financiële diensten

2.1 Vooraf

Dit hoofdstuk gaat over een aantal gedragsnormen bij het verlenen van financiële diensten door beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners.¹⁷ Publiekrechtelijk zijn gedragsnormen neergelegd in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het daarop gebaseerde Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo). Daarbij geldt dat financiële dienstverleners niet mogen bemiddelen of adviseren in financiële instrumenten zoals effecten en derivaten, maar wel over premiepensioen, bepaalde verzekeringsproducten en (hypothecair) krediet. Beleggingsondernemingen kunnen juist wel bemiddelen en adviseren in financiële instrumenten, terwijl het individueel vermogensbeheer door beleggingsondernemingen ook zal zien op die instrumenten. Beide soorten financiële ondernemingen beschikken over een vergunning van de AFM. Voor banken, die zelf ook deze diensten verlenen, geldt voor deze activiteiten geen afzonderlijke vergunningplicht, maar geldt wel dat ook dan het gedragstoezicht bij de AFM ligt en niet bij de vergunningverlenende instantie (dat is de Centrale Europese Bank).

De zorgplicht van deze financiële ondernemingen volgt oorspronkelijk uit het verbintenissenrecht. Binnen het privaatrechtelijke kader gelden de volgende open normen: de zorgplicht van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW), de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) en (precontractueel) hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW). De wederpartij is gewoonlijk een consument, maar het kan ook gaan om een bedrijf of een professionele belegger. Een aantal ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de wetgever ervoor heeft gekozen om meer specifieke publiekrechtelijke gedragsvoorschriften op te nemen in de Wft en het BGfo. Te denken valt aan veranderde inzichten ten aanzien van de vraag of het de taak van de overheid is beleggers en consumenten te beschermen, het ontstaan van een interne Europese markt en het ontstaan van markten in derivaten die ertoe leiden dat met de inleg van een relatief klein bedrag grote risico's genomen kunnen worden, wat kan leiden tot onderdekking. Voorts werd aangenomen dat de open privaatrechtelijke normen onvoldoende duidelijk zijn en dat het privaatrecht onvoldoende effectief is. Zo zou het privaatrecht tekortschieten bij het redresseren van massale effecten van bepaalde

¹⁷ Ja, het gaat hier volgens de huidige wetgeving echt om één woord. Onder de vervallen Wet financiële dienstverlening werd het nog los geschreven.

financiële producten (denk aan effectenlease en woekerpolis).¹⁸ De Wft is ingevoerd in 2007 en sindsdien veelvuldig aangepast en uitgebreid. De wetgeving vormt grotendeels een omzetting van Unierecht, waaronder de opvolgende richtlijnen voor financiële instrumenten, te weten Richtlijn 2004/39/EG (MiFID I) en Richtlijn 2014/65/EU (MiFID II).

In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op een aantal zorgplichten voor beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners. Voor zover bestuursrechtelijke en civielrechtelijke rechtspraak voorhanden zijn over de uitleg van deze bepalingen zal ik die daarbij bespreken. Aan het slot van dit hoofdstuk komt de handhaving van die zorgplichten via het bestuurs- en het privaatrecht aan de orde. Daarbij merk ik alvast op dat de wetgever geen automatische doorwerking van publiekrechtelijke normen in het privaatrecht voor ogen heeft gehad en ook omgekeerd geen dergelijke doorwerking heeft beoogd. Uit de artikelen 1:23 lid 1 en 1:75 lid 3 Wft volgt namelijk enerzijds dat de rechtsgeldigheid van een privaatrechtelijke rechtshandeling die is verricht in strijd met deze wetgeving niet om die reden aantastbaar is, tenzij dit wel expliciet is bepaald, en anderzijds dat een aanwijzing door de toezichthouder¹⁹ aan een financiële onderneming om een bepaalde gedragslijn te volgen, niet strekt tot aantasting van overeenkomsten tussen die onderneming en derden.

2.2 Advisering, individueel vermogensbeheer, overkreditering en execution only

Artikel 4:23 Wft is wellicht de bekendste zorgplichtbepaling in de Wft.²⁰ Dit artikel luidt:

‘1. Indien een financiële onderneming een consument of, indien het een financieel instrument of verzekering betreft, cliënt adviseert of een individueel vermogen beheert:

a. wint zij in het belang van de consument onderscheidenlijk de cliënt informatie in over diens financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid, voorzover dit redelijkerwijs relevant is voor haar advies of het beheren van het individuele vermogen;

18 Zie over het voorgaande C.M. Grundmann-van de Krol, *Het effectenrecht tussen publiek- en privaatrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002; C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Deel I Algemene nationale en Europese aspecten, toezicht en handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2022 (zesde druk), p. 48 en A.H. Scheltema en M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht* (Preadvisies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 101), Deventer: Kluwer 2009, hoofdstuk 4.

19 Ik gebruik hier de term toezichthouder als synoniem voor bestuursorgaan (zie ook de definitie in art. 1:1 Wft). Het gaat dus niet om personen die zijn belast met nalevingstoezicht als bedoeld in art. 5:11 Awb.

20 Zie daarover meer uitgebreid R. Stijnen, ‘De zorgplicht van artikel 4:23 Wft: geschikte financiële dienstverlening’ in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011.

b. draagt zij er zorg voor dat haar advies of de wijze van het beheer van het individueel vermogen, voorzover redelijkerwijs mogelijk, mede is gebaseerd op de in onderdeel a bedoelde informatie; (...).’

Artikel 4:23 Wft is ten dele een omzetting van artikel 25 MiFID II. In artikel 54 Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 is verduidelijkt dat de informatie over de financiële situatie van de cliënt of potentiële cliënt, voor zover van toepassing, gegevens bevat over de bron en omvang van diens periodieke inkomsten, diens vermogen, waaronder liquide middelen, beleggingen en onroerend goed, en diens financiële verplichtingen. En dat de informatie over de beleggingsdoelstellingen van de cliënt of potentiële cliënt, voor zover van toepassing, gegevens bevat over de duur van de periode waarin deze de belegging wenst aan te houden, diens voorkeur wat betreft het nemen van bepaalde risico’s, diens risicoprofiel en de bedoeling van de belegging. Welke informatie (naast die over kennis en ervaring) moet worden ingewonnen lijkt me dus wel duidelijk.

Begin 2015 heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) zich in twee boetezaken uitgelaten over de onderdelen a en b en de verhouding tussen beide onderdelen.²¹ Het CBB oordeelde dat de bewijslast, gelet op het vermoeden van onschuld, op de AFM rust, maar gelet op de in het BGfo opgenomen bewaarplicht voor de financiële onderneming²² mag de AFM, behoudens tegenbewijs, er in beginsel van uitgaan dat de onderneming haar advies niet heeft gebaseerd op andere dan de in het klantendossier beschikbare informatie.²³ Verder overwoog het CBB dat artikel 4:23 lid 1 Wft een tweetal duidelijk van elkaar te onderscheiden elementen van een behoorlijke uitvoering van de adviestaak identificeert door zowel de verplichting op te leggen tot het inwinnen van informatie als de verplichting om deze informatie vervolgens te gebruiken. In de tweede uitspraak voegde het CBB hieraan toe dat in de praktijk beide elementen toch vaak door elkaar lopen, omdat nadere vragen over de voor advisering benodigde informatie in iedere fase van het adviseringsproces kunnen (en behoren) op te komen en dan tot aanvullende informatie-inwinning moeten leiden. Artikel 4:23 lid 1 Wft identificeert aldus elementen van een behoorlijke uitvoering van de adviestaak. Als niet aan al die elementen voldaan wordt, is de taak niet naar behoren uitgevoerd en kan een boete worden opgelegd. Ten slotte volgt uit deze uitspraken dat de financiële dienstverleners in kwestie niet mochten uitgaan van aannames omtrent het kennisniveau en de financiële positie, maar de consumenten daarover moesten bevragen. Ook moesten zij doorvragen voor zover de consument met betrekking tot bijvoorbeeld doelstellingen en risicobereidheid tegenstrijdige antwoorden lijkt te geven.

21 CBB 23 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:16, RF 2015/44 en CBB 20 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:49, RF 2015/54.

22 De bewaarplicht is inmiddels vijf jaar (art. 32d en 35 BGfo). Art. 2:10 BW gaat echter uit van zeven jaar. Beide termijnen kunnen een ander startmoment hebben afhankelijk van de vraag of sprake is van eenmalig advies of een voortdurende zorgplicht gedurende de looptijd van een product.

23 Een gebrek kan niet later worden hersteld, aldus CBB 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:366, AB 2021/187, m.nt. R. Stijnen (bestuurder Amstel Capital Management), r.o. 11.3.2.

Het doel van artikel 4:23 lid 1 Wft is dat de consument of cliënt een advies krijgt dat hem in staat stelt te kiezen voor een voor hem geschikt financieel product, dan wel dat sprake is van een wijze van vermogensbeheer die geschikt is voor de cliënt.²⁴ In een reeks uitspraken had de rechtbank Rotterdam overwogen dat bij de vraag of de financiële onderneming aan haar in onderdeel b geformuleerde zorgplicht heeft voldaan, te weten het geven van een geschikt advies, niet als maatstaf dient te worden gehanteerd of het advies naar het oordeel van de toezichthouder het best mogelijke advies is, maar of gelet op de voorhanden gegevens als bedoeld in onderdeel a van dat artikellid het advies – naar objectieve maatstaven – in redelijkheid kon worden gegeven.²⁵ Bij beleggingsbeheer zal naar ik aanneem dezelfde maatstaf gelden.²⁶ Gaat het hier om garantieverplichtingen? Ook indien beide onderdelen van artikel 4:23 lid 1 Wft zijn nageleefd, lijkt dat nog geen garantie op te leveren dat het advies of de wijze van beleggen daadwerkelijk geschikt zijn. De Wft legt aan de consument of cliënt namelijk geen verplichting op om uit eigen beweging of op verzoek (de juiste) inlichtingen te verstrekken aan de financiële onderneming.²⁷ In artikel 54 Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 is in dit verband bepaald dat beleggingsondernemingen alle redelijke maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de over hun cliënten of potentiële cliënten ingewonnen informatie betrouwbaar is. Zo zullen zij volgens die bepaling in voorkomend geval stappen moeten ondernemen om de consistentie van de cliëntgegevens te waarborgen, door bijvoorbeeld na te gaan of de door de cliënten verstrekte informatie geen evidente onjuistheden bevat. Gelet op een en ander meen ik dat artikel 4:23 lid 1 onder a Wft een inspanningsverplichting vormt. Onderdeel b zou men kunnen kwalificeren als resultaatsverplichting, maar dan wel een die afhankelijk is van de verkregen inlichtingen. Ik noem dit een gemengde verplichting. In de civiele rechtspraak wordt uiteraard wel naar het gedrag van de consument of cliënt gekeken, bij de vraag of de financiële onderneming tekort is geschoten in de advisering of het beleggingsbeheer.²⁸ Voorts kunnen diens gedragingen en kennisniveau een rol spelen bij de toerekening.²⁹ De financiële (bestuurs)wetgeving richt zich – zoals gezegd – eenzijdig tot de verplichtingen van de financiële onderneming.

24 In de MiFID II, de Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565, de Wft en het BGfo wordt gesproken over geschiktheid en (periodieke) geschiktheidsverklaring. Zie ook C.M. Grundmann-van de Kroel, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Deel IV Beleggingsondernemingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021 (vijfde druk), hoofdstuk 6. Ik ga hier verder voorbij aan het onderscheid tussen onafhankelijk en afhankelijk advies (zie art. 58a BGfo).

25 Bijv. Rb. Rotterdam 9 juni 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8039, JOR 2011/292, m.nt. F.M.A. 't Hart en Rb. Rotterdam 23 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1507. Zie ook de wenk bij Cbb 6 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:42, RF 2014/37. Uit die uitspraak volgt dat niet maatgevend is of de cliënten tevreden waren met de aan hen gegeven adviezen. Zie voorts Cbb 26 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, JOR 2017/296, m.nt. S.M.C. Nuijten (hypotheekadviseur).

26 De verplichting van best execution in art. 4:90a Wft ziet op wat anders, namelijk op het voor de cliënt optimaal uitvoeren van een order; dat ziet niet op de vraag welke order wordt uitgevoerd.

27 Zie ook F.M.A. 't Hart en C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument. Preadvisie voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006*, Deventer: Kluwer 2006, p. 46-47.

28 Hof Amsterdam 13 april 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN4092, RF 2011/3.

29 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Bourgonje).

Artikel 4:34 Wft ziet op het tegengaan van overkreditering.³⁰ De zorgplicht ter voorkoming van overkreditering is mede gebaseerd op Richtlijn 2008/48/EG inzake Consumentenkrediet. Deze zorgplicht richt zich tot aanbieders van krediet, dat zijn meestal banken. De bank of de tussenpersoon zal ook bij advisering rekening moeten houden met die norm. Uit het eerste lid van artikel 4:34 Wft volgt de zorgplicht van de aanbieder om in het belang van de consument informatie in te winnen over diens financiële positie en ter voorkoming van overkreditering van de consument te beoordelen of het aangaan van de overeenkomst verantwoord is. De financiële onderneming is ook hier afhankelijk van wat de consument haar meedeelt, zij het dat hier kan worden verlangd dat de consument bewijs levert over zijn middelen en schulden. Daar komt bij dat door banken kredietregistraties worden bijgehouden die zij moeten raadplegen (art. 4:32 Wft en art. 114 BGfo). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de verwerking van persoonsgegevens door een kredietinstelling door middel van een individuele registratie in het Centraal Krediet Informatie Systeem van de Stichting Bureau Kredietregistratie (BKR), moet worden getoetst aan artikel 6 lid 1 onder f Verordening (EU) 2016/679 (Algemene verordening gegevensbescherming; AVG).³¹ Dit betekent dat per geval de noodzaak van de registratie moet worden beoordeeld.³²

Juist omdat de wetgever bij het in het tweede lid van artikel 4:34 Wft neergelegde verbod³³ aan aanbieders van krediet om overeenkomsten aan te gaan die leiden tot overkreditering destijds niet nader heeft bepaald wanneer sprake is van overkreditering, dienden aanbieders zelf criteria vast te leggen (art. 115 BGfo), wat voor hypothecair krediet is gebeurd met de Gedragscode Hypothecair Financiers (GHF).³⁴ Daarbij gold voor de kredietverleners de norm 'comply or explain' bij de toepassing of afwijking van de GHF.³⁵ Bij naleving van de GHF-normen kon de AFM geen overtreding vaststellen,³⁶ maar bij niet-naleving had de aanbieder wel iets uit te leggen.³⁷ Op 1 januari 2013 is de Tijdelijke regeling hypothecair krediet van kracht geworden. Daarin is onder meer bepaald dat een aanbieder van hypothecair krediet uitgaat van een toetsinkomen bij het bepalen van het maximale hypothecair krediet. In artikel 4 is bepaald dat de aanbieder in individuele gevallen mag afwijken van de vastgestelde hypotheeknormen, op voorwaarde dat hij kan aantonen dat het verstrekken van het hypothecair krediet in een concreet geval verantwoord is. De norm 'comply or explain' is dus nog steeds van toepassing, met

30 Zie daarover H.T. van de Erve, 'Zorgplicht en de verplichting tot het voorkomen van overkreditering', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011 en O.O. Cherednychenko en J.-M. Meindersma, 'Verantwoorde kredietverstrekking aan consumenten in een multilevel governancestelsel', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2014/4, p. 181-191.

31 HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1814, RF 2022/66 (Hoist Finance).

32 Zie ook eerder HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8097, NJ 2011/595, m.nt. E.J. Dommering (Santander).

33 Een contracteerverbod voldoet aan art. 18 lid 5 Richtlijn 2014/17/EU inzake hypothecair krediet.

34 Voor consumptief krediet gelden ook gedragscodes voor banken en voor ander kredietgevers.

35 Kamerstukken II 2005/06, 29507, nr. 35.

36 CBB 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, JOR 2013/280, m.nt. J.M. van Poelgeest.

37 CBB 28 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:260, JOR 2014/41, m.nt. F.M.A. 't Hart.

dien verstande dat voor hypothecair krediet vrij nauwkeurig is bepaald waarmee de aanbieder rekening moet houden.³⁸ Het voorgaande laat onverlet dat in burgerlijke zaken desgevraagd wel beoordeeld zal worden of in een concreet geval sprake is van overkreditering, bijvoorbeeld omdat de kredietverlener te veel is uitgegaan van toekomstige te verwachten positieve gebeurtenissen,³⁹ of wanneer hij onvoldoende informatie heeft ingewonnen en niet heeft gewaarschuwd voor overkreditering.⁴⁰ Ik wil nog wel aannemen dat het in het tweede lid neergelegde verbod op overkreditering een resultaatsverplichting inhoudt, maar wel een waarin in essentie de beroepsgroep zelf bepaalt wanneer aan die norm is voldaan.⁴¹ Bovendien zal het eerste lid toch wellicht een inspanningsverplichting inhouden.⁴² Ook hier dus een gemengde zorgplicht.

Uit artikel 4:20 Wft volgt dat een financiële onderneming de cliënt informatie geeft voor zover dit redelijkerwijs relevant is voor een adequate beoordeling van die dienst of dat product, ook gedurende de looptijd van het product. Deze verplichting geldt zowel bij advisering als bij *execution only*. In het laatste geval is geen sprake van advisering, maar bijvoorbeeld van het doorgeven van orders. Uit artikel 4:24 Wft en daarop gebaseerde regels volgt dat wanneer een financiële onderneming op basis van *execution only* financiële diensten verleent, zij niettemin informatie inwint over de kennis en ervaring van de klant, opdat zij kan beoordelen of deze dienst of dat product passend is voor de klant.⁴³ Verder volgt uit artikel 4:24 Wft dat de financiële onderneming de klant waarschuwt indien de financiële dienst voor hem of haar niet passend is en ook waarschuwt als de klant te weinig informatie heeft verstrekt om tot die beoordeling te komen. De artikelen 4:20 en 4:24 Wft zijn net als het hiervoor genoemde artikel 4:34 niet letterlijk als zorgplichtbepalingen geformuleerd, maar de wetgever ziet de Wft-bepalingen die zien op specifieke informatieverplichtingen en verplichtingen die tot doel hebben te toetsen of er een goede match is tussen een dienst of product en een cliënt (de ken-uw-client-verplichting en de kredietwaardigheidstoets) als zorgplichtnormen.⁴⁴ Dat is niet zo vreemd, want groten-deels gaat het om open normen, waarbij de financiële onderneming een bepaalde zorg richting consument of cliënt in acht moet nemen.

Het CbB oordeelde in een boetezaak dat SNS Bank zich onder meer schuldig had gemaakt aan overtreding van de artikelen 4:20 en 4:24 Wft.⁴⁵ De bank had

38 Zie ook de toelichting bij de Tijdelijke regeling hypothecair krediet (Strt. 2013, 26433).

39 CvB Kifid 6 april 2017, 2017-013, RF 2017/75.

40 HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, RF 2019/12 (*Hypinvest*).

41 Dit is ietwat gechargeerd. Het kan immers zo zijn dat een gedragscode op ontoereikende wijze invulling geeft aan een wettelijke norm. Zie vooral CbB 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285, r.o. 12.4.

42 Het komt bijvoorbeeld voor dat consumenten documenten valselen met het oog op het verkrijgen van een krediet. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 10 mei 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:732, RF 2022/60 en GFD 20 november 2020, nr. 2020-937, RF 2021/15.

43 Deze verplichting geldt niet bij het doorgeven van orders zonder bijkomende nevendienst, bij transacties op initiatief van de cliënt of bij niet-complexe financiële instrumenten.

44 Kamerstukken II 2006/07, 31086, nr. 3, p. 10.

45 CbB 17 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:249, RF 2014/86 (SNS Bank).

weliswaar in het kader van haar *execution only*-dienstverlening algemene informatie verstrekt over het financiële instrument, maar zij kon ten aanzien van deze ‘niet-geregistreerde buitenlandse beleggingsfondsen’ daarmee niet volstaan en had meer (specifieke) informatie moeten verstrekken ten aanzien van de risico’s van deze beleggingsfondsen. Gelet op de complexiteit van de vijf fondsen en de daaraan verbonden bijzondere risico’s, alsook de omstandigheid dat op die fondsen geen adequaat toezicht wordt gehouden, kan in dit geval niet worden volgehouden dat het verstrekken van louter algemene informatie over beleggingsfondsen voldoende is om aan de verplichting van artikel 4:20 lid 1 Wft te voldoen. Voorts had de bank geen informatie over haar cliënten ingewonnen. Artikel 4:20 Wft lijkt me zonder meer een resultaatsverplichting. Gegevens die redelijkerwijs relevant zijn moeten op basis daarvan aan de cliënt worden verstrekt. Het lijkt daarentegen bij artikel 4:24 – net als bij de artikelen 4:23 en 4:34 Wft – te gaan om een gemengde verplichting.

Ten aanzien van een bepaling als artikel 4:90a Wft, dat ziet op *best execution* (wat betekent dat een order in een financieel instrument zo gunstig mogelijk moet worden uitgevoerd voor de cliënt), kan men twijfelen. Enerzijds schrijft die norm voor dat het individueel beste resultaat voor de cliënt wordt geboekt bij het uitvoeren van een order. Anderzijds wordt gesproken van het treffen van adequate maatregelen met het oog daarop. Hoewel de term ‘beste resultaat’ veelvuldig valt in de memorie van toelichting bij de implementatie van MiFID I in de Wft, wordt daarin – bijna zijdelings – gesproken over de inspanningsverplichting van beleggingsondernemingen dienaangaande.⁴⁶ Voorts is die memorie van toelichting verhelderend over het toezicht op de *best execution*-verplichting.

‘Het ligt voor de hand dat de AFM bij haar werkzaamheden als uitgangspunt neemt dat beleggingsondernemingen zelf het beste in staat zijn een orderuitvoeringsbeleid te formuleren dat bij toepassing daarvan tot het beste resultaat voor hun cliënten moet leiden, hen ruimte moet worden gelaten om het orderuitvoeringsbeleid af te stemmen op hun producten, klanten en bedrijfsprocessen en dat de AFM dus enigszins terughoudend zal zijn in de inhoudelijke toetsing van het orderuitvoeringsbeleid.’⁴⁷

Uit een prejudiciële beslissing van de Hoge Raad volgt dat het onderscheid tussen het op *execution only*-basis doorgeven van orders en advisering flinterdun is.⁴⁸ De Hoge Raad overwoog namelijk dat ook als niet wordt vastgesteld dat de tussenpersoon de afnemer een aanbeveling heeft gedaan die berust op een afweging van diens persoonlijke omstandigheden, de mogelijkheid bestaat dat de tussenpersoon toch een gepersonaliseerde aanbeveling heeft gedaan, namelijk een aanbeveling die is voorgesteld als geschikt voor de betrokken afnemer. Hoewel een zodanige niet op een afweging van persoonlijke omstandigheden berustende aanprijzing

46 Kamerstukken II 2006/07, 31086, nr. 3, p. 47.

47 Kamerstukken II 2006/07, 31086, nr. 3, p. 147.

48 HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862, AB 2022/328, m.nt. R. Stijnen.

onder omstandigheden mogelijk ook als een ‘verkooppraatje’ kan worden gekarakteriseerd, gaat de tussenpersoon daarmee niettemin de reikwijdte van zijn vrijstelling te buiten.

2.3 Enige andere zorgplichten voor financiële ondernemingen

De artikelen 4:90 en 4:24a Wft bevatten zogenoemde generieke zorgplichten voor respectievelijk beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners. Op grond van artikel 4:90 zet een beleggingsonderneming zich bij het verlenen van beleggingsdiensten of nevendiensten op eerlijke, billijke en professionele wijze in voor de belangen van haar cliënten, handelt zij ook bij het verrichten van beleggingsactiviteiten eerlijk, billijk en professioneel en onthoudt zij zich van gedragingen die schadelijk zijn voor de integriteit van de markt. De verplichtingen die voor beleggingsondernemingen voortkomen uit de artikelen 4:20, 4:23 en 4:24 Wft kunnen volgens de regering worden gelezen als een uitwerking van deze algemene zorgvuldigheidswaarde.⁴⁹ In de voornoemde zaak van SNS bank oordeelde het CBB dat zij door het bundelen van individuele orders, zodat enkele cliënten die niet voldeden aan de toetredingseisen van beleggingsfondsen, toch aan die fondsen konden deelnemen en door het op de inschrijfformulieren van enkele cliënten aangeven dat zij vermogend zijn zonder dit na te trekken, afbreuk heeft gedaan aan de algemene zorgplicht, zoals opgenomen in artikel 4:90 lid 1 Wft.⁵⁰ Op grond van artikel 4:24a Wft neemt een financiële dienstverlener op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument in acht en handelt hij bij advisering in het belang van de consument. De rechtbank Amsterdam overwoog in zaken tussen rekeninghouders en hun bank over frauduleuze betalingstransacties dat indien specifieke regels uit de Wft niet van toepassing zijn, de zorgplichtbepaling van artikel 4:24a Wft kan fungeren als vangnetbepaling.⁵¹ Dat die vangnetbepaling pas per 1 januari 2014 in de Wft is opgenomen en derhalve niet gold in de relevante periode, laat volgens de rechtbank onverlet dat de wetgever met deze open norm geen uitgebreidere zorgplicht heeft beoogd dan de reeds bestaande civielrechtelijke zorgplicht, die ook kan worden gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, de zorg van een goed opdrachtnemer en de algemene bankvoorwaarden. De zorgplicht van de bank in dit verband houdt derhalve in dat zij, zoals in artikel 4:24a Wft staat, rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van haar rekeninghouder. In de voorliggende gevallen was deze vangnetbepaling niet geschonden door de bank. Ik denk dat deze generieke zorgplichten geheel of grotendeels inspanningsverplichtingen zijn.

49 Kamerstukken II 2006/07, 31086, nr. 3, p. 133.

50 CBB 17 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:249, RF 2014/86 (SNS Bank). Zie ook Rb. Rotterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6328, RF 2020/101 (DeGiro) over het verschillend behandelen van (soorten) cliënten.

51 Rb. Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9493, NJF 2016/86 en Rb. Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2984, RF 2019/25. Zie ook HR 10 juli 2020, ECLI:NL:HR:2020:1276, RF 2020/66 (overdracht vordering Lanschot), r.o. 4.35.

Uit artikel 4:11 Wft volgt dat een financiële onderneming een adequaat beleid voert dat een integrale uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Hieronder wordt verstaan dat wordt tegengegaan dat de financiële onderneming of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden. Voor beleggingsondernemingen komt daar nog bij dat wordt tegengegaan dat andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers worden verricht die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad. We zien hier een civiele zorgplicht in een bestuursrechtelijk jas.⁵² Uit de artikelen 4:14 en 4:15 Wft volgt dat beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners de bedrijfsuitoefening zodanig inrichten dat deze een beheerste en integrale uitoefening van hun bedrijf waarborgt. De hoofdstukken 4 en 5 van het BGfo bevatten andere regels daarover. Zo zullen beleggingsondernemingen moeten beschikken over een organisatieonderdeel dat is belast met de compliancefunctie, dat is een onderdeel dat onder meer ziet op de naleving van wet- en regelgeving.⁵³ Een beleggingsonderneming beschikt verder onder meer over procedures en maatregelen met betrekking tot de acceptatie van cliënten. Deze procedures en maatregelen hebben betrekking op risicoclassificaties ten aanzien van cliënten, producten of diensten. Voor financiële dienstverleners die alleen als tussenpersoon fungeren, gelden beperkte eisen. Wel zullen zij net als andere financiële ondernemingen risico's vastleggen, passende maatregelen nemen en incidenten aan de AFM moeten melden. Er lijkt al met al wat overlap te bestaan tussen enerzijds artikel 4:11 en anderzijds de artikelen 4:14 en 4:15 Wft (wat ook volgt uit de indeling van het BGfo).⁵⁴ Het lijkt hier te gaan om inspanningsverplichtingen.⁵⁵ Zie in dit verband ook de artikelen 24 en 29 BGfo, waaruit volgt dat beleggingsondernemingen en financiële dienstverleners naar aanleiding van een incident passende maatregelen nemen, die gericht zijn op het beheersen van de opgetreden risico's en het voorkomen van herhaling.

Wat wellicht het belangrijkste onderscheid is tussen artikel 4:11 en anderzijds de artikelen 4:14 en 4:15 Wft, is dat de laatstgenoemde bepalingen ook zien op de beheerste bedrijfsuitoefening. Voor een beleggingsonderneming gelden bijvoorbeeld ook prudentiële eisen. Onder beheerste bedrijfsuitoefening valt voorts het

52 In Cbb 4 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:273, RF 2017/6 (*Optieclub*) zag de rechter geen grond voor het oordeel dat het door Optieclub aanbieden van binaire opties is aan te merken als een 'onmiskenbare schending' van de maatschappelijke norm die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan schaden. Hierbij speelde mee dat de AFM niet de bevoegde autoriteit is om een overtreding van de Wet op de kansspelen vast te stellen, maar de Kansspelautoriteit.

53 Zie daarover uitgebreid M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (derde druk).

54 In de praktijk wordt overtreding van art. 4:11 Wft mede gebaseerd op de overtreding van art. 4:14 of 4:15 Wft. Zie bijvoorbeeld Cbb 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:366, AB 2021/187, m.nt. R. Stijnen (*bestuurder Amstel Capital Management*).

55 Vergelijk Cbb 16 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:346 (*Hack KPN*), die in hoofdstuk 4 wordt besproken.

productontwikkelings- en distributieproces van financiële ondernemingen (art. 32 tot en met 32c BGfo). De AFM houdt aldus ook toezicht op een stap die voorafgaat aan advisering of *execution only*-dienstverlening. Financiële ondernemingen zullen zich volgens Femke de Vries, bestuurslid van de AFM, moeten afvragen voor wie het product geschikt is en onder welke omstandigheden het geschikt is. ‘Wat als de rente daalt of stijgt, is het dan nog steeds geschikt?’⁵⁶ Ik hou het erop dat het ook hier gaat om inspanningsverplichtingen, want je kunt hoogstens voorspellen of een bepaald product geschikt zal zijn voor een consument of een groep consumenten.

Bij de vaststelling of een beheerste en integere bedrijfsuitoefening wordt gewaarborgd kijkt de AFM niet alleen naar de naleving van de Wft. Er wordt ook gekeken naar de naleving van de antiwitwaswetgeving,⁵⁷ sanctieregelgeving en de Wet handhaving consumentenbescherming. Indien structureel regels worden overtreden, dan is kennelijk geen sprake van (beleid gericht op) het waarborgen van een beheerste en integere bedrijfsuitoefening. Te denken valt aan overtreding van het provisieverbod, het niet naleven van de beloningsregels, het hebben van onbetrouwbare of niet aangemelde beleidsbepalers, geen adequate klachtenbehandeling, het onvoldoende identificeren van cliënten met het oog naleving van artikel 4:23 Wft en antiwitwaswetgeving, het niet op orde hebben van de compliancefunctie, agressieve handelspraktijken of misleidende informatie. Naarmate het gaat om meer en structurele tekortkomingen zal de overtreding van de artikelen 4:11 en 4:14 of 4:15 Wft in beeld komen.⁵⁸

2.4 Handhaving via het bestuursrecht

Voor de AFM vormt zorgvuldige financiële dienstverlening een voortdurend punt van aandacht. Op de website van de AFM is veel informatie – of zo men wil *guidance* – te vinden met betrekking tot financiële dienstverlening. De AFM heeft naar hypotheekadvisering en beleggingsverzekeringen onderzoek gedaan en daarover rapporten uitgebracht in 2007 en 2008.⁵⁹ In die rapporten heeft de AFM een groot aantal tekortkomingen in de advisering in deze producten vastgesteld. Nadien is de AFM nieuwe onderzoeken gestart. Zo is in 2010 een vervolgrapport uitgebracht over hypotheekadvisering. De AFM stelt in haar rapport *Stand van zaken hypotheekadviespraktijk in Nederland* dat de kwaliteit van het hypotheekadvies zichtbaar is verbeterd, maar dat de aard en omvang van de gerealiseerde veranderingen een oproep zijn

⁵⁶ Jeppe Kleijngeld, *AccountantWeek* 12 oktober 2016.

⁵⁷ Daarover gaat het volgende hoofdstuk.

⁵⁸ Bijvoorbeeld CbB 18 oktober 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU3246, RF 2012/2 (WSM); CbB 26 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, JOR 2017/296, m.nt. S.M.C. Nuijten (*hypotheekadviseur*); CbB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, AB 2018/41, m.nt. R. Stijnen (*Geldshop*); CbB 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:496, AB 2020/92, m.nt. R. Stijnen (*Visie*); CbB 30 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:419, RF 2020/77 (*Today's Tomorrow*) en CbB 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:366, AB 2021/187, m.nt. R. Stijnen (*bestuurder Amstel Capital Management*).

⁵⁹ Zie daarover R. Stijnen, ‘De zorgplicht van artikel 4:23 Wft: geschikte financiële dienstverlening’, in: R. Stijnen en R. Kruidijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011.

voor de noodzakelijke verdere verbetering. Uit ander onderzoek komt naar voren dat banken tekortschieten in het informeren van klanten over beleggingsrisico's. Een klant die heeft gekozen voor het risicoprofiel 'zeer defensief' kan net zoveel risico lopen als iemand met het profiel 'zeer offensief', soms zelfs bij dezelfde vermogensbeheerder, blijkt uit onderzoek gepubliceerd in economenvakblad ESB.⁶⁰ Na de eerste rapporten is de AFM tot handhaving overgegaan. Het gaat om aanwijzingen, lasten onder dwangsom en bestuurlijke boetes (art. 1:75, 1:79 en 1:80 Wft). Aanwijzingen en sancties worden in beginsel gepubliceerd (art. 1:97 Wft).⁶¹ De verwachting is dat daar een generaal preventieve werking van uitgaat. De AFM handhaaft bepalingen als artikel 4:23 Wft inmiddels veelal indirect door een handhavingsbesluit te nemen wegens het niet waarborgen van de beheerste en integere bedrijfsuitoefening, wat aan het slot van de vorige paragraaf is besproken. Bij voortdurende tekortkomingen wordt de vergunning ingetrokken (art. 1:104 Wft).⁶² Ook toetst de AFM beleidsbepalers op geschiktheid en betrouwbaarheid (art. 4:9 en 4:10 Wft). Toezichtantecedenten kunnen voor hen negatief uitpakken. Indien de beheerste en integere bedrijfsuitoefening van een financiële onderneming in het geding is, dan is het voor de beleidsbepalers gewoonlijk ook einde oefening.⁶³

Omdat de AFM is belast met publiekrechtelijk toezicht, dient zij zich niet te richten op de belangen van individuele consumenten, maar dient zij haar handhaving te richten op verboden praktijken die in beginsel dossieroverstijgend zijn. Dit uitgangspunt zien we bijvoorbeeld ook terug in de handhaving van het consumentenrecht. Pas wanneer sprake is van schade aan de collectieve belangen van consumenten – dat wil zeggen daadwerkelijke of mogelijke schade aan de belangen van een aantal consumenten – zijn de autoriteiten bevoegd tot handhaving (zie art. 3:1 in verbinding met art. 1:1 Wet handhaving consumentenbescherming). Genoemd uitgangspunt ligt voorts besloten in de in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk genoemde artikelen 1:23 lid 1 en 1:75 lid 3 Wft. De AFM grijpt gewoonlijk pas in wanneer zij in meerdere klantdossiers tekortkomingen constateert.⁶⁴ Een uitzondering is mogelijk als in één dossier structurele tekortkomingen naar voren komen die iets zeggen over de bedrijfsuitoefening.⁶⁵ Zonder een specifieke wettelijke grondslag is

60 Zie daarover FD 26 juli 2022: 'Particuliere beleggers lopen groter risico dan banken voorspiegelen'.

61 Zie over handhaving met name S.M.C. Nuijten en R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses* (Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 155), Deventer: Wolters Kluwer 2018 en C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Deel I Algemene nationale en Europese aspecten, toezicht en handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2022 (zesde druk), hoofdstuk 6.

62 Bijvoorbeeld Cbb 15 oktober 2019, ECLI:NL:CBB:2019:496, AB 2020/92, m.nt. R. Stijnen (Visie).

63 Zie eerder ook R. Stijnen, '(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid', in: D.R. Doorenbos en M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw*, Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk 18. Zie echter ook Rb. Rotterdam 16 september 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11948.

64 Zie bijvoorbeeld Cbb 6 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:42, RF 2014/37.

65 Voorbeelden zijn te vinden in het volgende hoofdstuk. Zie voorts over een onjuiste bedrijfsopzet Cbb 30 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:419, RF 2020/77 (*Today's Tomorrow*).

de AFM – gelet op het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht – niet bevoegd om over te gaan tot een vorm van handhaving die erop is gericht dat individuele beleggers en consumenten gecompenseerd worden door financiële ondernemingen die hun zorgplichten jegens hen niet hebben nageleefd. Alleen de burgerlijke rechter is bevoegd om tot feitelijke betaling te verplichten.⁶⁶ Deze scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht brengt voorts met zich dat de toezichthouder niet kan gelasten dat een onderneming consumenten of cliënten bericht dat de onderneming een overtreding heeft begaan en dat de consumenten of cliënten zich gelet hierop kunnen beraden op hun positie.⁶⁷ Om dezelfde reden zal een toezichthouder in een persbericht bij de publicatie van een sanctiebesluit niet mogen vermelden dat gedupeerden het sanctiebesluit kunnen gebruiken in een juridische procedure tegen de overtreder.⁶⁸ Dit laat onverlet dat een gedupeerde een handhavingsbesluit of enig andere beoordeling van de AFM kan inbrengen in een civiele procedure.⁶⁹ Ook kunnen belanghebbenden als bedoeld in artikel 1:2 lid 1 en lid 3 Awb met een handhavingsverzoek trachten de toezichthouder te bewegen handhavend op te treden.⁷⁰

Het voorgaande laat voorts onverlet dat de AFM een aanwijzing of last kan geven die tot gevolg heeft dat lopende overeenkomsten moeten worden opgebroken. Te denken valt aan een set overeenkomsten die tezamen genomen een financiële dienst oplevert die alleen op basis van een vergunning mag worden verleend, terwijl de financiële onderneming in kwestie daar niet over beschikt (en die ook niet zal kunnen krijgen). Artikel 1:75 lid 1 Wft staat daaraan niet in de weg volgens het CBB, want die bepaling ziet op het aantasten van overeenkomsten, wat ziet op de nietigheid of vernietiging daarvan en niet op een aanwijzing die tot gevolg heeft dat lopende overeenkomsten naar de toekomst toe opgebroken zullen moeten worden.⁷¹ En hoewel ik zonet schreef dat de AFM geen schadevergoedingsverplichting zal mogen opleggen aan een overtreder, mag de AFM wel bij de inzet en afstemming van een bestuurlijke boete rekening houden met het ‘uit eigen beweging’ compenseren van benadeelden (zie in dit licht ook art. 1b onder b en c Besluit bestuurlijke

66 Vergelijk HvJ EU 17 maart 2016, ECLI:EU:C:2016:187, *RvdW* 2016/776 (Ruijsenaars en Jansen); ABRvS 3 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3221, *AB* 2018/440, m.nt. C.N.J. Kortmann en CBB 13 juli 2006, ECLI:NL:CBB:2006:AY3826.

67 Rb. Rotterdam (vzr.) 28 januari 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AS4473, *JOR* 2005/68, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol; Rb. Rotterdam (vzr.) 5 april 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT3564, *JOR* 2005/126, m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en Hans Peters en Rb. Rotterdam (vzr.) 4 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:8232.

68 Rb. Rotterdam (vzr.) 5 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5030.

69 Zie daarover HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, *RF* 2010/13 (*World Online*), r.o. 4.38.2 en HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862, *AB* 2022/328, m.nt. R. Stijnen.

70 Zie bijvoorbeeld CBB 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7748, *RF* 2012/60 (*Arcelor-Mittal*) en CBB 28 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:343, *RF* 2022/67 (*Vereniging Eigen Huis*). Ten aanzien van een particulier wordt in dit verband niet snel aangenomen dat die rechtstreeks wordt getroffen in een persoonlijk belang (Rb. Rotterdam 19 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2554, *RF* 2021/54, r.o. 4.2).

71 CBB 7 april 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ0538, *RF* 2011/51 (*Investerra*) en CBB 15 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:66, *JOR* 2013/307 (*Grond en Vastgoed Specialist*). Zie voorts Rb. Rotterdam 19 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:2554, *RF* 2021/54.

boetes financiële sector en het Handhavingsbeleid van de AFM en DNB, oktober 2020, onder factoren).

Enige aandacht behoeft artikel 1:25d Wft. Op grond daarvan zijn de toezichthouders niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een handelen of nalaten in de uitoefening van een op grond van een wettelijk voorschrift opgedragen taak of verleende bevoegdheid, tenzij deze schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening van bevoegdheden of in belangrijke mate te wijten is aan grove schuld.⁷² Ook door de toezichthouders ingeschakelde personen (zoals een stille curator) en instellingen (zoals een afwikkelingsfonds) profiteren van deze aansprakelijkheidsbeperking. Op deze verregaande beperking van aansprakelijkheid is kritiek mogelijk. Begrijpelijk is dat de toezichthouders moe werden van procedures bij de burgerlijke rechter over schade die zou zijn ontstaan door een vermeend nalaten om in te grijpen in ongezonde financiële instellingen,⁷³ maar het uitsluiten van aansprakelijkheid bij onterecht ingrijpen wekt verwondering. Zo blijven financiële ondernemingen achter met financiële en reputatieschade nadat de bestuursrechter hen in het gelijk heeft gesteld.⁷⁴ Voor schade die voortvloeit uit een onteigening van waardepapieren is er wel een schaderegeling. Gelet op Deel 6 Wft stelt de Ondernemingskamer vast welke vergoeding de staat (de minister van Financiën) is verschuldigd. Hoe verhoudt de aansprakelijkheidsbeperking van artikel 1:25d Wft zich tot een ‘voldoende gekwalificeerde schending’ die het Unierecht als voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid stelt? De aansprakelijkheid van de lidstaten voor schendingen van het Unierecht door uitspraken van de hoogste nationale rechters kan niet verder worden beperkt dan de door het Hof van Justitie vastgestelde criteria van een gekwalificeerde schending en een kennelijke schending van het Unierecht. Ook mag aansprakelijkheid voor uitlegging van voorschriften en de beoordeling van feiten en bewijs niet worden uitgesloten.⁷⁵ Wellicht bevat artikel 1:25d Wft een verdergaande aansprakelijkheidsbeperking en behoeft die aanpassing.⁷⁶ Bovendien lijken de vele zorgplichten van financiële ondernemingen richting consumenten en cliënten zo bepaald niet te corresponderen met enige zorgplicht van

72 Deze uitsluiting ziet op alle wettelijke taken van de toezichthouders, dus ook die buiten de Wft vallen. Bovendien ziet het ook op bevoegdheden die niet met zoveel woorden zijn opgenomen in de wet, maar nauw samenhangen met een wel in de wet neergelegde bevoegdheid. Zo impliceert de bevoegdheid tot inschrijving van een pensioenfonds ook de bevoegdheid tot doorhaling door DNB. Zie HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:309, RF 2018/52 (GSFS Asset Management). Vergelijk de maatstaf ‘ernstige tekortkoming’ bij liquidatie door een centrale bank in HvJ EU 13 september 2022, ECLI:EU:C:2022:670, RF 2022/92 (Banka Slovenije).

73 De lat voor deze aansprakelijkheid lag overigens hoog. Zie vooral HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008/527, m.nt. C.C. van Dam (DNB/Stichting Vie d’Or).

74 Dit betekent natuurlijk niet dat een onterecht betaalde boete of dwangsom door het bestuursorgaan niet moet worden terugbetaald als zijnde onverschuldigd betaald. Wel zal financiële schade bijvoorbeeld kunnen bestaan in tijdelijk gebrek aan inkomsten vanwege ten onrechte tijdelijke stillegging van de bedrijfsactiviteiten.

75 HvJ EG 13 juni 2006, ECLI:EU:C:2006:391, AB 2006/248, m.nt. E. Steyger (Traghetti del Mediterraneo).

76 Zie ook de noot van D. Busch en S.A.M. Keunen bij HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:807, AA 2019, p. 59-64 (Kantarev) en de noot van V.P.G. de Serière bij dit arrest in NJ 2019/28.

de toezichthouder om bij toezicht en handhaving zorgvuldig te werk te gaan. De Rotterdamse bestuursrechter heeft deze verre gaande aansprakelijkheidsbeperking laten meewegen in de belangenafweging of een voorlopige voorziening moet worden getroffen in de zin van artikel 8:81 Awb.⁷⁷ Bij twijfel aan de bevoegdheid tot het opleggen van maatregel of aan de evenredigheid ervan, kan artikel 1:25d Wft ertoe leiden dat eerder een voorlopige voorziening ten gunste van de financiële onderneming wordt uitgesproken.

2.5 Verbintenissenrecht en handhaving zorgplichten via het privaatrecht

We zagen hiervoor dat het niet naleven van bepalingen uit de Wft (behoudens uitzonderingen) niet reeds met zich brengt dat daardoor verbintenissen tenietgaan (art. 1:23 Wft). Deze niet-automatische doorwerking van niet-naleving van publiekrecht geldt evenzeer indien is gehandeld in strijd met eerdere effectenwetgeving.⁷⁸ De burgerlijke rechter zal daarom niet snel aannemen dat bij schending van een norm uit de Wft een overeenkomst vernietigbaar is.⁷⁹ Zelfs indien de wet wel voorziet in nietigheid (art. 1:116 Wft), zoals bij te hoge bonussen en vertrekvergoedingen, zien we toch terughoudendheid van de burgerlijke rechter.⁸⁰ Dat betekent echter niet dat de burgerlijke rechter geen betekenis toekent aan het niet naleven van zorgplichtbepalingen uit de Wft en uit eerdere effectenwetgeving. Zo strekt deze wetgeving ook tot bescherming van de belangen van de beleggers en consumenten.⁸¹ Daar komt bij dat privaatrechtelijke zorgplichten mede de zorgplichten uit de Wft en haar voorgangers kunnen omvatten en – zo zullen we hierna zien – zelfs verder kunnen strekken.

Bij financiële dienstverlening is sprake van een overeenkomst tot opdracht, waarbij de opdrachtnemer op grond van artikel 7:401 BW bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht dient te nemen. De Hoge Raad overwoog in een arrest van 10 januari 2003 dat een assurantietussenpersoon tegenover zijn opdrachtgever de zorg dient te betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.⁸² Tot zijn taak – het waken voor de belangen van de verzekeringnemers bij de tot zijn portefeuille behorende verzekeringen – behoort volgens de Hoge Raad in beginsel ook dat de assurantietussenpersoon de verzekeringnemer tijdig opmerkzaam maakt op de gevolgen die hem bekend geworden feiten voor de dekking van de tot zijn portefeuille behorende

77 Rb. Rotterdam (vzr.) 22 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:CA3894, RF 2013/64 en Rb. Rotterdam (vzr.) 9 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13702.

78 Hof Amsterdam (zp. Arnhem) 28 juni 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3306.

79 Zie Hof 's-Hertogenbosch 16 augustus 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2827, RF 2022/94 en Hof Den Haag 11 oktober 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1983.

80 Zie HR 1 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:818, RF 2018/78 (geen ambtshalve toepassing) en Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:4207, RF 2022/70 (geen claw back wegens onvoldoende specifiek beleid).

81 Zie Kamerstukken II 1988/89, 21038, nr. 3, p. 2; Kamerstukken II 2003/04, 29708, nr. 3, p. 28; art. 1:25 Wft en het slot van het volgende hoofdstuk.

82 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0122, NJ 2003/375 m.nt. M.M. Mendel (Brals/Octant).

verzekeringen kunnen hebben.⁸³ Bij vermogensbeheer is volgens de Hoge Raad uitgangspunt dat op de bank als bij uitstek professionele en deskundige partij een bijzondere, op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde, zorgplicht rust. Die zorgplicht kan meebrengen dat de vermogensbeheerder gehouden is zijn cliënt uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor de door deze met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille genomen risico's.⁸⁴ Het gaat in deze gevallen dus om een voortdurende zorgplicht. Bij een eenmalige advisering is dit anders, zo lijkt toch wel te volgen uit artikel 32d BGfo (omdat daarin de bewaartermijn wordt gekoppeld aan het tijdstip van advisering).

Net als artikel 4:20 Wft voorschrijft, eist de Hoge Raad dat de klant, die een informatieachterstand heeft ten opzichte van de financiële onderneming, informatie wordt verstrekt over het financiële product – zoals een rentederivaat – en de risico's die de cliënt loopt. Het gaat hier in beginsel om het verstrekken van algemene productinformatie. Van een gemiddeld geïnformeerde, omzichtig en oplettend handelende afnemer mag namelijk worden verwacht dat hij de door hem ontvangen en ondertekende stukken zorgvuldig doorleest en, zo de inhoud daarvan hem niet geheel duidelijk is, om opheldering vraagt. Deze maatstaf komt overeen met die van de gemiddelde consument.⁸⁵ Bij niet-naleving van deze mededelingsplicht kan de cliënt volgens de prejudiciële beslissing *Rentederivaat ABN AMRO* een beroep doen op dwaling, met vernietiging van de overeenkomst tot gevolg (art. 6:228 BW).⁸⁶ Die mededelingsplicht moet worden onderscheiden van de waarschuwingsplicht die een professionele aanbieder van risicovolle financiële producten en diensten kan hebben jegens een wederpartij die over deze producten of diensten geen specifieke deskundigheid heeft of mag worden verondersteld te hebben. Deze waarschuwingsplicht strekt ertoe deze wederpartij te beschermen tegen de gevaren van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht. Zij volgt uit de bijzondere zorgplicht die op een dergelijke professionele aanbieder rust in verband met zijn maatschappelijke functie en deskundigheid. Indien de waarschuwingsplicht – die niet is gebaseerd op het publiekrecht, maar verder strekt⁸⁷ – niet wordt nageleefd dan volgt geen vernietiging van de overeenkomst, maar ontstaat schadevergoedingsplicht wegens een onrechtmatige daad, waarbij ook de eigen schuld van de wederpartij een rol kan spelen.⁸⁸ Indien sprake is van advisering komt volgens de

83 Dit impliceert dat de assurantietussenpersoon ook klantgegevens inwint zoals art. 4:24 Wft thans ook publiekrechtelijk vereist. Zie ook *Kamerstukken II 2006/07*, 31086, nr. 3, p. 48.

84 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Bourgonje*).

85 De maatman vormt een (niet-statistische) gedragsstandaard. Zie overweging 18 van de considerans van Richtlijn 2005/29/EG inzake oneerlijke handelspraktijken; Hof Arnhem-Leeuwarden 29 september 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:7801, RF 2020/94 en Rb. Rotterdam 5 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:782, RF 2021/32.

86 HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1046, RF 2019/58 (*Rentederivaat ABN AMRO*).

87 Zie HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*), r.o. 4.10.3 en HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, RF 2019/12 (*Hypinvest*), r.o. 3.4.2.

88 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182, m.nt. J.B.M. Vranken (*De T./Dexia*), r.o. 5.

Hoge Raad onder omstandigheden eerder dwaling in beeld.⁸⁹ Er wordt dan minder omzichtigheid gevergd van de cliënt, omdat die sneller op een advies mag afgaan dan op een algemene mededeling. Bij een geslaagd beroep op dwaling geldt overigens niet automatisch dat alles ongedaan wordt gemaakt, zo volgt uit *Rentederivaat ABN AMRO*.

Voor een consument en ook voor een kleine ondernemer kan een civielrechtelijke procedure duur uitvallen in verband met kosten van griffierecht en rechtsbijstand. Een goedkoper alternatief voor consumenten en kleinzakelijke ondernemers vormt de mogelijkheid een klacht in te dienen bij Kifid.⁹⁰ Zij kunnen aan de Geschillencommissie en eventueel daarna de Commissie van Beroep een klacht voorleggen over een financiële onderneming, die op grond van artikel 4:17 Wft verplicht is aangesloten bij deze aangewezen klachtinstantie. Bij de commissies van Kifid volgt, gelet op de wens van partijen, een al dan niet bindend advies.⁹¹ Er is nog een instrument dat interessant kan zijn voor een groep consumenten, de zogenoemde *class action* op basis van artikel 7:907 BW. In dit verband springt natuurlijk de Duisenberg-regeling voor de effectenleasezaken in het oog.⁹² Omdat in Nederland destijds ongeveer één miljoen keer een effectenleaseovereenkomst (waarbij wordt belegd met geleend geld) is verkocht en de Duisenberg-regeling niet voorziet in (afdoende) schadeloosstelling voor iedere afnemer die niet of onvoldoende is gewaarschuwd voor de inherente risico's van beleggen met geleend geld, hebben enkele tienduizenden afnemers deze regeling niet geaccepteerd en tijdig een *opt-out*-verklaring ingediend. Voor deze schadezaken is het zogenoemde hofmodel vastgesteld, dat er kortgezegd op neerkomt dat de consument een derde deel van de restschade draagt en de aanbieder twee derde deel.⁹³ Indien echter door een cliëntenremisier – een onder het oude recht vrijgestelde tussenpersoon (die onder de Wft buiten het toezicht valt) – is geadviseerd, zonder dat die over de benodigde vergunning beschikte, dan dient de accepterende aanbieder van het product (indien hij dit kon weten) de consument volledig schadeloos te stellen.⁹⁴ Of het advies wel of niet zorgvuldig is geweest maakt daarbij geen verschil. Hierdoor ontstaan extra procedures, omdat de schikkingsbereidheid zal zijn afgenomen. Naast schadevergoeding kan ook vernietiging van de overeenkomst plaatshebben. Zo wordt effectenlease

89 HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1499, NJ 2020/258, m.nt. Jac. Hijma (*Rentederivaat ABN AMRO II*).

90 Zie Reglement voor de behandeling van klachten door de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening van de Stichting Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid). Het reglement is te vinden op de website van Kifid.

91 Zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken over zorgplichten bij financiële dienstverlening: CvB Kifid 28 mei 2020, nr. 2020-020; GFD Kifid 8 juni 2020, nr. 2020-481, RF 2020/91 en GFD Kifid 18 maart 2022, nr. 2022-0262, RF 2022/100.

92 Hof Amsterdam 25 januari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:AZ7033, RF 2007/22.

93 Onder meer Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978, JOR 2010/66, m.nt. C.W.M. Lieverse. Ingeval sprake is van een kenbare onaanvaardbaar zware last voor de afnemer geldt deze verdelingsmaatstaf ook voor de betaalde rente, aflossing en kosten.

94 HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, RF 2017/1 (*B/Dexia*); HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, RF 2019/15 (*T/Dexia*) en HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862, AB 2022/328, m.nt. R. Stijnen.

door de burgerlijke rechter als huurkoop aangemerkt, waardoor de overeenkomst achteraf kan worden vernietigd (natuurlijk alleen indien dit tot verlies heeft geleid) wegens het ontbreken van instemming van een van de echtgenoten.⁹⁵ Verder wijs ik op het ‘Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB’ (UHK) dat banken – mede op aandringen van de minister van Financiën en de AFM – hebben getroffen. Daarmee geven banken hun klanten uit het midden- en kleinbedrijf een alternatief in de vorm van een schikkingsaanbod om daarmee de rentederivatenproblematiek eenvoudig(er) af te wikkelen. Uiteraard blijft procederen mogelijk, maar dan vervalt het aanbod, terwijl over het UHK zelf – dat een eenzijdig aanbod van de banken behelst – natuurlijk niet kan worden geprocedeerd.⁹⁶

Wellicht kunnen we toch wel concluderen dat het privaatrecht in elk geval ten dele succesvol is in het redresseren van massale effecten van bepaalde financiële producten. Ik sluit overigens niet uit dat dit wordt bevorderd door aanscherping via een publiekrechtelijk kader. Daarmee doel ik met name op de invulling van open normen in het privaatrecht door de codificatie in de Wft. Voorbeelden zijn de rechtspraak van de Hoge Raad over de zojuist genoemde verboden advisering door cliëntenremisiers inzake effectenlease en de civiele rechtspraak over overkreditering.⁹⁷ Verder zal handhaving door de AFM bijdragen aan het functioneren van verplichte interne mechanismen binnen de onderneming die zijn gericht op het naleven van zorgplichten richting consumenten en cliënten. Ik verwacht ten minste dat met name van de handhaving door de AFM op het waarborgen van een beheerste en integere bedrijfsuitoefening een reinigende werking uitgaat.

95 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4989, RF 2012/84.

96 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:3041, JOR 2022/46, m.nt. M. van der Beek.

97 Zie voor het laatste HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, RF 2018/1 (SNS/Stichting) en HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, RF 2019/12 (Hypinvest).

3 Banken en de bestrijding van witwassen en financieren van terrorisme

3.1 Vooraf

In dit hoofdstuk zal ik een aantal publiekrechtelijke zorgverplichtingen die op banken rusten vergelijken met de maatschappelijke zorgplichten die de burgerlijke rechter, de Geschillencommissie van Kifid en ook de wetgever opleggen aan banken. Het is immers zonder betaalrekening niet mogelijk deel te nemen aan het betalingsverkeer.

Banken beschikken over een vergunning als bedoeld in artikel 2:11 Wft, die sinds de bankenunie wordt verleend door de Europese Centrale Bank (ECB). DNB heeft daarin een adviserende rol.⁹⁸ De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) legt zorgverplichtingen op aan financiële ondernemingen, waaronder banken, die in de Wwft worden aangeduid als ‘instelling’. Deze verplichtingen kunnen worden samengevat als het doen van cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties. DNB is belast met het toezicht op de voldoening door banken aan de Wwft. De Wwft betreft de omzetting van opvolgende Europese antiwitwasrichtlijnen, waaronder de (gewijzigde) vierde antiwitwasrichtlijn Richtlijn (EU) 2015/849.

De verplichtingen van banken tot het doorlichten van zowel potentiële klanten als van bestaande klanten heeft gevolgen voor het acceptatiebeleid van banken. Momenteel regent het uitspraken van de burgerlijke rechter en van de Geschillencommissie inzake de weigering van klanten en opzegging van rekeninghouders door banken. Het lijkt erop dat die rechts- en klachtzaken een direct gevolg zijn van de aanscherping van de handhaving, die niet alleen via het bestuursrecht, maar ook via het strafrecht plaatsheeft.

Bij de bespreking van cliëntenonderzoek zal ik ook ingaan op handhavingzaken inzake andere instellingen dan banken – zoals trustkantoren – omdat er veel meer bestuursrechtelijke rechtspraak over hen voorhanden is dan over banken.

⁹⁸ Met betrekking tot het Unierechtelijke Gemeenschappelijk Toezichtmechanisme verwijs ik naar mijn noot bij HvJ EU 19 december 2018, ECLI:EU:C:2018:1023, AB 2019/129 (Berlusconi en Fininvest).

De verklaring voor dit fenomeen is dat banken, hoewel ook zij wel degelijk worden geconfronteerd met nalevingstoezicht door DNB in het kader van de Wwft en de Wft, huiverig zijn voor procedures tegen DNB. Dit heeft te maken met de ‘besloten context’ tussen de toezichthouder en de onder toezicht gestelde bank.⁹⁹ Partijen moeten verder met elkaar en de procedurelust wordt met name niet bevorderd indien DNB telkens dreigt met hertoetsing van beleidsbepalers van de bank op geschiktheid of betrouwbaarheid (art. 3:8 en 3:9 Wft).¹⁰⁰ Uit een oogpunt van rechtsbescherming is een dergelijke chantagepraktijk van de toezichthouder vrij funest.¹⁰¹

3.2 Cliëntenonderzoek

Banken hebben als poortwachters van ons financiële stelsel de verplichting een cliëntenonderzoek, ook wel bekend als het ken-uw-klantbeginsel,¹⁰² te verrichten. Uit artikel 3 Wwft volgt dat een instelling cliëntenonderzoek verricht ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Het cliëntenonderzoek stelt de instelling onder meer in staat om: de cliënt te identificeren en diens identiteit te verifiëren; de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt – dat is de UBO (*ultimate beneficial owner*) – te identificeren en redelijke maatregelen te nemen om zijn identiteit te verifiëren en – indien die een rechtspersoon is – redelijke maatregelen te nemen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt; het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen; en een voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties uit te oefenen. Deze onderzoeksverplichting geldt voor banken niet alleen wanneer zij in of vanuit Nederland een zakelijke relatie aangaan, maar bijvoorbeeld ook wanneer zij een incidentele transactie verrichten ten behoeve van de cliënt van ten minste € 15.000 (of aldus bij elkaar ‘gesmurfde’ – dat wil zeggen gestapelde – transacties) of indien er gelet op de vestigings- of woonplaats van de cliënt een verhoogd risico op witwassen of financieren van terrorisme bestaat. Uit artikel 11 volgt dat de identiteit van de cliënt wordt geverifieerd aan de hand van documenten, gegevens of inlichtingen uit betrouwbare en onafhankelijke bron. In de Uitvoeringsregeling Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme is nader bepaald welke documenten worden geaccepteerd.

Uit artikel 4 Wwft volgt dat het cliëntenonderzoek plaatsheeft voordat de zakelijke relatie wordt aangegaan of de transactie wordt uitgevoerd, maar dat het niettemin

99 Zie over dit begrip S.M.C. Nuijten en R. Stijnen, *Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses* (Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 155), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 80-81.

100 Zie over die hertoetsing R. Stijnen, ‘(Her)toetsing van geschiktheid en betrouwbaarheid’, in: D.R. Doorenbos en M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht. Handhaving van financieel toezichtrecht, in het bijzonder onder de Wft en Pw*, Deventer: Kluwer 2013, hoofdstuk 18.

101 Zie ook T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, B.J. van Ettekoven, V. Mul, R. Stijnen en M.F.J.M. de Werd, *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen. Studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014, p. 123.

102 Hier wordt bedoeld op het zogenoemde *customer due diligence*-onderzoek, en niet op de zorgplichten van Deel 4 van de Wft die in het vorige hoofdstuk aan de orde kwamen.

wordt toegestaan de identiteit van de cliënt of de UBO te verifiëren tijdens het aangaan van de zakelijke relatie, indien dit noodzakelijk is om de dienstverlening niet te verstoren en indien er weinig risico op witwassen of financieren van terrorisme bestaat. In dat geval verifieert de instelling de identiteit zo spoedig mogelijk na het eerste contact met de cliënt. Uit artikel 5 volgt dat een instelling (onverminderd art. 4) geen zakelijke relatie mag aangaan of transacties mag verrichten of de relatie moet beëindigen indien zij niet (langer) kan voldoen aan de eisen van artikel 3. Uit artikel 6 volgt dat een instelling een vereenvoudigd cliëntenonderzoek kan verrichten indien een zakelijke relatie of transactie naar haar aard een laag risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt.

Artikel 8 Wwft bepaalt wanneer verscherpt cliëntenonderzoek moet worden verricht. Dat is het geval indien de zakelijke relatie of transactie naar haar aard een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt of indien de staat waar de cliënt woont of is gevestigd door de Europese Commissie is aangewezen als staat met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme. Uit artikel 8 volgt voorts dat een instelling in aanvulling op de gewone cliëntenonderzoeksmaatregelen beschikt over passende risicobeheersystemen, waaronder op risico gebaseerde procedures, om te bepalen of de cliënt of de uiteindelijk belanghebbende een politiek prominente persoon is – een PEP (*politically exposed person*) – of een familielid van een PEP. Het gaat daarbij niet alleen om regeringsleiders en ministers, maar bijvoorbeeld ook om bestuurders van toezichthoudende organen en directe familieleden van deze personen. De zakelijke relatie wordt in een dergelijk geval doorlopend aan verscherpte controle onderworpen. In artikel 9a Wwft is gelet op de vierde antiwitwasrichtlijn bepaald dat de minister van Financiën en de minister van Justitie en Veiligheid gezamenlijk een lijst met de functies vaststellen die in Nederland kwalificeren als prominente publieke functies en die actueel houden. Roet in het eten gooit een arrest van het Hof van Justitie waarin is bepaald dat de in de vijfde antiwitwasrichtlijn voorgeschreven algemene openbaarheid tot die nationale UBO-registers in strijd komt met de artikelen 7 en 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest).¹⁰³ Instellingen kunnen het UBO-register dus voorlopig niet meer raadplegen, terwijl zij dat onder het oude recht wel konden. Aan een oplossing wordt gewerkt, want de toegang die instellingen hadden onder het oude recht is volgens het Hof van Justitie wel mogelijk.¹⁰⁴

Voor trustkantoren – waaraan ook een poortwachtersfunctie wordt toegedicht – gelden op grond van de Wet toezicht trustkantoren 2018 vergelijkbare verplichtingen inzake het cliëntenonderzoek als die zijn opgenomen in de Wwft, met dien verstande dat bepaalde onderdelen daarvan door trustkantoren volgens de wetgever tot een bepaald resultaat moeten leiden.¹⁰⁵ In de zaak *Van Baerle Trust Company* bleek

103 HvJ EU 22 november 2022, ECLI:EU:C:2022:912, V-N 2022/53.20, m.nt. redactie (Luxembourg Business Registers).

104 Brief minister van Financiën 20 januari 2023, 2022-0000328199.

105 Zie daarover R. Stijnen en M.T. van der Wulp, 'Compliance en de poortwachtersfunctie van trustkantoren', in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (derde druk), par. 7 en 8.

de cliëntenadministratie herhaaldelijk niet op orde te zijn bij dit trustkantoor, zodat DNB reageerde met sancties. Het CBB overwoog in de eerste plaats dat op trustkantoren op grond van de artikelen 12, 13, 14 en 18 Regeling integrale bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren een aantal duidelijke (resultaats)verplichtingen rust.¹⁰⁶ De in deze artikelen neergelegde verplichtingen zijn concreet ten aanzien van het verzamelen, controleren en administreren van specifiek omschreven informatie. Volgens het CBB gaat het hier (ook) om resultaatsverplichtingen, nu specifiek is bepaald over welke kennis het trustkantoor dient te beschikken en welke gegevens opgevraagd en in de cliëntadministratie vastgelegd moeten worden. Daarbij is bepaald over welke kennis het trustkantoor dient te beschikken en welke gegevens opgevraagd en in de cliëntadministratie vastgelegd moeten worden. Dat een trustkantoor wellicht ‘geen absolute zekerheid’ kan verkrijgen omtrent een deel van de onderwerpen waarvan documentatie is vereist, doet daar niet aan af. ‘Absolute zekerheid’ is niet de maatstaf aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een trustkantoor aan de uit de wetgeving voortvloeiende verplichtingen heeft voldaan. Het CBB overwoog verder dat wanneer DNB na dossieronderzoek bij het trustkantoor constateert dat de gegevens die op grond van de regelgeving in het dossier aanwezig moeten zijn, er niet zijn, het aan het trustkantoor is om aan te tonen dat het wel over deze gegevens beschikt. Gelet hierop heeft de rechtbank volgens het CBB niet ten onrechte overwogen dat, gegeven de bevindingen van DNB, op het trustkantoor de ‘bewijslast’ rustte om aan te tonen dat het desondanks wel heeft voldaan aan de verplichting om de nodige informatie te verzamelen, te controleren en vast te leggen.¹⁰⁷ Bij een enigszins vergelijkbare zaak van een betaaldienstverlener – op wie de verplichtingen van de Wwft rusten – oordeelde het CBB als volgt:

‘DNB heeft bij appellante een onderzoek ter plaatse verricht. Uit de verslagen van dat onderzoek blijkt dat de namens DNB aanwezige toezichthouders appellante, althans haar werknemers, meerdere malen uitdrukkelijk erop hebben gewezen dat het doel van het onderzoek was per klant volledig na te gaan welke informatie voorhanden is bij appellante en dat zij zo volledig mogelijk dienden te worden geïnformeerd over de aanwezige informatie ten aanzien van de gevraagde klantdossiers. Daarbij hebben de toezichthouders erop gewezen dat zij hun conclusies op basis van de aanwezige informatie zullen vormen. Gelet daarop lag het naar het oordeel van het College op de weg van appellante om tijdens de controle ter plaatse aan DNB alle beschikbare en relevante informatie te tonen. DNB mag er dan ook in beginsel van uitgaan dat appellante aan haar alle beschikbare en relevante informatie per gevraagd klantdossier heeft getoond. Bij die stand van zaken heeft de rechtbank terecht geoordeeld dat het aan appellante is haar stelling aannemelijk te maken dat de door haar aan DNB toegestuurde stukken – waarvan DNB ten tijde van het onderzoek ter plaatse geen kennis heeft genomen – destijds wel reeds aanwezig waren.’¹⁰⁸

106 CBB 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866, JOR 2013/174, m.nt. M. van Eersel (Van Baerle Trust Company), r.o. 5.3.6.

107 CBB 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866, JOR 2013/174, m.nt. M. van Eersel (Van Baerle Trust Company), r.o. 5.3.7.

108 CBB 20 juli 2017; ECLI:NL:CBB:2017:274, RF 2018/9 (betaaldienstverlener), r.o. 9.2.

In beide zaken overwoog het CBB dat de bewijsvoering diende plaats te hebben tijdens de toezichtfase toen DNB om de dossiers en andere gegevens had verzocht, want het gaat om de gegevens die ten tijde van het onderzoek ter plaatse voorhanden waren. Het achteraf aanvullen van klantgegevens doet immers de overtreding niet teniet, want de cliëntgegevens moeten worden ingewonnen en vastgelegd ten tijde van de acceptatie en zo nodig worden aangevuld tijdens de dienstverlening.¹⁰⁹ Deze bewijslastverdeling is vergelijkbaar met de in het vorige hoofdstuk besproken rechtspraak over de uitleg van artikel 4:23 lid 1 onder a Wft.

De Wwft bevat vrij concrete verplichtingen, maar niettemin lijkt uit de wetsgeschiedenis te volgen dat ten minste gedeeltelijk sprake is van inspanningsverplichtingen. In de memorie van toelichting is overwogen dat een risicogeorieënteerde benadering de leidraad vormt voor de toepassing van cliëntenonderzoek.¹¹⁰ Die benadering houdt in dat instellingen zelf een inschatting maken van de risico's die bepaalde cliënten of producten meebrengen en scheidt de mogelijkheid de voor het cliëntenonderzoek noodzakelijke inspanningen en inzet van middelen af te stemmen op deze risico's. Dit betekent volgens die memorie van toelichting dat meer aandacht geschonken kan worden aan vormen van dienstverlening en aan cliënten die een verhoogd risico op het terrein van witwassen en financieren van terrorisme opleveren, zoals buitenlandse rechtspersonen en minder aandacht aan cliënten of producten die een geringer risico met zich meebrengen, bijvoorbeeld een eenvoudige rekening-courantrelatie met een particulier. Deze differentiatie leidt tot een vermindering van de kosten. Volgens de memorie van toelichting kan de toezichthouder per instelling beoordelen of het verrichte cliëntenonderzoek voldoet aan de maatstaf. Een inspanningsplicht dus, met daaraan gekoppeld een enigszins terughoudend toezicht. Die invalshoek wordt nog versterkt door de medio 2018 ingevoegde artikelen 2b en 2c Wwft. In artikel 2b is bepaald dat de instelling maatregelen neemt om haar risico's op witwassen en financieren van terrorisme vast te stellen en te beoordelen, waarbij de maatregelen in verhouding staan tot de aard en de omvang van de instelling.¹¹¹ En in artikel 2c is bepaald dat een instelling over gedragslijnen, procedures en maatregelen beschikt om de risico's op witwassen en financieren van terrorisme en de risico's die zijn geïdentificeerd in de meest recente versies van de supranationale risicobeoordeling en de nationale risicobeoordeling te beperken en effectief te beheersen. In de memorie van toelichting bij de Implementatiewet vierde antiwitwasrichtlijn is daarover te lezen dat het cliëntenonderzoek nog meer dan voorheen gebaseerd moet zijn op een risicoweging op grond van de in de vierde antiwitwasrichtlijn geïdentificeerde risicofactoren.¹¹² Aan de hand van de maatstaf die het CBB aanlegde inzake een

109 Vergelijk ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1729, AB 2019/174, m.nt. R. Stijnen (risico-inventarisatie buitenschoolse opvang), r.o. 7.3; CBB 26 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:284, JOR 2017/296, m.nt. S.M.C. Nuijten (hypotheekadviseur), r.o. 7.3 en Rb. Rotterdam 24 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5023, RF 2019/97 (trustkantoor), r.o. 5.2.

110 Kamerstukken II 2007/08, 31238, nr. 3, p. 6.

111 Vergelijk CBB 16 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:346 (Hack KPN), die in hoofdstuk 4 wordt besproken.

112 Kamerstukken II 2017/18, 34808, nr. 3, p. 9.

trustkantoor zou echter ook gezegd kunnen worden dat er ook resultaatsverplichtingen zijn, want duidelijk is wel dat de instelling bepaalde cliëntgegevens moet vastleggen.¹¹³ Ik wijs er wel op dat in de genoemde zaak van de betaaldienstverlener – anders dan de rechtbank in eerste aanleg¹¹⁴ – door het CBB niet wordt gesproken over resultaatsverplichtingen, maar in die zaak lag ook een andere vraag voor, namelijk of de betaaldienstverlener niet zorgdroeg voor de uitvoering van adequaat beleid om wetsovertredingen, in dit geval stelselmatige schending van de Wwft, te voorkomen. Het CBB overwoog dat de betaaldienstverlener, ook bij afwezigheid van een nadere specifieke invulling van de normen door DNB, kan en moet begrijpen dat hij op continue basis de voor hem relevante risico's in kaart dient te brengen om op basis daarvan een adequaat beleid te kunnen voeren dat ertoe strekt de verwezenlijking van die onderkende risico's tot een minimum te beperken.¹¹⁵ Het beroep op het *lex certa*-beginsel werd aldus afgewezen omdat de betaaldienstverlener had kunnen begrijpen welke inspanningen hij had moeten verrichten.

De lakmoesproef vormt de zaak *bunq*.¹¹⁶ Bunq en DNB verschilden principieel van mening over de wijze waarop het cliëntenonderzoek moet worden gedaan voorafgaand aan het openen van een bankrekening. Wat was de werkwijze van deze onlinebank? Op basis van een analyse van data van haar klanten en het gebruik van de betaalrekening door klanten, heeft deze bank een 'regular user' profiel samengesteld. Uit data-analyse van de bank blijkt dat statistisch gezien de overgrote meerderheid van haar particuliere klanten binnen dit profiel valt en de betaalrekening op vergelijkbare wijze gebruikt. Om deze reden krijgen nieuwe klanten die een betaalrekening willen openen in eerste instantie dit profiel toegekend. Op basis van de tijdens het aanmeldproces ingewonnen informatie, alsmede op basis van informatie die de bank daarna over de klant inwint (zoals transactiegedrag) controleert zij na het openen van de rekening doorlopend of klanten nog binnen het 'regular user' profiel vallen. Dat kan ertoe leiden dat het risicoprofiel van de klant naar boven wordt bijgesteld. DNB was het daar niet mee eens en gaf bunq daarom een aanwijzing. Het CBB stelt vast dat, hoewel het cliëntenonderzoek vóór het aangaan van de relatie moet plaatsvinden, DNB in het besluit op bezwaar onderkent dat bijstelling daarvan kan plaatsvinden ná het aangaan van de relatie, bijvoorbeeld aan de hand van informatie over de door de klant afgenomen diensten en producten.¹¹⁷ Volgens het CBB heeft DNB niet duidelijk gemaakt waarom die informatie alleen kan worden verkregen door de zakelijke klant daarover specifiek te bevragen en dat, nu de internetbank dat niet heeft gedaan, de informatie die zij door middel van haar onderzoek heeft verkregen tekortschiet. In dit verband is van belang dat artikel 3 Wwft, zoals ook volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwft, niet voorschrijft op welke wijze het cliëntenonderzoek moet

113 Zie nogmaals CBB 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866, JOR 2013/174 (Van Baerle Trust Company), m.nt. M. van Eersel, r.o. 5.3.6. Zie in gelijke zin over het cliëntenonderzoek in de Wwft A-G Keulen 30 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:495, punt 22.

114 Rb. Rotterdam 3 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:r666 (betaaldienstverlener).

115 CBB 20 juli 2017; ECLI:NL:CBB:2017:274, RF 2018/9 (betaaldienstverlener), r.o. 6.2.

116 CBB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344, m.nt. R. Stijnen (bunq).

117 Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31238, nr. 3, p. 18.

worden verricht. Het inwinnen van informatie over het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie moet een instelling in staat stellen om eventuele risico's die de dienstverlening aan een cliënt oplevert in te schatten. Dat de bank drie categorieën cliënten onderscheidt, neemt niet weg dat statistisch gezien een overgrote meerderheid van haar particuliere klanten binnen het 'regular user' profiel valt en de betaalrekening op vergelijkbare wijze gebruikt en zij op grond daarvan het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie vaststelt als 'standard payment account'. Hieruit volgt volgens het CbB niet dat de bank het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie pas vaststelt aan de hand van het transactiegedrag na het aangaan van de relatie. Daaraan doet dus niet af dat zij na het toekennen van het 'regular user' profiel vervolgens mede aan de hand van het transactiegedrag monitort of dat profiel bijstelling behoeft en zo nodig aanvullende vragen stelt. In deze zaak lijkt DNB deels parten te spelen dat zij zelf haar gedachten gaandeweg heeft bijgesteld over de risicogerichte invulling van de wettelijke vereisten en de inzet van technologie bij de bestrijding van witwassen.¹¹⁸ Wel trof bunq het verwijt dat zij geen onderzoek naar de bron van de middelen heeft gedaan en niet altijd passend onderzoek heeft verricht bij PEP's.

Verder was het CbB van oordeel dat DNB niet aan de bank de verplichting mocht opleggen tot validatie teneinde het nalevingtoezicht door DNB te ontlasten. Daartoe overwoog het CbB:

'DNB heeft wat betreft de vaststaande overtredingen niet aannemelijk gemaakt dat het, gelet op het met de aanwijzing beoogde doel van de beëindiging van die overtredingen, noodzakelijk is om bunq op basis van een interne audit of een onafhankelijke externe en deskundige partij als bedoeld in onderdeel 5 van de bij de aanwijzing opgelegde gedragslijn zelf te laten "valideren" of die overtredingen zijn beëindigd. Het gaat hier om de toepassing van open normen, voor de juiste invulling waarvan DNB als toezichthouder in de eerste plaats verantwoordelijk is. Aan dit onderdeel van de aanwijzing is inherent dat bunq in onzekerheid blijft verkeren of DNB als eindverantwoordelijke toezichthouder de eigen bevindingen van bunq daarover zal delen. De validatie neemt dus niet weg dat DNB een eigen onderzoek moet uitvoeren naar beëindiging van de vaststaande overtredingen. Daarbij komt nog dat in onderdeel 5 van de aanwijzing aan bunq niet alleen de opdracht is gegeven om de resultaten van haar werkzaamheden ter uitvoering van de onderdelen 1 (beleid, procedures, en maatregelen) en 4 (cliëntenonderzoek) van de opgelegde gedragslijn te laten beoordelen, maar ook de kwaliteit van die werkzaamheden, hoewel uit de aanwijzing zelf niet blijkt wat daaronder, gegeven de open normen, precies wordt verstaan.'¹¹⁹

Ook de aanwijzing aan bunq om een managementverklaring aan DNB af te leggen sneuvelde om dezelfde reden. Al met al werd de internetbank grotendeels in het gelijk gesteld. De bunq-zaak deed mij denken aan een uitspraak van het CbB over

¹¹⁸ Zie ook het in september 2022 uitgebracht rapport *Van herstel naar balans*, te vinden op www.dnb.nl/media/2ambvxt/van-herstel-naar-balans.pdf.

¹¹⁹ CbB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344, m.nt. R. Stijnen (bunq), r.o. 14.3.

trustkantoor TMF.¹²⁰ Voor wat betreft de vraag of de sanctiewetgeving was overtreden overwoog het CBB dat de door de regelgever gekozen combinatie van een *principle based* benadering en een risicogeoriënteerde invulling door het trustkantoor, alsook de wijze waarop DNB geacht wordt de getroffen maatregelen te beoordelen, erop wijst dat de enkele constatering dat in een bepaald dossier onvoldoende screening heeft plaatsgevonden, op zich zelf genomen ontoereikend is om vast te kunnen stellen dat het trustkantoor artikel 2 Regeling toezicht Sanctiewet 1977 heeft overtreden. Het trustkantoor kon daarentegen wel worden verweten dat het in strijd met de oude Wet toezicht trustkantoren en de daarop gebaseerde regelgeving geen poortwachtersfunctie heeft vervuld ten aanzien van één grote klant (dit ging om diverse tekortkomingen in één cliëntacceptatiedossier).

3.3 Het melden van ongebruikelijke transacties

Op grond van artikel 16 Wwft moeten instellingen ongebruikelijk transacties onverwijld – dat wil zeggen uiterlijk binnen veertien dagen¹²¹ – melden aan de Financiële inlichtingen eenheid (FIU). Bijlage 1 bij het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 bevat indicatoren om een transactie als ongebruikelijk aan te merken. Voor banken gelden naast een subjectieve indicator (dat is een transactie waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme) enige objectieve indicatoren die zijn gerelateerd aan de hoogte van de transactie en de vorm daarvan. Indien een cliëntonderzoek ertoe leidt dat een potentiële cliënt niet kan worden geaccepteerd of dat een bestaande cliëntrelatie moet worden beëindigd, moet dit wanneer er voorts indicaties zijn dat de desbetreffende cliënt betrokken is bij witwassen of financieren van terrorisme eveneens worden gemeld aan FIU.

Ik heb geen enkele uitspraak van de bestuursrechter aangetroffen over het niet naleven van de meldplicht van ongebruikelijke transacties door banken, dus ook hier kijk ik naar enkele aanverwante zaken. In tuchtzaken overwoog het CBB dat de verplichting van de accountant tot het doen van een melding aan FIU niet slechts bestaat wanneer er concrete aanwijzingen bestaan dat sprake is van witwassen of het financieren van terrorisme.¹²² Artikel 16 Wwft heeft volgens het CBB een (veel) ruimere strekking: iedere ongebruikelijke transactie behoort te worden gemeld. Blijkens de Indicatorenlijst is daarvan reeds sprake als er aanleiding is te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme (de subjectieve indicator). Daarvoor is een vermoeden reeds voldoende. De Rotterdamse voorzieningenrechter oordeelde met DNB in een zaak over de voorgenomen publicatie van een boetebesluit dat een trustkantoor in verzuim was geweest binnen veertien dagen een melding aan FIU te doen (maar dit eerst later na negatieve publiciteit en onderzoek door DNB deed), omdat het trustkantoor reden had tot twijfels of de transactie daadwerkelijk een verrekening van in 2015-2018

120 CBB 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:432, RF 2021/62 (TMF).

121 Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3, p. 18.

122 CBB 5 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:363 en CBB 13 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:305.

gemaakte kosten voor verleende consultancydiensten en een toegekende bonus betrof.¹²³ Hierbij speelde dat de forse bedragen afweken van de ‘consultancy agreement’, dat een van de partijen in Panama was gevestigd en er PEP’s waren betrokken bij de transactie. Een vergelijkbare zaak is die van een trustkantoor dat nalaat een lening van € 10 miljoen te melden aan de FIU. Hier is de UBO van de cliënt een Mexicaanse oud-politicus naar wie een onderzoek loopt wegens betrokkenheid bij het witwassen van Mexicaans drugsgeld.¹²⁴ Deze zaken zijn te vergelijken met de gebrekkige monitoring door ING.¹²⁵ De gebrekkige monitoring door ABN Amro lijkt daarentegen vooral te zien op criminele Nederlandse ondernemingen en personen, waarbij het regende aan onopgemerkte ongebruikelijke transacties.¹²⁶

Hoewel de in de vorige paragraaf genoemde artikelen 2b en 2c Wwft mede zien op het naleven van de meldplicht, lijkt er met betrekking tot de meldplicht van artikel 16 Wwft toch sprake te zijn van een resultaatsverplichting. De meldplicht is weliswaar – voor zover het gaat om de subjectieve indicator – een open norm, maar we zien in de rechtspraak dat hierop een volle toetsing plaatsvindt, terwijl artikel 16 Wwft ook op transactieniveau wordt gehandhaafd.

3.4 Handhaving via het bestuursrecht

DNB kan wanneer een instelling – waaronder een bank – de regels inzake cliëntenonderzoek of de meldplicht niet naleeft een aanwijzing geven, een last onder dwangsom opleggen of een bestuurlijke boete opleggen (art. 28, 29 en 30 Wwft). Voorts kent de Wwft een publicatieregime dat vergelijkbaar is met dat in de Wft (art. 32f Wwft). Hetgeen ik heb opgemerkt over de beheerste en integere bedrijfsuitoefening door financiële ondernemingen in het vorige hoofdstuk geldt, gelet op de artikelen 3:10 en 3:17 Wft, evenzeer voor banken. In artikel 10 Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) is in dit verband bepaald dat banken zorgdragen voor een systematische analyse van integriteitsrisico’s en het beleid gericht op het waarborgen van een integere bedrijfsuitoefening zijn neerslag vindt in procedures en maatregelen. Het door banken niet naleven van de verplichtingen op grond van de Wwft levert volgens DNB dan ook een overtreding op van artikel 10 Bpr.¹²⁷ In dit verband kan ook worden gewezen op artikel 14 Bpr, dat voorschrijft dat banken onverminderd de verplichtingen uit de Wwft beschikken over procedures en maatregelen met betrekking tot het vaststellen van de identiteit van cliënten en van de verificatie

123 Rb. Rotterdam (vzr.) 3 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:10943, RF 2022/34.

124 Rb. Rotterdam 17 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:5463, RF 2022/7.

125 Zie de voorbeelden op p. 14-16 van *Onderzoek Houston, het strafrechtelijk onderzoek naar ING Bank N.V. Feitenrelaas en Beoordeling door het Openbaar Ministerie*, te vinden onder www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/feitenrelaas-ing.

126 Zie de voorbeelden op p. 18-20 van *Onderzoek Guardian het strafrechtelijk onderzoek naar ABN AMRO Bank N.V. Feitenrelaas en Beoordeling door het Openbaar Ministerie*, te vinden onder www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/guardian-feitenrelaas-en-beoordeling-door-het-om.

127 CBB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344, m.nt. R. Stijnen (bung). Zie voorts nogmaals CBB 20 juli 2017; ECLI:NL:CBB:2017:274, RF 2018/9 (betaaldienstverlener).

daarvan. Voorts volgt uit die bepaling dat banken moeten beschikken over procedures en maatregelen met betrekking tot risicoclassificaties ten aanzien van cliënten, producten of diensten en met betrekking tot de detectie van afwijkende transactiepatronen. En ook dat zij zorgdragen voor de documentatie en vastlegging met betrekking tot de acceptatie en indeling naar risico van cliënten, de identificatie en verificatie van de gegevens van cliënten en de bewaking van het handelen van cliënten. DNB kan de handhaving van de Wwft daarom zowel baseren op de Wft als op de Wwft. In haar DNB *Leidraad Wwft en SW* legt DNB de nadruk op de inrichting van de bedrijfsvoering.¹²⁸

De ECB zal vanwege de rol die banken vervullen in het betalingsverkeer niet licht grijpen naar het zwaarste handhavingsinstrument, de intrekking van de bankvergunning (art. 1:104 Wft).¹²⁹ In dit verband werd ook door de bestuursrechter het beroep van een financiële onderneming op het gelijkheidsbeginsel verworpen, mede omdat haar situatie niet vergelijkbaar was met die van een systeembank. Overwogen werd dat systeembanken in het betalingsverkeer een cruciale functie innemen, zodat het nemen van andere maatregelen dan het intrekken van de vergunning in de rede ligt wanneer die banken niet hebben voldaan aan de eisen van de Wwft.¹³⁰ Voor DNB geldt net als voor andere toezichthouders dat zij bij de inzet van haar handhavingsbevoegdheden het publieke belang voor ogen dient te houden. Ik verwijs voor de taakafbakening tussen de toezichthouder en de burgerlijke rechter naar het vorige hoofdstuk, waar ik aan toevoeg dat artikel 1:75 lid 3 Wft ook geldt voor DNB. Dat onderscheid tussen de publieke en private sfeer betekent niet per definitie dat fouten in één dossier niet genoeg reden kunnen vormen om tot handhaving over te gaan.¹³¹ In de zaak *Delta Lloyd* – een verzekeraar – oordeelde de rechtbank Rotterdam dat de norm van een beheerste en integere bedrijfsuitoefening betekent dat onder omstandigheden ook één incident (of samenstel van gedragingen met één aanleiding) voldoende kan zijn voor het aannemen dat deze norm is geschonden.¹³² Ook met betrekking tot de ongewenste aansprakelijkheidsbeperking ten aanzien van zowel nalaten als handelen door DNB waarin artikel 1:25d Wft voorziet, verwijs ik naar het vorige hoofdstuk.

Wellicht nog meer dan voor de Wft geldt dat naleving van de Wwft moet plaatshebben door een of meer markttoezichthouders. Vanuit de marktmechanismen zelf

¹²⁸ Te vinden op www.dnb.nl/media/dziczy20/leidraad-wwft-en-sanctiewet.pdf.

¹²⁹ Wel voorziet de bankenunie in ontwikkelingsmechanismen voor banken.

¹³⁰ Rb. Rotterdam 30 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5130, RF 2022/73 (*De Veste*), r.o. 37.

¹³¹ Zie CBB 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:432, RF 2021/62 (TMF), die ziet op een bestuurlijke boete aan een trustkantoor wegens ernstige tekortkomingen in één klant dossier.

¹³² Rb. Rotterdam 31 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5635, RF 2015/99 (*Delta Lloyd*). De rechtbank wees hierbij op HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Ogem II*), omdat daarin werd overwogen dat weliswaar niet iedere of incidentele beleidsfout als wanbeleid in de zin van art. 2:355 BW kan worden aangemerkt, maar dat dit wanbeleid geen structureel karakter hoeft te hebben, maar ook kan bestaan in een enkele gedraging, bijvoorbeeld indien deze tot voor de onderneming zeer nadelige gevolgen heeft geleid.

is er, anders dan bij zorgvuldige financiële dienstverlening,¹³³ immers geen enkele incentive tot naleving van antiwitwaswetgeving. De contracteervrijheid en het winstoogmerk van banken zijn mechanismen die juist in de weg staan aan naleving. Waarom zou een bank dure afdelingen oprichten en in stand houden om risicogericht cliënten te screenen en transacties te monitoren als het nalaten daarvan geen directe consequenties voor hen heeft, maar juist leidt tot hogere winstmarges? De kosten van witwassen en terrorismefinanciering zijn dan voor de maatschappij, terwijl de banken dan geen kosten maken gericht op naleving. Juist deze mechanismen waren voor Nederlandse grootbanken reden om ondanks sanctiedreiging onvoldoende te investeren in naleving van de Wwft. Dit heeft geleid tot structurele overtreding van de Wwft en schuldwitwassen door ING.¹³⁴ Stafrechtelijk onderzoek heeft in 2018 geleid tot een schikking van € 775 miljoen tussen het Openbaar Ministerie en ING,¹³⁵ terwijl haar voormalig CEO vervolging boven het hoofd hangt wegens feitelijk leidinggeven aan de overtredingen.¹³⁶ Ook met ABN Amro heeft het Openbaar Ministerie in 2021 geschikt tot een bedrag van € 480 miljoen inzake overtreding van de Wwft en schuldwitwassen, terwijl er nog onderzoek wordt gedaan naar feitelijk leidinggevers.¹³⁷ Momenteel loopt er nog een vergelijkbaar strafrechtelijk onderzoek naar de Rabobank, terwijl DNB eerder bestuurlijke boetes en een last onder dwangsom heeft opgelegd aan deze bank wegens niet naleven van de Wwft.¹³⁸ Er lijkt inmiddels een kentering te hebben plaatsgevonden. Banken zetten nu veel geld en middelen in om Wwft-compliant te handelen. Er is verder sinds 2019 sprake van een samenwerking tussen banken en publieke partijen onder de noemer Serious Crime Task Force.¹³⁹

Met betrekking tot de sanctieregelgeving zijn banken ook los van het toezicht door DNB eerder geneigd tot compliance. Nederlandse banken zijn namelijk benauwd voor de extraterritoriale werking van de 'dollarjurisdictie'.¹⁴⁰ Indien Nederlandse

133 Aan niet-naleving van zorgplichten door financiële ondernemingen richting consument en cliënt kan civielrechtelijk een prijskaartje hangen, zoals bijvoorbeeld in de effectenleasezaken. Zie daarvoor het vorige hoofdstuk.

134 Het Openbaar Ministerie spreekt in dit verband in een rapport over jarenlange (het gaat om de periode 2010-2016) 'business boven compliance'. Zie p. 17 van het eerdergenoemde *Onderzoek Houston, het strafrechtelijk onderzoek naar ING Bank N.V. Feitenrelaas en Beoordeling door het Openbaar Ministerie*, te vinden onder www.om.nl/documenten/publicaties/fp-hoge-transacties/feitenrelaas/map/feitenrelaas-ing.

135 Zie www.om.nl/actueel/nieuws/2018/09/04/ing-betaalt-775-miljoen-vanwege-ernstige-nalatig-heden-bij-voorkomen-witwassen.

136 Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347, RF 2021/13 (klachtprocedure inzake CEO ING).

137 Zie www.om.nl/actueel/nieuws/2021/04/19/abn-amro-betaalt-480-miljoen-euro-vanwege-ernstige-tekortkomingen-bij-het-bestrijden-van-witwassen.

138 Zie www.nrc.nl/nieuws/2022/12/08/ook-rabobank-schoot-tekort-als-poortwachter-wat-gaat-het-om-precies-onderzoeken-a4150937.

139 Zie www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/06/30/tk-aanbieding-eindevaluatie-pilot-sectf.

140 A.L.M. Schaap en C.M.J. Ryngaert, 'De internationale onrechtmatigheid van Amerikaanse secundaire sanctiewetgeving', *TvSO* 2015/1, p. 9-16 en Y. Amar en S. Bennink, 'De handhaving van Amerikaans sanctierecht', *TBS&H* 2019/4, p. 238-242.

banken transacties verrichten waarbij personen, landen of andere entiteiten zijn betrokken die op Amerikaanse sanctielijsten staan, dan kunnen zij door de Amerikaanse autoriteiten worden geconfronteerd met voor onze begrippen astronomische boetes of zelfs met verlies van de toegang tot de Amerikaanse financiële markt. Diezelfde vrees heeft ertoe geleid dat banken afscheid wilden nemen van Nederlandse klanten die tevens beschikken over de Amerikaanse nationaliteit, maar die aldaar geen belastingaangifte doen.¹⁴¹

3.5 Handhaving via het privaatrecht en de zorgplicht van banken jegens (potentiële) cliënten

Banken verkeren in een spagaat waar het gaat om enerzijds het waarmaken van hun poortwachtersfunctie en anderzijds hun maatschappelijke zorgplicht die volgt uit hun spilfunctie in het betalingsverkeer.¹⁴² Het lijkt te gaan om twee kanten van dezelfde medaille. De kosten van Wwft-compliance zijn voor banken dermate hoog dat zij overgaan tot zogenoemde *de-risking*; zij weigeren nieuwe klanten die mogelijk Wwft-risico's met zich brengen en zij nemen afscheid van bestaande klanten waar een luchtje aan hangt, zoals coffeeshops en verwenclubs.¹⁴³ Banken slaan daarin soms door. Het opzeggen van een bankrelatie door ING met een trustkantoor enkel omdat aan relaties met trustkantoren hogere risico's zijn verbonden dan aan bedrijven uit andere sectoren, is wel erg kort door de bocht. Het belang van een trustkantoor bij het hebben van een bankrekening en het voortzetten van zijn onderneming, die onder toezicht staat van DNB en zelf ook moet voldoen aan de Wwft, weegt natuurlijk zwaarder dan het belang van ING om op voorhand – dus zonder concrete aanwijzingen dat het trustkantoor niet voldoet aan de regels – elk risico te vermijden.¹⁴⁴ De contracteervrijheid van banken is bepaald niet onbegrensd, waarover zo meer. Dat laat onverlet dat er situaties zijn waarbij het belang van de bank (tot naleving van de Wwft) prevaleert.¹⁴⁵ Daarbij kan een rol spelen of elders kan worden gebankierd, maar in de regel mag worden aangenomen dat banken niet staan te springen om een rekening te openen voor een (rechts)persoon met wie door een andere bank wegens een vertrouwensbreuk de relatie is beëindigd.

¹⁴¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 29 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:6267, RF 2022/22 (toevallige Amerikaan). Zie voorts: <https://open.overheid.nl/repository/ronl-02a333ffc795-4a45-abc3-5d8263ce5553/1/pdf/kamerbrief-stand-van-zaken-toezeggingen-ao-toeval-amerikanen.pdf>.

¹⁴² M. van der Beek en R.F. van den Heuvel, 'Tussen poortwachtersfunctie en toegang tot een nutsvoorziening: over de zakelijke betaalrekening in het Koninkrijk', FRP 2020/1297. Zie ook R.J.M. Sanders, 'Opzegging van bankrelaties en het recht op een zakelijke bankrekening', FRP 2022/241.

¹⁴³ Zie voor enige feitenrechtspraak de Special 'Banken en hun klanten', RF 2022, afl. 3.

¹⁴⁴ Rb. Amsterdam 5 januari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:42, JOR 2022/97, m.nt. W.B. Wijnstekers (Maprima management) en Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, RF 2022/49 (CIS Management).

¹⁴⁵ Denk aan een onderneming waarvan de bedrijfsactiviteiten en geldstromen ook na cliëntenonderzoek onduidelijk blijven (Hof Amsterdam 10 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2432, RF 2021/83 en Hof Amsterdam 17 mei 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1473, RF 2022/77) of aan een stichting die geen inzage wil geven in de herkomst van forse contante donaties (Hof Amsterdam 28 december 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4148, RF 2022/17).

Ironische bijvangst van het doorlichten van klanten door banken is wellicht dat een wappiestichting met een enorme procedeerlust zich heeft moeten ontbinden vanwege uitsluiting van deelname aan het (legale) betaalverkeer.¹⁴⁶ Met name voorzieningenrechtors worstelen in kort geding vaak met het belang van de bank tegenover dat van de klant, die niet zonder betaalrekening kan deelnemen aan het financiële verkeer.¹⁴⁷ De uitspraak van het CbB in de genoemde *bunq*-zaak en het nieuwe beleid van DNB,¹⁴⁸ waarbij zij meer ruimte biedt voor een risicogerichte invulling van de wettelijke vereisten en voor de inzet van technologie bij de bestrijding van witwassen, biedt meer flexibiliteit aan banken dan daarvoor werd aangenomen. Mogelijk geven deze ontwikkelingen de aanzet tot een betere balans tussen poortwachtersfunctie en klantacceptatie.¹⁴⁹

Ter implementatie van Richtlijn 2014/92/EU is het recht op een basisbetaalrekening voor consumenten neergelegd in artikel 4:71f Wft. Dit betekent niet dat zij automatisch daar recht op hebben: zo zijn in artikel 4:71g Wft weigeringsgronden opgenomen. Een bank kan bijvoorbeeld een betaalrekening weigeren indien de consument reeds elders bankiert en zij moet een betaalrekening weigeren wanneer de consument niet meewerkt aan een cliëntenonderzoek op grond van de Wwft.¹⁵⁰ Ook kan de bank een bestaande relatie beëindigen, onder meer bij het opzettelijk gebruik van de betaalrekening voor het plegen van misdrijven (art. 4:71i Wft).¹⁵¹ Voor consumenten die om deze redenen buiten de boot vallen, is er het Convenant Pakket Primaire Betaaldiensten.¹⁵² Op basis daarvan kan een deelnemende bank verplicht stellen dat de betaalrekening door een deelnemende hulpverleningsinstantie wordt beheerd. Voor ondernemingen is niet zo'n wettelijk recht op een zakelijke rekening verankerd, maar voor hen geldt net zo goed dat banken hen niet lichtvaardig mogen afsluiten van deelname aan het betalingsverkeer. Zonder betaalrekening zijn (legale) ondernemingen, in een tijd waarin banken cash geld zo veel

146 Rb. Amsterdam 19 oktober 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5738, RF 2022/84 (Stichting Virus waarheid.nl).

147 Zo verplichtte de voorzieningenrechter ING in kort geding eerst om Stichting Viruswaarheid.nl nog vier maanden respijt te geven (Rb. Amsterdam (vzr.) 1 juni 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2851, RF 2021/57) en in een tweede kort geding om haar tot het vonnis in de hoofdzaak als klant aan te houden (Rb. Amsterdam (vzr.) 7 oktober 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5662). Begrijpelijk, maar het in de vorige voetnoot genoemde vonnis in het bodemgeschil lijkt me uiteindelijk juist. Het gesjoemel met een lening en het heimelijk omkatten van de identiteit van de zakelijke cliënt lijken mij in het kader van de *ex tunc* beoordeling voldoende voor opzegging wegens een vertrouwensbreuk. Voorts bracht een *ex nunc* beoordeling niet met zich dat na de rechtsgeldige opzegging opnieuw een bankrekening moest worden aangeboden. De stichting heeft namelijk voortdurend het verplichte klantenonderzoek gefrustreerd en de media-uitingen van Willem Engel over ING heeft de vertrouwensbreuk verder geconsolideerd.

148 Zie www.dnb.nl/media/2ambmvxt/van-herstel-naar-balans.pdf.

149 Zie ook de noot van C.W.M. Lieverse bij CbB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707 (*bunq*) in *Ondernemingsrecht* 2022/98.

150 Bijvoorbeeld GFD 26 april 2022, 2022-0346, RF 2022/65 (*Panama*).

151 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 31 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2068, RF 2022/3 (*WhatsApp fraude*); Rb. Amsterdam 7 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:1059, RF 2022/80 (*gewoontewitwassen*) en GFD 17 december 2021, nr. 2021-1068, RF 2022/24 (*spoofing*).

152 Zie www.betalavereniging.nl/wp-content/uploads/Convenant-primaire-betaaldiensten.pdf.

mogelijk buiten de deur willen houden, niet levensvatbaar. In dit verband brengt de zorgplicht, die uit de redelijkheids- en billijkheidsmaatstaf van artikel 6:248 BW en uit artikel 2 Algemene Bankvoorwaarden volgt,¹⁵³ met zich dat banken niet zonder goede reden een rekening mogen opzeggen.¹⁵⁴ En artikel 6:162 BW stelt volgens het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Yin Yang* grenzen aan de vrijheid van banken om nieuwe (of eerder opgezegde) zakelijke klanten (aan de hand van een *ex nunc*) beoordeling te weigeren.¹⁵⁵ In het geval van *Yin Yang* kon het gerechtshof tot het oordeel komen dat het belang van de saunaclub bij het hebben van een betaalrekening zwaarder woog dan het belang van ING om cliënten te weigeren in verband met toezichtrechtelijke eisen en integriteitsrisico's, waarbij meespeelde dat het gerechtshof geen verplichting voor ING aannam tot het faciliteren van het storten van contant geld, dit terwijl 80% van de bezoekers juist contant betaalde.¹⁵⁶ Het door banken weren van sekswerkers en andere personen die beroepsmatig werkzaam zijn in een branche waarin veel contant geld rondgaat, heeft het ongewenste neveneffect dat die personen gebruik zullen (moeten) maken van illegale vormen van bankieren.¹⁵⁷

Banken houden een intern en het extern verwijzingsregister (IVR en EVR) bij waarin zij aanvragers en voormalige cliënten opnemen vanwege (een poging tot) fraude.¹⁵⁸ De duur van de registratie is maximaal acht jaar. Zo'n registratie werd eerder door de burgerlijke rechter beoordeeld in het licht van artikel 22 Wet bescherming persoonsgegevens en de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), wat meebrengt dat de te verwerken strafrechtelijke persoonsgegevens in voldoende mate moeten vaststaan. Dat is het geval indien de (nog) niet door de strafrechter vastgestelde gedragingen een zwaardere verdenking dan een redelijk vermoeden van schuld opleveren.¹⁵⁹ Aangenomen mag worden dat onder artikel 6 lid 1 onder f (en art. 10) AVG en de artikelen 32 en 33 Uitvoeringswet AVG in verbinding met artikel 6 lid 2 EVRM een vergelijkbare toetsing plaatsheeft.¹⁶⁰ Met name de Geschillencommissie komt soms tot het oordeel dat de duur van een externe registratie (die

153 Te vinden op www.nvb.nl/publicaties/protocollen-regelingen-richtlijnen/algemene-bankvoorwaarden-abv/.

154 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, RF 2015/2 (*ING/De Keijzer*).

155 HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652, RF 2021/89 (*Yin Yang*).

156 Zie daarover ook M. van der Beek en H.J.Th. Kolstee, 'Bancaire zorgplicht versus contractsvrijheid – Een korte verkenning van het spanningsveld naar aanleiding van *Yin Yang B.V. c.s./ING Bank N.V.* (HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1652)', *MvV* 2022/6.2.

157 Zie over het beleid van banken: <https://pointer.kro-ncrv.nl/banken-weigeren-zaken-te-doen-met-de-seksbranche>.

158 Zie www.nvb.nl/themas/veiligheid-fraude/ivrevr-registratie/.

159 HR 29 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4720, NJ 2009/243 en Hof Arnhem-Leeuwarden 7 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8710, NJ 2016/121.

160 Zie Hof Den Haag 10 mei 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:732, RF 2022/60 en GFD 17 december 2021, 2021-1068, RF 2022/24. Vergelijk HR 3 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1814, RF 2022/66 (*Hoist Finance*).

tot gevolg heeft dat geen bank meer zaken met de betrokkene wil doen) moet worden ingekort.¹⁶¹

3.6 De zorgplicht van banken jegens derden

De maatschappelijke functie van de bank brengt – zoals we hiervoor zagen – een bijzondere zorgplicht mee, zowel jegens haar cliënten op basis van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden. Met de belangen van derden hoort de bank rekening te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.¹⁶² We zagen hiervoor in de zaak *Yin Yang* dat die zorgplicht ook een contracteerplicht kan behelzen. In de zaak *Safe Haven* – in welke zaak een stichting een bank verweet dat zij een illegale vermogensbeheerder faciliteerde met een bankrekening – oordeelde de Hoge Raad dat de omstandigheden van het geval die de zorgplicht inkleuren, zijn dat de Wet Toezicht effectenverkeer 1995 (dat is een voorloper van de Wft) gelet op de wetsgeschiedenis ervan mede strekt ter bescherming van de belangen van de beleggers.¹⁶³ In de zaak *Van den Berg* overwoog de Hoge Raad dat die maatschappelijke functie ermee samenhangt dat banken een centrale rol spelen in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening daarbij, op die gebieden bij uitstek deskundig zijn en beschikken over informatie die anderen missen.¹⁶⁴ Die functie rechtvaardigt dat de zorgplicht van de bank mede strekt ter bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en niet is beperkt tot zorg jegens personen die als klant in een contractuele relatie tot de bank staan. In beide zaken volgt de Hoge Raad het oordeel van de feitenrechter dat het ongebruikelijke verkeer op een of meer bankrekeningen de bank aanleiding had moeten geven tot onderzoek naar de activiteiten die met deze rekeningen verband hielden, dit in verband met de belangen van de (haar bekende) derden die bij de transacties betrokken waren. Dit onderzoek kan erin uitmonden dat de bank de rekeningen blokkeert of sluit om derden te beschermen tegen lichtvaardig beleggen bij een illegale vermogensbeheerder.

Deze rechtspraak over de zorgplicht van banken jegens derden brengt me bij de volgende casus over posttransactiemonitoring. In deze zaak wordt ING aansprakelijk gesteld door een derde partij genaamd *United Gulf Trading Company Ltd.* (UGTC), een onderneming in Saudi-Arabië, die gelden heeft overgemaakt naar een ING-rekening van een persoon die zich voordeed als wederpartij die een dienst of goed had geleverd aan UGTC. Na betaling in februari 2020 van drie facturen ontvangt UGTC berichten van haar echte wederpartij wegens uitblijven van betaling.

¹⁶¹ GFD 6 januari 2020, nr. 2020-019 en GFD 17 december 2021, 2021-1068, RF 2022/24.

¹⁶² HR 23 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285, m.nt. W.M. Kleijn (*MeesPierson/Ten Bos*) en HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162, RF 2010/13 (*World Online*). Zie voor verdere rechtspraak C.J.A.T. Frima, 'De civiele zorgplicht van de bank jegens derden', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011.

¹⁶³ HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*). Onder de Wft is dit niet anders. Zie *Kamerstukken II 2003/04, 29708*, nr. 3, p. 28 en art. 1:25 Wft.

¹⁶⁴ HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, RF 2016/10 (*Van den Berg*).

UGTC moet aldus tweemaal de facturen voldoen en spreekt de bank aan, omdat zij meent dat de oplichting kon plaatsvinden omdat ING onvoldoende aan transactie-monitoring had voldaan. De stelling van UGTC is dat wanneer de bank haar 'post transaction monitoring' serieus had genomen, zij de rekening van de oplichter na de eerste transactie had geblokkeerd, zodat de laatste twee grotere transacties dan niet zouden hebben plaatsgevonden. De bank verweert zich met de stelling dat het relativiteitsvereiste eraan in de weg staat dat UGTC een beroep kan doen op een gebrekkige posttransactiemonitoring, want die monitoring strekt niet mede tot bescherming van UGTC tegen de schade die zij heeft geleden (art. 6:163 BW). De rechtbank Amsterdam gaat daar niet in mee. Bij de mondelinge zitting heeft de bank verduidelijkt dat de posttransactiemonitoring twee doelstellingen heeft. De eerste doelstelling is te voldoen aan de eisen van de Wwft. Uit de Wwft volgt immers dat banken voortdurend controle uitoefenen op het rekeninggebruik, de transacties en de overige activiteiten van hun cliënten, terwijl sommige alerts ook leiden tot melding bij het FIU. Hier komt de bank op het eerste gezicht wel een beroep toe op het ontbreken van relativiteit. De tweede doelstelling is fraude tegengaan. Namens de bank is op de zitting aangevoerd dat fraudealerts erop zijn gericht het risico te beperken dat haar klanten slachtoffer van fraude worden en het risico te beperken dat klanten frauderen. Hier is wel voldaan aan het relativiteitsvereiste. De rechtbank is voorts – anders dan de bank – van mening dat het enkele uitblijven van een alert de bank niet van haar maatschappelijke zorgplicht ontslaat. De rechtbank overweegt in dit verband het volgende in haar tussenvonnis:

'Het roept bij de rechtbank vragen op dat de betalingen en geldopnames geen alerts hebben opgeleverd. Er was sprake van een particuliere betaalrekening, die slechts enkele maanden eerder was geopend en waarop nauwelijks transacties hebben plaatsgevonden. Vóór 9 april 2020 bedroeg de allerhoogste binnengekomen girale betaling € 3. Vervolgens werden vanaf een buitenlandse bankrekening bedragen bijgeschreven van bij elkaar meer dan € 86.000. Uit die feiten blijkt niet dat sprake is van fraude, maar er lijkt sprake van een risico dat de betaalrekening wordt gebruikt door fraudeurs. Dat geldt des te meer als de overgemaakte bedragen vervolgens in hoog tempo contant worden opgenomen. Daarbij komt dat de rechtbank, zoals op de zitting al is besproken, ambtshalve bekend is met een zaak waarin bij bunq een binnengekomen betaling van iets meer dan € 40.000 van een buitenlandse (in dat geval: Griekse) zakelijke rekening op een één maand eerder geopende particuliere betaalrekening waar nog geen activiteit op had plaatsgevonden, wél een alert genereerde, nog voordat er iets met het binnengekomen geld was gebeurd. De vraag is waarom het geautomatiseerde systeem van bunq zo'n betaling er wel uitlicht, en het systeem van de bank niet.'¹⁶⁵

Het gaat hier om een tussenvonnis waarbij de rechtbank nog niet heeft vastgesteld dat ING aansprakelijk is voor de schade, mede omdat volgens de rechtbank zeker

165 Rb. Amsterdam 3 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5898, RF 2023/6, r.o. 4.17.

ook sprake zal zijn van eigen schuld.¹⁶⁶ De ambtshalve overwegingen van de rechtbank over het falen van het ‘post transaction monitoring’ systeem van ING – afgezet tegen het wel werkende systeem van bunq – zijn echter opvallend. Wellicht meent de rechtbank dat het een feit van algemene bekendheid is dat ING haar transactie-monitoring niet op orde heeft vanwege de eerdere transactie met het Openbaar Ministerie. Die transactie uit 2018 zag echter op de periode 2010-2016, terwijl deze zaak ziet op 2020. Hoe dan ook is het verschil met de door de rechtbank genoemde civiele zaak van bunq opmerkelijk.

Uit het voorgaande volgt dat de maatschappelijke zorgplicht van banken met zich brengt dat zij moeten waken over het gebruik van rekeningen van hun cliënten, dit niet alleen met het oog op naleving van de Wwft, welke zorgplicht niet strekt tot de bescherming van de belangen van derden, maar ook met het oog op het tegengaan van oplichting of benadeling van beleggers, welke zorgplicht wel strekt tot de bescherming van de belangen van die derden. Deze rechtspraak vormt in zoverre een brug naar de slotparagraaf van het vorige hoofdstuk.

¹⁶⁶ Vergelijk Rb. Amsterdam 13 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4357, NJF 2022/419 inzake monitoringsysteem van ABN Amro.

4 Rechtszekerheid, toerekening, aansprakelijkheid en excepties

4.1 Vooraf

In hoofdstuk 2 kwamen zorgplichtbepalingen langs die in overwegende mate inspanningsverplichtingen behelzen. Ook kwamen we een mengvorm tegen in de artikelen 4:23, 4:24 en 4:24 Wft. Daarentegen lijken voor instellingen uit hoofde van de Wwft in ieder geval ten dele resultaatsverplichtingen te rusten. Om het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverplichtingen nog wat scherper te krijgen noem ik hierna nog enige voorbeelden uit de handhavingspraktijk van de ACM en de NVWA. We zullen zien dat daarbij het *lex certa*-beginsel een rol speelt.

Daarbij zal op voorhand duidelijk zal zijn dat de eisen van legaliteit en bepaaldheid, gelet ook op artikel 5:4 Awb, vooral van belang zijn bij bestuurlijke sancties, ook voor zover die niet op leedtoevoeging zijn gericht. Ik zal daarbij ingaan op de kenbaarheid van zorgplichten en op de vraag of het bij de vraag naar verwijtbaarheid uitmaakt of het gaat om een inspanningsverplichting of resultaatsverplichting. Daarbij komen ook zorgplichten uit eerdere hoofdstukken aan de orde.

Daarna ga ik in op ouderschap van rechtspersonen en de aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers. We zullen zien dat rechtszekerheid, ouderschap (en aansprakelijkheid) en schuld nauw in elkaar grijpen.

Aan het slot van dit hoofdstuk komen rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het burgerlijk recht aan bod, dit mede aan de hand van voorbeelden uit vorige hoofdstukken.

4.2 Vertrouwelijkheid van klantgegevens in de energie- en telecommarkt

Een grote kamer van het CBB boog zich mede aan de hand van een conclusie van advocaat-generaal Keus¹⁶⁷ over de vraag of Liander zich schuldig had gemaakt aan het lekken van klantgegevens en of Nuon Customer Care Center (Nuon CCC) die overtreding had medegepleegd.¹⁶⁸ In artikel 79 lid 1 Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en artikel 37 lid 1 Gaswet was bepaald dat een netbeheerder die bij de uitvoering van zijn taak de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke

¹⁶⁷ A-G Keus 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:5 (Nuon/Liander).

¹⁶⁸ CBB 25 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76, JB 2015/96 (Nuon/Liander).

karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, verplicht is tot geheimhouding van die gegevens, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot mededeling verplicht, of uit zijn taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit. De achtergrond van de casus is dat het netbeheer en de productie/levering van energie volgens Europese richtlijnen gescheiden moet plaatsvinden, zodat energieleveranciers met elkaar concurreren. Nuon is daarom medio 2009 opgesplitst in netbeheerder Liander en energiebedrijf Nuon Energy. Omdat het de netbeheerder tijdelijk werd toegestaan om de administratie uit te besteden, heeft Liander de administratieve afhandeling aan Nuon CCC uitbesteed. Nuon CCC is net als Nuon Sales uiteindelijk 100% dochter van Nuon Energy. Nuon CCC verricht naast haar werkzaamheden voor Liander ook werkzaamheden voor Nuon Sales. De ACM heeft vastgesteld dat gedurende een periode van meer dan een jaar via een geautomatiseerd systeem vertrouwelijke klantgegevens van Liander binnen het raamwerk van de uitbestedingsrelatie met Nuon CCC konden worden ingezien door 90 medewerkers van Nuon Sales vanwege een autorisatiefout door Nuon IT. Volgens de ACM heeft Liander daardoor artikel 79 E-wet en artikel 37 Gaswet overtreden en kan Nuon CCC – in de hoedanigheid van medepleger – ook als overtreder worden aangemerkt (art. 5:1 lid 2 Awb). Dat de betrokken medewerkers van Nuon Sales feitelijk niet wisten dat zij konden inloggen op klantgegevens van Liander en Nuon Sales deze gegevens dus niet daadwerkelijk (commercieel) heeft gebruikt, maakt daarbij volgens de ACM geen verschil. De ACM heeft daarom aan Liander en Nuon omzetterelateerde boetes opgelegd van respectievelijk ruim drie miljoen en ruim twee ton.

In eerste aanleg geeft de eerstelijnsrechter de ACM gelijk.¹⁶⁹ De in artikel 79 E-wet en artikel 37 Gaswet opgenomen verplichting tot geheimhouding brengt volgens de rechtbank met zich dat deze verplichting niet is nageleefd indien een derde partij de mogelijkheid heeft om deze gegevens te raadplegen. Blijkens de tekst en strekking van deze bepalingen is volgens de rechtbank sprake van een resultaatsverplichting. Voor overtreding van deze verplichting is het voorts niet noodzakelijk dat daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van de vertrouwelijke gegevens. Advocaat-generaal Keus komt tot een diametraal andere conclusie. En het CBB volgt hem daarin. Het CBB oordeelt:

‘(...) Niet valt in te zien waarom de genoemde uitgangspunten van de energierichtlijnen noodzakelijk tot gevolg hebben dat de netbeheerder altijd aansprakelijk is voor het bekend worden van geheim te houden gegevens, ook in het geval de gegevens buiten toedoen van de netbeheerder bekend worden. Het College acht de opvatting van de ACM dat de in algemene bewoordingen gestelde geheimhoudingsbepalingen een zorgplicht zouden inhouden die zo ver reikt als ACM aanneemt, ook in strijd met het *lex certa*-beginsel, aangezien de tekst van de bepalingen niet het bestaan van een dergelijke plicht bevat. Nu noch uit de tekst van noch uit de toelichting bij artikel 79 lid 1 E-wet en artikel 37 lid 1 Gaswet kan worden afgeleid wanneer de geheimhoudingsplicht wordt geschonden, zoekt het College ter vaststelling van de betekenis van

¹⁶⁹ Rb. Rotterdam 13 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3123, JBP 2014/40 (Nuon/Liander).

deze bepalingen, met de raadsheer advocaat-generaal, aansluiting bij het artikel uit Sr dat overtreding van (ook) deze geheimhoudingsbepalingen strafrechtelijk sanctioneert. Artikel 272 Sr verlangt, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling, voor schending van de geheimhoudingsplicht een – actieve – bekendmaking van de geheim te houden gegevens.¹⁷⁰

Na deze zaak, die dus als een nachtkaars uitging en heeft geleid tot aanpassing van de wet, een geslaagder voorbeeld over een zorgplicht tot het waarborgen van de vertrouwelijkheid van klantgegevens in de telecomsector en de bestuurlijke handhaving daarvan. In artikel 11.3 lid 1 Telecommunicatiewet (Tw) is bepaald dat de aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst in het belang van de bescherming van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van abonnees en gebruikers passende technische en organisatorische maatregelen treft ten behoeve van de veiligheid en beveiliging van de door hem aangeboden diensten. De maatregelen garanderen, rekening houdend met de stand van de techniek en de kosten van de tenuitvoerlegging, een passend beveiligingsniveau dat in verhouding staat tot het desbetreffende risico. Uit de memorie van toelichting volgt dat het begrip ‘passend’ mede duidt op een proportionaliteit tussen de beveiligingsmaatregelen en de aard van de te beschermen gegevens. Naarmate bijvoorbeeld de gegevens een gevoeliger karakter hebben, of de context waarin deze worden gebruikt een grotere bedreiging voor de persoonlijke levenssfeer betekenen, worden zwaardere eisen gesteld aan de beveiliging van de gegevens. Er is geen verplichting om steeds de allerzwaarste beveiliging te nemen. Daarom duidt ook het feit dat inbreuken zijn gemaakt op het beveiligingsniveau niet noodzakelijkerwijs op nalatigheid in de beveiliging. Er moet sprake zijn van een adequate beveiliging, aldus nog steeds de memorie van toelichting.¹⁷¹ In deze zaak had de ACM aan KPN een bestuurlijke boete opgelegd omdat zij haar beveiliging niet op orde had. De aanleiding daartoe vormde een melding door KPN van een hack begin 2012 waarbij de hacker toegang kreeg tot servers, diensten en klantdata. De pers berichtte het volgende over de hack:

‘De jonge hackers konden kinderlijk eenvoudig tot diep in het computersysteem doordringen doordat KPN had verzuimd software te updaten. KPN geeft nu toe dat de hack ertoe had kunnen leiden dat klanten die een abonnement met internet en telefonie hebben, niet het alarmnummer 112 konden bellen. Hackers hadden de mogelijkheid om dit te verstoren.’¹⁷²

Volgens de ACM bleek uit onderzoek dat KPN anderhalf jaar tekort was geschooten in het opzetten en het handhaven van beveiligingsbeleid, netwerkinrichting, afscherming, netwerk- en systeembewaking en patchmanagement. KPN meende daarentegen dat zij aan haar inspanningsplicht had voldaan omdat zij direct na

170 CBB 25 maart 2015, ECLI:NL:CBB:2015:76, JB 2015/96 (Nuon/Liander), r.o. 3.4.

171 Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 99.

172 Zie <https://nos.nl/artikel/339192-hoogste-alarmfase-na-hack-kpn>.

de hack maatregelen heeft getroffen om fouten in het beveiligingssysteem aan te pakken. Voorts voerde KPN aan dat sprake was van een vage norm.

De rechtbank volgde het standpunt van de ACM. Zij overwoog dat gelet op de in artikel 11.3 Tw voorkomende term ‘garanderen’ in combinatie met de term ‘passend’ sprake is van een zorgplicht die een verstrekkende inspanningsplicht inhoudt.¹⁷³ Ditmaal is ook het CBB van oordeel dat sprake was van een overtreding.¹⁷⁴ Het CBB is met partijen van oordeel dat de zorgplicht die is neergelegd in artikel 11.3 Tw een inspanningsverplichting is. Het CBB gaat voorbij aan de beantwoording van de vraag of deze inspanningsverplichting verstrekkend is, omdat, ook indien dit niet zo is, KPN niet aan de zorgplicht had voldaan. Dat de hacker geen gebruik heeft gemaakt van de persoonsgegevens laat onverlet dat het eenvoudig was om erbij te komen. Verder is het CBB van oordeel dat de vijf beveiligingsonderwerpen waarop de ACM haar onderzoek had gericht in de vakliteratuur wereldwijd erkende beveiligingsonderwerpen zijn en dat de toetsing daaraan voorzienbaar was voor KPN. Verder overweegt het CBB dat een zekere vaagheid en het gebruik van algemene termen in regelgeving onvermijdelijk kunnen zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt. De wetgever heeft er bewust voor gekozen dat aanbieders zelf aan de hand van algemeen aanvaarde standaarden bepalen op welke wijze zij binnen hun specifieke infrastructuur optimaal vorm geven aan de zorgplicht. Het betoog van KPN dat de ACM beleidsregels had moeten opstellen, strookt volgens het CBB dan ook niet met de bedoeling van de wetgever. Uit de aard en de dynamiek van de te regelen materie volgt bovendien dat een dergelijke beleidsregel alvorens deze in werking kan treden, zeer waarschijnlijk al weer zou zijn verouderd. De vereiste ‘up to date’ kennis wordt van de aanbieders zelf verwacht.

4.3 De zorgplicht voor werkgevers tot het tegengaan van tabakshinder

In artikel 10 van de huidige Tabaks- en rookwarenwet (Tbr) is voor werkgevers en andere normadressaten bepaald dat zij in de werkruimte of inrichting een rookverbod dienen in te stellen, aan te duiden en te handhaven. Dit is een resultaatsverplichting. Tot 2015 was de tabakswetgeving voor werkgevers minder duidelijk. Zo was in artikel 11a lid 1 Tabakswet bepaald dat werkgevers – onder wie ook horeca-exploitanten met personeel worden begrepen – verplicht zijn zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden. Omdat voor deze categorie geen expliciete verplichting gold tot het instellen van een (algeheel) rookverbod is de vraag wat die plicht precies inhield.

¹⁷³ Rb. Rotterdam 8 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:22, *Computerrecht* 2015/202, m.nt. H.H. de Vries (Hack KPN).

¹⁷⁴ CBB 16 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:346 (Hack KPN).

Het CbB overwoog in een uitspraak van 9 december 2008 dat het gaat om een aan de werkgever opgelegde resultaatsverplichting.¹⁷⁵ Van een overtreding kan derhalve eerst sprake zijn nadat is vastgesteld dat werknemers hinder of overlast van roken door anderen ondervinden. Om van overtreding van artikel 11a lid 1 Tabakswet te kunnen spreken, moet, zoals de rechtbank met juistheid heeft geoordeeld, dan ook ten minste zijn aangetoond dat sprake is van enige blootstelling aan (schadelijke bestanddelen van) tabaksrook, aldus het CbB. In deze zaak had de toezichthouder het bewijs niet rond gekregen door enkel te wijzen naar de aanwezigheid van twee rookabri's.

In uitspraken nadien zien we dat de bestuursrechter van oordeel is dat het bewijs wel is geleverd in die gevallen waarin NVWA-ambtenaren met de zintuigen vaststellen dat er sprake is van hinder en overlast op de werkplek van werknemers – onder wie horecapersoneel – en blijven bestuurlijke boetes die om die reden zijn opgelegd in stand. Daarbij is overwogen dat de vraag of sprake is van hinder of overlast niet afhankelijk is van de subjectieve waarneming (of de instemming dan wel de wil) van de werknemer, maar dat het in het kader van de in artikel 11a lid 1 Tabakswet neergelegde resultaatsverplichting gaat om meer objectief vast te stellen hinder of overlast.¹⁷⁶ Voorts overwoog het CbB dat ook als moet worden aangenomen dat in het café een luchtverversings- en luchtzuiveringssysteem in werking was, dit systeem kennelijk niet heeft kunnen voorkomen dat de inspecteur tabaksrook heeft waargenomen en geroken en dat hij heeft geconstateerd dat de barmedewerkers aan tabaksrook werden blootgesteld.¹⁷⁷ Daarbij geldt overigens voor coffeeshops dat sprake is van het roken van cannabisproducten, gemengd met tabaksvervanger of tabak. Dat betekent volgens het CbB dat zintuiglijk onderzoek in de vorm van het ruiken en zien van rook, anders dan in een gewone horecagelegenheid in een coffeeshop niet zonder meer volstaat voor het vaststellen van een overtreding.¹⁷⁸

Levert deze resultaatsverplichting een risicoaansprakelijkheid op? Volgens de rechtbank Rotterdam niet. Zij overweegt in een uitspraak van 15 juni 2020 het volgende:

‘Het CbB heeft in zijn uitspraak van 4 december 2018 (ECLI:NL:CBB:2018:629) geoordeeld dat de Tabakswet in bepalingen als de onderhavige niet uitgaat van een inspanningsverplichting, maar van een resultaatsverplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod. Uit die uitspraak en andere uitspraken komt evenwel ook naar voren dat de exploitant, beheerder of werkgever telkens verwijtbaar tekortschoten in het handhaven van een rookverbod (bijv. ECLI:NL:CBB:2009:BH5223, ECLI:NL:CBB:2011:BU9590 en ECLI:NL:CBB:2015:125). Voorts is de rechtbank er

¹⁷⁵ CbB 9 december 2008, ECLI:NL:CBB:2008:BG8912, AB 2010/133, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (rookabri's).

¹⁷⁶ Bijvoorbeeld CbB 27 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH5223, AB 2010/134, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (rokende directeur) en CbB 22 augustus 2014, ECLI:NL:CBB:2014:322 (rokende vaste klanten).

¹⁷⁷ CbB 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:95 (falend luchtzuiveringssysteem).

¹⁷⁸ CbB 26 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:144 (blowen is niet roken).

ambtshalve mee bekend dat bij de vraag of een rookverbod wordt gehandhaafd door een exploitant van een horeca-inrichting steeds door de toezichthouder in de beoordeling wordt betrokken of de exploitant een verwijt treft. Zo zijn bestuurlijke boetes opgelegd omdat werd gerookt in het zicht van barmedewerkers of beveiligers, die vervolgens niet ingrepen, of omdat de bar zo was ingedeeld dat toezicht op naleving door personeel niet goed mogelijk was, dan wel omdat er geen personeel aanwezig was om toezicht te houden. Ook de rechtbank heeft deze omstandigheden in haar beoordeling betrokken, dit ook met het oog op het al dan niet ontbreken van verwijtbaarheid, wat gelet artikel 5:41 Awb, in de weg staat aan boeteoplegging (bijv. ECLI:NL:RBROT:2010:BL9764; ECLI:NL:RBROT:2014:8961; ECLI:NL:RBROT:2015:2511 en ECLI:NL:RBROT:2016:2592). Deze toets heeft ook plaats bij evenementen zoals het onderhavige (ECLI:NL:RBROT:2017:9810 en ECLI:NL:RBROT:2018:8834). De resultaatsverplichting tot het instellen, aanduiden en handhaven van een rookverbod betekent dan ook niet dat een zuivere risicoaansprakelijkheid op horeca-exploitanten rust omdat voor het opleggen van een bestraffende sanctie steeds een verwijt aan de exploitant moet kunnen worden gemaakt.¹⁷⁹

Deze zaak over roken in festivaltenten tijdens een muziekfestival ziet op overtreding van artikel 10 Tbr, maar een deel van de daarin genoemde zaken ziet op het oude artikel 11a Tabakswet. Voor zover mij bekend is geen hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van 15 juni 2020 en evenmin tegen de in die uitspraak genoemde rechtbankuitspraken.

4.4 Rechtszekerheid en verwijtbaarheid bij zorgplichten in het bestuursrecht

Het *lex certa*-beginsel, dat mede besloten ligt in artikel 49 Handvest en artikel 7 EVRM vereist met het oog op de rechtszekerheid in ieder geval dat de invulling van een wettelijke bepaling voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar dient te zijn. Uit de rechtspraak volgt verder dat alleen uit de wet kan volgen welke gedraging een overtreding oplevert, dat het oprekken van bepalingen ten nadele van de belanghebbende, bijvoorbeeld door analoge interpretatie, verboden is, maar dat de wetgever goede redenen kan hebben om zich van algemene termen te bedienen. Gelet hierop zal de rechter de reikwijdte ervan moeten uitleggen. De vraag of een wettelijk voorschrift respectievelijk de beboeting op grond van dat wettelijk voorschrift voldoet aan het *lex certa*-beginsel dient in dit verband mede te worden gezien in het licht van wat de bedoeling van de wetgever met het wettelijk voorschrift is geweest. In het verlengde hiervan geldt dat de eis van voorzienbaarheid zich er niet tegen verzet dat een marktdeelnemer deskundig advies zal dienen in te winnen om de consequenties te kunnen beoordelen die uit een bepaalde handeling kunnen voortvloeien. Dit geldt in het bijzonder voor professionals die de nodige voorzichtigheid in acht plegen te nemen bij de uitoefening van hun vak. Ook kan men van hen verwachten dat zij bijzondere zorg betrachten bij het beoordelen van de daarmee verbonden

¹⁷⁹ Rb. Rotterdam 15 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5336 (muziekfestival).

risico's.¹⁸⁰ Voor herstelsancties – zoals de last onder dwangsom – geldt in beginsel hetzelfde toetsingskader, zo volgt uit artikel 5:4 lid 2 Awb.¹⁸¹ Indien niet wordt voldaan aan de eisen van bepaalbaarheid dan kan geen sanctie worden opgelegd. Daarnaast doet zich de vraag voor of de mate van vaagheid van een norm, die als zodanig nog wel voldoet aan het *lex certa*-gebod, gevolgen kan hebben voor het te maken verwijt aan de marktdeelnemer. Het geheel respectievelijk ten dele ontbreken van verwijtbaarheid speelt immers een rol bij de inzet (art. 5:41 Awb) respectievelijk hoogte van (art. 5:46 lid 2 Awb) de boete.

Een aanwijzing – dat is een enkele last zonder tanden – is geen sanctie (art. 5:2 lid 2 Awb), zodat artikel 5:4 lid 2 Awb niet van toepassing is. Dit betekent niet dat rechtszekerheid hier geen rol speelt. Het gaat immers om een belastend besluit, waarbij het bestuursorgaan ten minste aannemelijk moet maken dat de gestelde overtreding is begaan.¹⁸² De intrekking van een vergunning wegens een of meer overtredingen zou wel als herstelsanctie kunnen kwalificeren, want het gaat dan om het door een bestuursorgaan onthouden van een aanspraak wegens een overtreding (art. 5:1 lid 1 onder a Awb).¹⁸³ Indien de intrekking van de vergunning is gebaseerd op een negatief betrouwbaarheidsoordeel ten aanzien van de beleidsbepaler, is sprake van een andersoortige herstelmaatregel dan een herstelsanctie, want dan ligt er geen direct verband tussen de intrekking en een overtreding. Aan het betrouwbaarheidsoordeel – waarbij het bestuursorgaan beoordelingsruimte toekomt – zullen wel wetsovertredingen ten grondslag liggen.¹⁸⁴ Het lijkt erop dat het belangrijkste onderscheid tussen bestraffende sancties en andere sancties en maatregelen eerder ligt in de bewijsmaatstaf – die voor bestuurlijke boetes het

¹⁸⁰ Zie naast de voorbeelden in de vorige paragrafen inzake handhaving door de ACM en de Nvwa onder meer: EHRM 11 november 1996, nr. 17862/91 (*Cantoni/Frankrijk*); EHRM 20 januari 2009, nr. 75909/01 (*Sud Fondi SRL e.a./Italië*); EHRM 28 juni 2011, AB 2012/15, m.nt. R. Stijnen (*Het Financiële Dagblad/Nederland*); Cbb 22 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV6713, RF 2012/52 (IMC); Cbb 25 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:4, JOR 2013/277 (*beleggingsobjecten*); Cbb 12 april 2017, ECLI:NL:CBB:2017:116, RF 2017/68 (*bankverbod*); Cbb 7 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:177, AB 2019/297, m.nt. R. Stijnen (*misleidende reclame*) en Cbb 26 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:961, AB 2022/26, m.nt. R. Stijnen (*nevenactiviteiten pensioenfonds*).

¹⁸¹ Zie ook ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1970, AB 2020/410, m.nt. R. Stijnen (*strijd met bestemmingsplan*) en Cbb 21 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:207, JOM 2019/675 (*ontoereikende huisvesting dieren*).

¹⁸² Bijvoorbeeld Cbb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344, m.nt. R. Stijnen (*bunq*). Dit ligt anders bij een aanwijzing omdat ECB of DNB tekenen ontwaart van een ontwikkeling die het eigen vermogen, de solvabiliteit of de liquiditeit, onderscheidenlijk de technische voorzieningen, van een financiële onderneming in gevaar kan brengen (art. 1:75 lid 2 Wft), want in dat geval gaat het niet om een overtreding. Maar ook dan zal de ECB of DNB de beslissing moeten motiveren.

¹⁸³ Zie bijvoorbeeld ABRvS 7 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3265, AB 2017/38, m.nt. T.N. Sanders (*Café 't Hartje*); ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1689, JOM 2018/590 en Rb. Rotterdam 30 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5130, RF 2022/73 (*De Veste*). In deze voorbeelden wordt soms van een maatregel gesproken. Zie voorts onderdeel 5 van de conclusie van Widdershoven en Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

¹⁸⁴ Bijvoorbeeld ABRvS 23 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:564, AB 2022/273, m.nt. R. Stijnen (*betrouwbaarheid beveiliging*) en Cbb 7 december 2021, ECLI:NL:CBB:2021:1045, RF 2022/11.

strengst zijn¹⁸⁵ – dan in de bepaalbaarheid van de norm.¹⁸⁶ Voorts geldt voor boetes, anders dan voor andere sancties en herstelmaatregelen, dat schuld een element speelt. Dat brengt mij op het volgende.

Het is de vraag of bij inspanningsverplichtingen meer ruimte is voor disculpactie dan bij resultaatsverplichtingen of juist het tegenovergestelde. In algemene zin ben ik geneigd om het ventiel van schulduitsluiting eerder te hanteren bij een resultaatsverplichting. Een voorbeeld daarvan vormde de norm voor de werkgever zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden (art. 11a Tabakswet (oud)). Omdat de resultaatsplicht neerkwam op het effectief handhaven van een rookverbod, zou elke peuk die een cafébezoeker stiekem opsteekt een boetewaardig nalaten van de horecaondernemer kunnen opleveren. Omdat dit tot een onwenselijke risicoaansprakelijkheid zou leiden, hebben de NVWA en de bestuursrechter pas een verwijtbare gedraging aangenomen indien de uitbater of het barpersoneel had kunnen ingrijpen, maar dit heeft nagelaten. Overmacht vormt dan een begrenzing. Het gaat er dan om dat de onderneming de maximale zorg heeft betracht om aan de resultaatsverplichting te voldoen.¹⁸⁷ Ik laat hier een eventueel beroep op een rechtvaardigingsgrond (art. 5:5 Awb) rusten. Ten eerste wordt zo'n beroep eigenlijk nimmer gehonoreerd¹⁸⁸ en ten tweede raakt dit onderwerp in mindere mate aan zorgplichten dan het ontbreken van verwijtbaarheid.

Indien echter sprake is van een inspanningsverplichting, dan wordt van de marktdeelnemer verwacht dat die met bedrijfsprotocollen en dergelijke zijn best doet om overtredingen te voorkomen en klanten zorgvuldig te behandelen. Een beroep op het ontbreken van verwijtbaarheid lijkt me bij het niet naleven van zo'n open norm moeilijk, zo niet onmogelijk. De open norm ziet immers op een verplichting de

185 De onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM brengt met zich dat het bestuursorgaan niet alleen de overtreding moet bewijzen, maar voorts dat twijfel strekt in het voordeel van de belanghebbende. Deze bewijsmaatstaf ziet alleen op het grondfeit. Het ligt op de weg van de betrokkene om aannemelijk te maken dat zich een exceptie voordoet. Zie voor rechtspraak R. Stijnen, 'De onschuldpresumptie bij de oplegging van bestuurlijke boetes: recente ontwikkelingen inzake bewijskwesities en het nemo-teneturbeginsel', *JBplus* 2017/2, p. 123-144.

186 Een uitzondering vormt Cbb 15 november 2016, ECLI:NL:CBB:2016:323, RF 2017/36 en Cbb 26 oktober 2021, ECLI:NL:CBB:2021:961, AB 2022/26, m.nt. R. Stijnen, waarbij inzake hetzelfde pensioenfonds de aanwijzing wegens verboden nevenactiviteiten stand hield, maar de boete onderuit ging wegens strijd met *lex certa*. Of dit laatste terecht was, laat ik hier rusten (zie daarover mijn noot in AB 2022/26).

187 HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, NJ 1993/476 (*Aflatoxinepinda's*) en HR 28 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1957, NJ 1994/178, m.nt. Th.W. van Veen. Zie daarover ook A-G Keus 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:5 (*Nuon/Liander*), punt 4.12 e.v. Voorts kan een rol spelen wie in een productieketen eerst verantwoordelijk is. Zie daarover HR 28 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1957, NJ 1994/178, m.nt. Th.W. van Veen en Cbb 9 augustus 2022, ECLI:NL:CBB:2022:510, JB 2022/186.

188 Zie bijvoorbeeld ABRvS 12 oktober 2016, ECLI:NL:RVS:2016:2686, JOM 2016/1040; Cbb 24 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW3574, RF 2012/54 (*tipverbod*) en Rb. Rotterdam 28 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11312 (*universele postdienst*).

nodige maatregelen te treffen en niet om een resultaat te garanderen. Als de marktdeelnemer dergelijke voorgeschreven maatregelen niet treft dan lijkt er per definitie sprake van verwijtbaarheid, zo zagen we in het voorbeeld van KPN die tekort was geschoten in het treffen van maatregelen die met het oog op de bescherming van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van abonnees en gebruikers een passend beveiligingsniveau garanderen dat in verhouding staat tot het desbetreffende risico. Het niet kennen van de norm als zodanig disculpeert immers niet. Dit 'kleurloze' verwijt geldt niet alleen voor overtredingen, maar in beginsel ook voor opzetdelicten, want opzet ziet gewoonlijk niet op de wederrechtelijkheid van een gedraging.¹⁸⁹ Gelet op het voorgaande hoeft het niet te verbazen dat de bestuursrechter met betrekking tot het waarborgen van een integere bedrijfsuitoefening hoge eisen stelt aan de onderneming. De wettelijke norm van artikel 3:10 Wft en artikel 4:11 Wft om adequaat beleid te voeren dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt, is volgens het CBB voldoende kenbaar, mede gelet op de uitwerking van onderdelen daarvan in algemene maatregelen van bestuur (Bpr en BGfo). Van de toezichthouder kan geen verdere *guidance* worden verlangd. Volgens het CBB vormt een beheerste en integere bedrijfsuitoefening primair de eigen verantwoordelijkheid van de financiële onderneming en is die in het belang van die onderneming zelf. Daarmee wordt per definitie van een financiële onderneming gevergd dat zij de eigen organisatie op continue basis doorlicht om te inventariseren welke integriteitsrisico's zich voordoen en daarop beleid te formuleren en dat beleid zo nodig aan te passen om de integere uitoefening van het bedrijf blijvend te waarborgen.¹⁹⁰

Het gaat bij deze open norm, zoals ik in hoofdstuk 2 aangaf, gewoonlijk om een optelsom van structurele overtredingen. Dit kan gaan om open normen en gesloten normen of om een combinatie van beide soorten normen. Omdat het dan gaat om structurele overtredingen die raken aan de bedrijfsvoering is de rechtszekerheid niet in geschil wat mij betreft, ook niet bij een sanctie. Een voorbeeld vormt de zaak van de beleidsbepaler van Amstel Capital Management. In die zaak waren de cliëntdossiers niet op orde (art. 4:23 Wft), was geen adequaat beleid gevoerd ter voorkoming van belangenconflicten (art. 4:88 Wft), was een beleidsbepaler niet aangemeld (art. 4:26 Wft) en was het provisieverbod overtreden (art. 4:90 Wft). De laatste twee normen zijn *rule based*-normen, terwijl de overige normschendingen ook onmiskenbaar aan de orde waren.¹⁹¹ Hierbij moet voorts worden bedacht dat de AFM ook voor iedere onderliggende overtreding afzonderlijk een bestuurlijke boete had kunnen opleggen.

Uit het oogpunt van rechtszekerheid vind ik artikel 4:11 lid 1 onder d Wft daarentegen in potentie problematisch. Daaruit volgt voor een beleggingsonderneming

189 HR 24 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8783, NJ 2007/544, m.nt. Y. Buruma (kleurloos opzet).

190 CBB 20 juli 2017, ECLI:NL:CBB:2017:274, RF 2018/9 (betaaldienstverlener).

191 CBB 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:366, AB 2021/187, m.nt. R. Stijnen (bestuurder Amstel Capital Management). Zie in vergelijkbare zin CBB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, AB 2018/41, m.nt. R. Stijnen (Geldshop).

dat onder het waarborgen van een adequaat beleid mede wordt verstaan dat wordt tegengegaan dat andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers worden verricht die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad. Hier wordt in feite artikel 6:162 BW via het bestuursrecht gesanctioneerd. Een tegenwicht tegen willekeur vorm wellicht de zinsnede 'op een dusdanige wijze'. Het CBB maakt hiervan dat het door Optieclub aanbieden van binaire opties niet is aan te merken als een 'onmiskerbare schending' van de maatschappelijke norm die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan schaden.¹⁹² Daar kan ik vrede mee hebben. Met betrekking tot de generieke zorgplicht voor financiële dienstverleners is in artikel 4:24a Wft bepaald dat de AFM slechts bij evidente misstanden die het vertrouwen in de financiële dienstverlener of in de financiële markten kunnen schaden overgaat tot het geven van een aanwijzing. Het moet dus gaan om een evidente schending van de zorgplicht en er wordt dan eerst gehandhaafd met een aanwijzing. Hier slaat de wetgever te ver door met rechtsbescherming.

Ten aanzien van de invulling van de norm van geschikte advisering in artikel 4:23 lid 1 onder b Wft schreef ik in hoofdstuk 2 dat de rechtbank Rotterdam maatgevend vindt of gelet op de ingewonnen gegevens het advies – naar objectieve maatstaven – in redelijkheid kan worden gegeven. Hieruit volgt dat de AFM geen subjectieve beoordelingsruimte toekomt. Omdat de toezichthouder op overtreding van artikel 4:23 Wft kan reageren met bestraffende en herstelsancties, kan – gelet op artikel 5:4 lid 2 Awb – het inzicht van de toezichthouder niet bepalend zijn voor de vraag of de wettelijke norm is geschonden.¹⁹³ Ik schreef voorts dat artikel 4:23 lid 1 onder a en b Wft tezamen een gemengde verplichting opleveren, omdat onderdeel b wel een resultaat vergt, maar dit mede afhankelijk maakt van wat de consument of cliënt zelf heeft meegedeeld. De uit onderdeel a voortvloeiende verplichting om een cliëntenprofiel aan te leggen alvorens te adviseren heb ik daarom aangemerkt als een inspanningsverplichting. Omdat de rechtspraak zich tot nu toe vooral heeft gericht op onderdeel a, doet zich de vraag voor in hoeverre bij die inspanningsverplichting ruimte is voor disculpatie. Het CBB zag toch enige ruimte voor het aannemen van een verminderd verwijt, en daarom voor een (beperkte) verlaging van het boetebedrag, omdat sprake was van een open norm die nog niet was uitgekristalliseerd in de rechtspraak en de onderneming zich – zij het niet voldoende – had ingespannen aan de norm te voldoen door een externe adviseur in te schakelen.¹⁹⁴ Opvallend is dat er – zoals het CBB ook overwoog – wel themaonderzoeken en boetebesluiten van de AFM voorhanden waren omtrent de invulling van de

192 CBB 4 oktober 2016, ECLI:NL:CBB:2016:273, RF 2017/6 (Optieclub).

193 Vergelijk CRvB 6 december 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU7664, RSV 2006/57, m.nt. R. Stijnen en Rb. (vzr.) Rotterdam 6 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2013, RF 2009/95. In sommige gevallen – die zich hier niet voordoen – bestaat er bij sancties niettemin op onderdelen beoordelingsruimte voor het bestuur. Zie mijn noot bij ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:59, AB 2015/92.

194 CBB 20 februari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:49, RF 2015/54, r.o. 10.3.

zorgplicht van artikel 4:23 Wft. Het zal hier de combinatie zijn geweest van een open norm en het inschakelen van hulp door een derde die reden zal hebben gegeven voor het aannemen van een verminderd verwijt.

Waar de wetgever nadere invulling van een open norm aan de beroepsgroep heeft gelaten, kan – zoals we in hoofdstuk 2 zagen bij het verbod van overkreditering – de beroepsgroep zelf aan die norm invulling geven met gedragscodes.¹⁹⁵ Daarmee wordt de beroepsgroep ruimte gelaten, terwijl me dit uit een oogpunt van rechtszekerheid ook geen probleem lijkt. Zodra de regelgever zelf alsnog de norm invult, zoals is gebeurd met de Tijdelijke regeling hypothecair krediet, kunnen de marktpartijen zich niet langer richten op de eigen gedragscodes, maar komt daarvoor de regeling in de plaats. Ook overigens kunnen marktpartijen zich niet per definitie verschuilen achter gedragscodes. Zo overwoog het CBB in een consumentenzaak dat de ACM zich in haar rol als toezichthouder niet bezig hoeft te houden met de inhoud van door marktpartijen opgestelde gedragscodes.¹⁹⁶ De omstandigheid dat er gedragscodes zijn, doet volgens het CBB niet af aan de bevoegdheid van de ACM om in geval van overtreding van de desbetreffende wettelijke normen een boete op te leggen. Hiertegen valt in te brengen dat het naleven van gedragscodes wel gevolgen kan hebben voor de verwijtbaarheid. Hier lijkt het CBB wel enig oog voor te hebben. In de zojuist genoemde consumentenzaak overwoog het namelijk ook dat van verminderde verwijtbaarheid geen sprake was, want de betrokken ondernemingen hadden zich in elk geval op meerdere en ook belangrijke onderdelen niet aan de gedragscode gehouden.

In hoofdstuk 3 zagen we dat het cliëntonderzoek op basis van de Wwft deels bestaat uit resultaatsverplichtingen en deels uit een zware inspanningsplicht. Voor trustkantoren wordt op basis van de oude Wtt en de nieuwe Wtt 2018 de nadruk gelegd op resultaatsverplichtingen, met dien verstande dat in de zaak *Van Baerle Trust Company* door het CBB werd overwogen dat ‘absolute zekerheid’ geen maatstaf vormt.¹⁹⁷ Dat is wellicht op de keper beschouwd een semantische kwestie, want is in dat geval niet gewoon sprake van een zware inspanningsplicht om alle cliëntgegevens te achterhalen en om de UBO te identificeren? Daar is tegenin te brengen dat een enkele inspanning niet volstaat. Indien onvoldoende informatie kan worden verkregen om de cliënt te identificeren dan mag de dienstverlening niet plaatshebben. In de zaak *bunq* zagen we dat een bank aan de hand van data-analyse een gemiddeld klantprofiel mag vaststellen en toepassen en dit zo nodig gedurende de relatie door transactiemonitoring kan bijstellen.¹⁹⁸ Dit alles geeft wel aan dat inspannings- en resultaatsverplichtingen soms moeilijk van elkaar zijn te onderscheiden.

195 CBB 19 juli 2013, ECLI:NL:CBB:2013:69, JOR 2013/280, m.nt. J.M. van Poelgeest.

196 CBB 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285, r.o. 12.4.

197 CBB 28 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6866, JOR 2013/174 (*Van Baerle Trust Company*), m.nt. M. van Eersel, r.o. 5.3.6.

198 CBB 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344, m.nt. R. Stijnen (*bunq*).

4.5 Daderschap, aansprakelijkheid en (wederom) verwijtbaarheid in het bestuursrecht

In het inleidende hoofdstuk schreef ik over het functionele daderschap van rechtspersonen en de aansprakelijkheid van feitelijk leidinggevers in het straf- en bestuursrecht.¹⁹⁹ Het daderschap van de rechtspersoon is een kwestie van redelijke toerekening.²⁰⁰ Omdat bij die toerekening het al dan niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden gevergd met het oog op voorkoming van de overtreding een van de alternatieve omstandigheden van het aan te leggen *Drijfmestcriterium* vormt, kan worden betoogd dat het niet naleven van die zorgplicht valt binnen het bewijsdomein van het bestuursorgaan en niet valt onder een door de rechtspersoon aannemelijk te maken schulduitsluitingsgrond.²⁰¹ Daartegenin kan worden ingebracht dat er volgens het *Drijfmest*-arrest nog meer alternatieve omstandigheden zijn die afzonderlijk of tezamen reeds kunnen leiden tot deze toerekening – waaronder die dat de gedraging (een handelen of nalaten) is verricht door een medewerker van de rechtspersoon en/of past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon²⁰² –, terwijl *Drijfmest* enkel ziet op het plegen van het grondfeit, niet op schuld of opzet. In een eerder arrest werd door de Hoge Raad ook geoordeeld dat de afwezigheid van alle schuld wegens het betrachten van de maximaal te vergen zorg door de rechtspersoon moest leiden tot ontslag van rechtsvervolging.²⁰³ Waar bepaalde rechtsnormen (zorgplichten) zich specifiek richten tot rechtspersonen of daaraan gelijk te stellen entiteiten, zoals in de Wft, zien we dat de toerekening stilzwijgend gebeurt. Indien de overtredingen binnen de onderneming plaatshebben, wordt in feite gelijk uitgegaan van daderschap van die onderneming. Ik sluit echter niet uit dat een rechtspersoon zich aan de hand van het criterium van redelijke toerekening zou kunnen verweren indien hij aannemelijk weet te maken dat een persoon binnen de onderneming op eigen houtje opereerde en de bedrijfsvoering van de onderneming juist was gericht op compliance.²⁰⁴ Als die vraag zich echter afspeelt in het kader van artikel 5:41 Awb, waaruit volgt dat bij het ontbreken van verwijtbaarheid geen boete kan worden opgelegd, dan gaat het

199 De deelnemingsfiguur medeplegen laat ik hier rusten. Die figuur speelt een ondergeschikte rol in het financiële en economische bestuursrecht, terwijl ik ook op de lengte van dit preadvies moet blijven letten.

200 Zie nogmaals HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, AB 2004/310, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Drijfmest*). De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State hanteert tot op heden een afwijkende terminologie die soms ook tot een verruiming van het functioneel daderschap leidt. Zie daarover bijvoorbeeld T.N. Sanders, *Handboek toezicht, handhaving en invordering*, Den Haag: Boom juridisch 2022, hoofdstuk 3. Omdat ik verwacht dat de Afdeling na een gevraagde conclusie (ECLI:NL:RVS:2023:579) meer zal aansluiten bij de Hoge Raad en het CBB (dat de Hoge Raad volgt) en omdat voor dit preadvies vooral de lijn van het CBB (en dus die van de Hoge Raad) relevant is, laat ik dit verschil rusten.

201 Zie bijvoorbeeld R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 558-559 en A-G Keus 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:5 (*Nuon/Liander*), punt 4.8.

202 Zie bijvoorbeeld HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5349, RvdW 2012/224.

203 HR 2 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB7899, NJ 1993/476 (*Aflatoxinepinda's*).

204 Zie CBB 3 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:200, AB 2015/298, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen (*Landelijke Huisartsen Vereniging*) over het niet toerekenen van zegelverbreking aan de vereniging aan de hand van het *Drijfmest*-arrest.

om een exceptie en niet om het *Drijfmestcriterium*, dat immers ziet op ouderschap en niet op verwijtbaarheid. In een boetezaak maakt dit in eindresultaat (afgezien van de bewijslastverdeling²⁰⁵) geen verschil, maar buiten het punitieve bestuursrecht speelt artikel 5:41 Awb geen rol, dus ligt dan de vraag naar de te betrachten zorg in het ouderschap zelf. Ontwikkelingen in de rechtspraak over evenredigheid zouden dit dogmatische onderscheid misschien minder relevant kunnen maken. Sinds *Harderwijk* wordt immers de evenredigheidstoets van artikel 3:4 lid 2 Awb ingekleurd door de Unietrits geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid, waarbij ook verwijtbaarheid een rol zou kunnen spelen.²⁰⁶ In de zaak *bunq* zien we overigens weliswaar een intensieve evenredigheidstoets, maar overweegt het CBB niettemin dat voor een aanwijzing de (mate van) verwijtbaarheid geen rol speelt, maar slechts of de overtreding kan worden toegerekend aan de onderneming.²⁰⁷ Ik hou het er daarom op dat artikel 5:41 Awb voor de beboetbaarheid van rechtspersonen relevant blijft.²⁰⁸

Indien een rechtspersoon een overtreding heeft begaan dan komt de aansprakelijkstelling van degene die binnen de onderneming aan de overtreding feitelijk leiding heeft gegeven mogelijk in beeld.²⁰⁹ De vervolging of beboeting van de rechtspersoon vormt echter geen noodzakelijke voorwaarde. De ondergrens vormt het *Slavenburgcriterium*: de desbetreffende persoon – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – laat maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege en aanvaardt bewust de aanmerkelijke kans dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Dit (voorwaardelijk) opzet hoeft niet ook gericht te zijn op de wederrechtelijkheid van de gedragingen.²¹⁰ Het enkel zijn van bestuurder van een rechtspersoon die een overtreding heeft begaan is op zichzelf overigens niet voldoende voor het feitelijk leidinggeven, maar indien de feitelijke hoofdactiviteit van de rechtspersoon bestaat uit de verboden gedraging en een bestuurder alleen of zelfstandig bevoegd is om besluiten te nemen, is in beginsel wel voldaan aan het hiervoor geformuleerde criterium van feitelijk leidinggeven.²¹¹ Een bestuurder wordt immers geacht op de hoogte te zijn van de hoofdactiviteiten van de door hem

205 De overtreder dient een exceptie aannemelijk te maken. Zie laatstelijk Rb. Rotterdam 28 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11312 (*universele postdienst*).

206 R. Stijnen, 'Damocles en de herijking van het evenredigheidsbeginsel. Een artikelnoot bij de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285 (*Harderwijk*) en ECLI:NL:RVS:2022:335 (*Waadhoeke*)', *Gst.* 2022/27.

207 Cbb 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707, AB 2022/344, m.nt. R. Stijnen (*bunq*), r.o. 13.4.3 en 13.4.5.

208 Het gaat hier om de inzet van het boete-instrument, voor de boetehoogte geldt het regime van art. 5:46 lid 2 of lid 3 Awb. Zie ook ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, *Gst.* 2022/27 (*Harderwijk*), r.o. 7.5.

209 HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (*overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*).

210 Onder meer Cbb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312, RF 2016/4; Cbb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:400, AB 2018/366, m.nt. R. Stijnen (*CEO Imtech*) en Cbb 30 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:419, RF 2020/77 (*Today's Tomorrow*).

211 Onder meer Cbb 7 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:54, RF 2016/73; Cbb 25 januari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:14, AB 2017/80, m.nt. O.J.D.M.L. Jansen en Cbb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327, AB 2018/42, m.nt. R. Stijnen.

bestuurde rechtspersoon en is redelijkerwijs gehouden maatregelen te nemen om te voorkomen dat die hoofdactiviteiten in strijd zijn met de wet. Doet hij dit niet dan aanvaardt hij dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Indien de financiële onderneming het verwijt treft dat zij geen adequaat beleid heeft gevoerd dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt, dan zal een formele bestuurder daarvoor dus in beginsel mede aansprakelijk zijn als feitelijk leidinggever.²¹²

Is er nog ruimte voor een beroep op artikel 5:41 Awb wegens het ontbreken van verwijtbaarheid, indien eenmaal vast is komen te staan dat iemand feitelijk leiding heeft gegeven aan de overtreding? Gelet op de voorwaardelijke en kleurloze opzet die is vereist, zou kunnen worden beargumenteerd van niet. Dit opzetvereiste gaat immers verder dan de eisen die gelden voor het kunnen aannemen van functioneel ouderschap van een rechtspersoon. Voor het functioneel ouderschap van een natuurlijk persoon en bij feitelijk leidinggeven is namelijk de eigen geestesgesteldheid van de natuurlijke persoon relevant, want in het Nederlandse strafrecht wordt opzet ten aanzien van een delictsbestanddeel niet toegerekend aan een natuurlijk persoon indien de geestesgesteldheid bij hem of haar niet persoonlijk aanwezig is geweest.²¹³ Licht dit voor schulddelicten anders? In dat geval moet de feitelijk leidinggever net als de rechtspersoon verwijtbare nalatigheid worden verweten. In de strafzaak *Vuurwerkkramp Enschede* werd het de twee feitelijk leidinggevers van vuurwerkopslagbedrijf SE Fireworks verweten dat er te zwaar en massa-explosief vuurwerk lag opgeslagen. Geoordeeld werd dat zij dit weliswaar niet wisten omdat zij er niet bij hebben stilgestaan, maar zij hadden dit wel moeten doen vanwege hun ervaring en deskundigheid.²¹⁴ Voldoende is dat zij de zaken op hun beloop lieten, terwijl zij beter hadden moeten weten. Mij is niet helemaal duidelijk in hoeverre hier is voldaan aan het *Slavenburgcriterium* als ondergrens van feitelijk leidinggeven, want volgens de Hoge Raad ligt in feitelijk leidinggeven altijd een zelfstandig opzetvereiste op de verboden gedraging besloten.²¹⁵ Wellicht ligt het kleurloos opzet daarin dat de directeuren van SE Fireworks wel wisten hoeveel vuurwerk er lag opgeslagen in de opslagplaatsen in de woonwijk en ligt het schuldelement erin dat zij gelet op het soort vuurwerk (waaronder titaniumshells) niet af mochten gaan op de onjuiste etikettering.²¹⁶

212 Bijvoorbeeld en CBB 30 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:419, RF 2020/77 (*Today's Tomorrow*) en CBB 6 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:366, AB 2021/187, m.nt. R. Stijnen (bestuurder Amstel Capital Management).

213 HR 23 februari 1954, ECLI:NL:HR:1954:3, NJ 1954/378, m.nt. B.V.A. Röling (Ijzerdraad) en HR 1 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7741, JB 2007/3, m.nt. C.L.G.F.H. Albers (niet langer wordt opzet of grove schuld van belastingadviseur toegerekend aan de belastingplichtige).

214 HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP4584, NJ 2006/421 en ECLI:NL:HR:2005:AP8469, NJ 2006/422 (*Vuurwerkkramp Enschede*), respectievelijk r.o. 8 e.v. en r.o. 3 e.v.

215 Zie HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (*overzichtsarrest feitelijk leidinggeven*), r.o. 3.5.3.

216 Vergelijk HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9379, NJ 1994/53 en HR 8 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1511, NJ 1999/579, waarin sprake was van feitelijk leidinggeven aan overtredingen van de Wet arbeid vreemdelingen, ook al wist de beleidsbepaler niet dat er telkens geen vergunning voorhanden was, maar had hij dit wel kunnen weten. Er is dus voorwaardelijk opzet mogelijk ook indien de betrokkene niet alle feiten kent.

Voor rechtspersonen en feitelijk leidinggevers ligt er mogelijk als disculpatiegrond nog enige ruimte voor verontschuldgbare rechtsdwaling, dat wil zeggen dat men dwaalt over de invulling van een verplichting, wat raakt aan afwezigheid van alle schuld (art. 5:41 Awb), maar ook aan het leerstuk van een pleitbaar standpunt. Van een pleitbaar standpunt (een pleitbare uitleg van het (belasting)recht) is sprake indien de belastingplichtige ten tijde van het doen van aangifte naar objectieve maatstaven redelijkerwijs kon en mocht menen dat zijn uitleg van het belastingrecht juist was. Deze beoordeling naar objectieve maatstaven brengt mee dat degene die zich op een pleitbaar standpunt beroept, daarvoor een beroep kan doen op bronnen of opinies waarmee hij ten tijde van de aangifte niet bekend was.²¹⁷ Bij een pleitbaar standpunt kan gelet op paragraaf 4 Besluit Bestuurlijke Boeten Belastingdienst geen boete worden opgelegd. Buiten het fiscale recht wordt het pleitbare standpunt bepaald niet omarmd, maar toch wordt daar wel voor gepleit, om de scherpe kantjes van de kleurloosheid van schuld en opzet te halen.²¹⁸ Het onderscheid tussen rechtsdwaling en een pleitbaar standpunt is ook flinterdun. Daar komt bij dat voor feitelijk leidinggeven een pleitbaar standpunt wel tot gevolg zou hebben dat daarmee het vereiste voorwaardelijk opzet vervalft.²¹⁹ In dit verband wijs ik erop dat het opzet weliswaar kleurloos is, maar dat bij rechtsdwaling of een pleitbaar standpunt toch het opzet wordt ingekleurd en daarmee vervalft. Kleurloos opzet is daarmee in feite een bewijsvraagstuk, want op de overtreder ligt de last om aannemelijk te maken dat hij mocht menen dat zijn bewuste gedraging was toegestaan.²²⁰ We zien wel dat de bestuursrechter een beroep van een beleidsbepaler op artikel 5:41 Awb afdoet op de feitelijke wetenschap of verantwoordelijkheid van de beleidsbepaler en dat een ingewonnen advies gelet op de slechte kwaliteit of onvolledigheid daarvan niet kan bijdragen aan het oordeel dat verwijtbaarheid ontbreekt.²²¹

4.6 Rechtszekerheid en aansprakelijkheid in het burgerlijk recht

In de civiele rechtspraak speelt de rechtszekerheid een beperktere rol dan in het publiekrecht, juist omdat de wel erg open zorgplichten uit het verbintenissenrecht vrijwel volledig worden ingevuld door de burgerlijke rechter, terwijl het in het verbintenissenrecht ook gaat om wat partijen in het voorliggende geval van elkaar mochten verwachten. Om die reden heb ik ook slechts een onderscheid gemaakt tussen resultaatsverplichtingen en inspanningsverplichtingen met het oog op bestuursrechtelijke handhaving. Dit laat onverlet dat voorspelbaarheid ook in het

²¹⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2020, AB 2021/67, m.nt. R. Stijnen.

²¹⁸ Zie daarover bijvoorbeeld D.R. Doorenbos, 'Specialisatie en rechtsvinding in het economisch strafrecht', *Trema* 2010/7, p. 272-282.

²¹⁹ Zie C.M.I. van Asperen de Boer, 'Strafrechtelijke waarborgen bij de bestuurlijke boete', in: M. Jurgens en R. Stijnen (red.), *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018 (derde druk), p. 258.

²²⁰ Zie punt 6 van mijn noot bij HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:24, AB 2014/339.

²²¹ Bijvoorbeeld Cbb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409, RF 2018/43; Cbb 14 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:401, AB 2018/367, m.nt. R. Stijnen (CFO Imtech) en Cbb 30 juni 2020, ECLI:NL:CBB:2020:419, RF 2020/77 (*Today's Tomorrow*).

verbintenissenrecht een belangrijke factor is. Juist om bij iedere schadezaak de weg naar de rechter of het Kifid te vermijden is het relevant dat partijen – zo nodig met juridische bijstand – een inschatting kunnen maken van hun proceskansen en aan de hand daarvan bereid zijn tot een schikking. Dit speelt temeer in zaken die geregeld spelen zoals de afwikkeling van effectenlease. Gelet op de grote hoeveelheid zaken lijkt me dat de voorspelbaarheid van de slaagkans van een procedure er dan temeer toe doet.

Voorspelbaarheid staat echter niet gelijk aan de legaliteitseis die in het publiekrecht geldt. Ik noem enige voorbeelden, waarbij ik start met een oud voorbeeld over verontreinigde grond. In civiele zaken die draaien om schadevergoeding uit onrechtmatige daad, is vaak sprake geweest van verkeersopvattingen die het leerstuk van onrechtmatige daad inkleuren. Ik denk daarbij niet alleen aan *Lindenbaum/Cohen*,²²² maar ook aan een arrest van de Hoge Raad over de vordering van (erven van) een particulier tot vergoeding van waardedaling van door de gemeente aan hem (onrechtmatig) verkochte verontreinigde grond. Beslissend voor de vraag of de gemeente onrechtmatig handelde, was wat de gemeente wist of redelijkerwijs moest begrijpen toen zij de grond als bouwgrond uitgaf. De Hoge Raad oordeelde dat het gerechtshof terecht heeft geoordeeld dat naar de huidige rechtsopvattingen de uitgifte van bouwgrond onder de genoemde omstandigheden in het algemeen onrechtmatig is jegens latere eigenaren of gebruikers, dat het handelen van de gemeente in de jaren zestig moet worden beoordeeld naar de toentertijd geldende maatstaven en kennis en dat het handelen van de gemeente onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen onrechtmatig is.²²³ In de zaak *SNS/Stichting* overwoog de Hoge Raad dat de bijzondere zorgplicht van de bank, ook in de periode 1999-2003, meebracht dat zij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst tot hypothecair krediet met een consument inlichtingen diende in te winnen over diens inkomens- en vermogenspositie teneinde overkreditering van de consument te voorkomen. Dat deze verplichting pas nadien in regelgeving is vastgelegd, laat onverlet dat de norm al voordien tot ontwikkeling was gekomen. De vastlegging in geschreven recht vormde veeleer de bevestiging daarvan, aldus de Hoge Raad.²²⁴

Nog een voorbeeld met een publiekrechtelijke dimensie: de effectenleaserechtsppraak. Indien wordt tekortgeschoten in de (indringende) waarschuwingsplicht

222 HR 31 januari 1919, ECLI:NL:HR:1919:AG1776, NJ 1919, p. 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

223 HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo870, NJ 1994/290, m.nt. C.J.H. Brunner (*Groningen/Erven Zuidema*), slotdeel van r.o. 3.3. In vergelijkbare zin kan worden gewezen op eerdere arresten, waarbij evenzeer de eigen wetenschap van de gemeente een rol speelde (HR 13 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC3284, NJ 1988/139 (*Haagse gasfabriek*) en HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo707, NJ 1994/286, m.nt. C.J.H. Brunner (*Steendijkpolder*)). Zie voorts T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Grenzen aan aansprakelijkheid voor uitgifte van verontreinigde grond?', *MvV* 2008/5, p. 114-116.

224 HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107, RF 2018/1 (*SNS/Stichting*). Uit HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2298, RF 2019/12 (*Hypinvest*) volgt dat die zorgplicht ook geldt voor andere professionele kredietverstrekkers.

– waaraan de gedachte ten grondslag ligt dat de niet-professionele belegger (lees: consument) moet worden beschermd tegen ondoordachte beleggingsbeslissingen – dan is sprake van een onrechtmatige daad van de bank/beleggingsonderneming. In dat geval hoeft niet noodzakelijkerwijs alle schade te worden vergoed. Rekening kan worden gehouden met de eigen schuld van de klant. Het in het tweede hoofdstuk genoemde hofmodel voorziet in de volgende verdeling: de aanbieder moet wegens zijn verzuim van zijn verplichting om de afnemer indringend te waarschuwen voor het restschuldrisico, de restschuld vergoeden, waarbij echter een derde deel daarvan voor rekening van de afnemer blijft omdat de schade mede aan hem kan worden toegerekend als bedoeld in artikel 6:101 BW wegens eigen onoplettendheid. De Hoge Raad ging daarin mee, maar heeft in de arresten *B/Dexia* en *T/Dexia* daarop een uitzondering gemaakt.²²⁵ Volgens de Hoge Raad moet Dexia namelijk de volledige schade vergoeden aan de consument in de situatie dat de particuliere belegger bij Dexia is aangebracht door een cliëntenremisier die, in strijd met de oude effectenwetgeving, tevens beleggingsadvieswerkzaamheden heeft verricht zonder over de daarvoor noodzakelijke vergunning te beschikken, en Dexia hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn. Het contracteren in weerwil van dit verbod moet Dexia bij de toepassing van artikel 6:101 BW zwaar worden aangerekend, aldus de Hoge Raad. Bij effectenleaseovereenkomsten die op deze wijze tot stand zijn gekomen, is de inhoud van het advies niet meer van belang, evenmin als een eventueel eigen inzicht van de afnemer in het aan te schaffen product. Dexia had de afnemer immers hoe dan ook moeten weigeren. Wat precies onder adviseren moet worden verstaan is daarom onderwerp van debat (geweest) in procedures over effectenlease. Ook onder de oude sectorale wetgeving was met het oog op vergunningsplicht van tussenpersonen van belang of er al dan niet sprake was advisering. De naamvoorganger van de AFM, de Stichting toezicht effectenverkeer (STE) heeft zich in een beleidsbrief uit 2002 uitgelaten over het begrip advisering. Mede omdat de STE/AFM destijds als gedelegeerd toezichthouder nadere regels had vastgesteld, kwam aan het standpunt van de STE/AFM volgens de Hoge Raad in effectenleaseprocedures – die betrekking hadden op de periode 1995 tot 2007 – groot gewicht toe. De Hoge Raad ging verder door in een oude regeling van de STE een verbod in te lezen op het accepteren van een klant door een beleggingsonderneming indien die werd aangebracht door een cliëntenremisier die buiten zijn vergunningvrijstelling om had geadviseerd, terwijl dat pas in een latere versie was opgenomen.²²⁶ Het komt erop neer dat bij de schadeverdeling wordt aangesloten op een later ingevoerd (en nog later ingekleurd) publiekrechtelijk contracteerverbod.

Uit deze voorbeelden blijkt ook dat het essentieel is om bij zorgplichten steeds onderscheid te blijven maken tussen publiek- en privaatrecht. De inzet in beide rechtsgebieden is dusdanig verschillend dat de rechtszekerheid in beide rechtsgebieden een andere rol speelt.

225 HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, RF 2017/1 (*B/Dexia*) en HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1935, RF 2019/15 (*T/Dexia*).

226 HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:862, AB 2022/328, m.nt. R. Stijnen.

In het vermogensrecht wordt een rechtspersoon gelijkgesteld aan een natuurlijke persoon, tenzij het tegendeel is bepaald (art. 2:5 BW). Rechtspersonen worden vertegenwoordigd door natuurlijke personen. Een door een rechtspersoon verrichte rechtshandeling is door de rechtspersoon vernietigbaar, indien daardoor het doel werd overschreden en de wederpartij dit wist of zonder eigen onderzoek moest weten (art. 2:7 BW). Hoofregel is dat het bestuur een rechtspersoon vertegenwoordigt, maar de statuten kunnen ook voorzien in vertegenwoordiging door anderen (zie bijvoorbeeld art. 2:40 BW). In het vermogensrecht is er minder snel ruimte om een bestuurder persoonlijk aansprakelijk te houden voor gedragingen binnen de onderneming, dan in het publiekrecht. Dit hangt samen met de notie dat het de onderneming is die deelneemt aan het rechtsverkeer. Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is uitgangspunt dat alleen de vennootschap aansprakelijk is voor daaruit voortvloeiende schade. Een bestuurder is slechts aansprakelijk als hem persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.²²⁷ Helemaal uitgesloten is deze civielrechtelijke aansprakelijkheid dus niet. Een recent voorbeeld vormt de situatie waarin een bestuurder uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk werd gehouden voor het onvermogen van de onderneming om een door de AFM opgelegde bestuurlijke boete te voldoen. Het Hof Den Haag oordeelde:

‘Appellant heeft, in de wetenschap dat de AFM voornemens was een boete op te leggen, door middel van een reeks onverplichte dividenduitkeringen bewerkstelligd c.q. toegestaan dat het vermogen aan Your Finance is onttrokken zodat Your Finance de op te leggen boete niet zou kunnen betalen en ook geen verhaal zou bieden. Appellant heeft daarmee zodanig onzorgvuldig jegens de AFM gehandeld dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit geldt temeer nu de onverplichte dividenduitkeringen plaatsvonden in het kader van een transactie waarvan appellant persoonlijk heeft geprofiteerd in de vorm van een winstrecht. Hij heeft daarmee zijn eigen (privé)belang boven dat van de AFM als crediteur van Your Finance gesteld.’²²⁸

227 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:246, JOR 2015/102.

228 Hof Den Haag 22 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:194, RF 2022/48 (Your Finance), r.o. 6.11.

5 Conclusie

In dit preadvies stonden zorgplichten van financiële ondernemingen centraal. Er kwamen weliswaar enige voorbeelden buiten het toezicht door de AFM en DNB langs, maar het gros van de genoemde zorgplichtbepalingen kwam uit de Wft en de Wwft. Daarnaast heb ik gekeken naar de zorgplichtbepalingen in het verbintenissenrecht, die in bepaalde gevallen complementair zijn aan de publiekrechtelijke zorgplichten (denk aan zorgvuldige advisering), maar soms ook (deels) daaraan tegengesteld kunnen zijn (denk aan enerzijds de poortwachtersfunctie van banken inzake het tegengaan van witwassen en anderzijds de maatschappelijke zorgplicht die volgt uit de spilfunctie van banken in het betalingsverkeer). Voor zover het publiekrechtelijke zorgplichten betreft, heb ik in de hoofdstukken 2 en 3 onderzocht of het gaat om resultaatsverplichtingen, inspanningsverplichtingen of mengvormen. Ik ben daar in hoofdstuk 4 nog wat dieper op ingegaan aan de hand van voorbeelden uit de handhavingspraktijk van de ACM en de NVWA. Daarbij heb ik ook gekeken naar de verhouding tussen rechtszekerheid bij open zorgplichtbepalingen, daderschap en verwijtbaarheid.

Hierna kom ik tot enige observaties die leiden tot een zestal stellingen.

In de hoofdstukken 2 en 3 komt naar voren dat zowel publiekrechtelijke als civielrechtelijke handhaving van zorgplichten van financiële ondernemingen noodzakelijk is. Zij vullen elkaar aan en zij moeten elkaar in balans houden. Omdat de toezichthouders zijn belast met het publieke belang, is het gedragstoezicht van de AFM gericht op misstanden inzake bijvoorbeeld advisering of overkreditering die een groep consumenten of beleggers raakt of op het niet waarborgen van een integere bedrijfsuitoefening door een financiële dienstverlener of beleggingsonderneming. Het prudentiële toezicht van DNB en het toezicht van DNB uit hoofde van de Wwft zien vooral op wetsnaleving, waarbij (veelal) sprake is van een risicogestuurd toezicht. Zo zal het nalevingstoezicht van DNB zien op de wijze waarop banken hun bedrijfsvoering hebben ingericht met betrekking tot het verrichten van cliëntenonderzoek en het monitoren van transacties en doen van meldingen van ongebruikelijke transacties. Dit brengt me tot de volgende stelling: (1) 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.

Uit hoofdstuk 2 blijkt voorts het volgende. Consumenten en beleggers die menen dat zij gedupeerd zijn doordat zij niet zijn gewaarschuwd dat een financieel product niet passend was, doordat zij zijn geadviseerd een niet geschikt financieel product

aan te schaffen, doordat het vermogensbeheer te risicovol is geweest, of doordat zij niet zijn gewaarschuwd of behoed voor overkreditering dienen zich – wanneer de financiële onderneming niet thuis geeft – te wenden tot de burgerlijke rechter of tot de Geschillencommissie van het Kifid. Voorts is een zogenoemde *class action* mogelijk. Op basis van het verbintenissenrecht wordt bepaald of sprake is van een tekortkoming of onrechtmatige daad, waarbij ook de eigen onoplettendheid van de consument of belegger een rol kan spelen. Hieruit volgt de volgende stelling: (2) 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.

Uit hoofdstuk 3 volgt verder dat er evenzeer een taak voor de burgerlijke rechter of het Kifid ligt voor zover een bank met het oog op naleving van de Wwft of anderszins een rekeninghouder de deur wijst of die dicht houdt voor een beoogde klant. Met betrekking tot dit laatste is het goed te beseffen dat de Wft en Wwft elkaar deels overlappen (denk aan de integrale bedrijfsuitoefening die mede inhoudt dat banken cliëntenonderzoek moeten doen), maar ook dat de financiële dienstverlening van banken – die deels uit de Wft voortvloeit, maar bovenal voortkomt uit een maatschappelijke zorgplicht – op gespannen voet kan staan met de poortwachtersfunctie die aan banken is toebedeeld. *De-risking* door banken heeft onder meer tot gevolg dat sekswerkers en anderen die werkzaam zijn in een branche waarin meer cash geld omgaat dan elders, zich mogelijk gedwongen zien om gebruik te maken van niet-legale financiële dienstverlening. Het is de vraag of we dat moeten willen. Weliswaar staat ook voor hen de toegang tot de burgerlijke rechter open, maar het zou beter zij als de wetgever zich deze problematiek aan zou trekken. Dit brengt me tot de volgende stelling: (3) 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.

In paragraaf 4.4 heb ik de vraag gesteld of bij inspanningsverplichtingen meer ruimte is voor disculpatie dan bij resultaatsverplichtingen of juist het tegenovergestelde. In algemene zin ben ik geneigd om het ventiel van schulduitsluiting eerder te hanteren bij een resultaatsverplichting. Een voorbeeld daarvan vormde in paragraaf 4.3 de norm voor de werkgever zodanige maatregelen te treffen dat werknemers in staat worden gesteld hun werkzaamheden te verrichten zonder daarbij hinder of overlast van roken door anderen te ondervinden (art. 11a Tabakswet (oud)). Omdat de resultaatsplicht neerkwam op het effectief handhaven van een rookverbod, zou elke peuk die een cafébezoeker stiekem opsteekt een boetwaardig nalaten van de horecaondernemer kunnen opleveren. Omdat dit tot een onwenselijke risicoansprakelijkheid zou leiden, hebben de NVWA en de bestuursrechter pas een verwijtbare gedraging aangenomen indien de uitbater of het barpersoneel had kunnen ingrijpen, maar dit heeft nagelaten. Indien echter sprake is van een inspanningsverplichting, dan wordt van de marktdeelnemer verwacht dat die met bedrijfsprotocollen en dergelijke zijn best doet om overtredingen te voorkomen en

klanten zorgvuldig te behandelen. Een beroep op het ontbreken van verwijtbaarheid lijkt me bij het niet naleven van zo'n open norm moeilijk, zo niet onmogelijk. De open norm ziet immers op een verplichting de nodige maatregelen te treffen en niet om een resultaat te garanderen. Als de marktdeelnemer dergelijke voorgeschreven maatregelen niet treft, dan lijkt er per definitie sprake van verwijtbaarheid. Het niet kennen van de (reikwijdte van de) zorgplicht disculpeert niet, van de marktdeelnemer wordt verlangd dat hij zo nodig advies inwint of professionele hulp inschakelt. Zie bijvoorbeeld de in paragraaf 4.4 beschreven zaak over de hack van klantgegevens van KPN en de in de hoofdstukken 3 en 4 genoemde zaak over de betaaldienstverlener die onvoldoende maatregelen had getroffen om een integere bedrijfsuitoefening te waarborgen. Bij een mengvorm is het niet eenvoudig te zeggen of en wanneer disculpatie mogelijk is. Daar komt bij dat het niet altijd eenvoudig is onderscheid te maken tussen resultaats- en inspanningsverplichtingen. Niettemin meen ik dat het onderscheid wel bepalend is voor de disculpatievraag indien is vastgesteld dat een zorgplichtbepaling niet is nageleefd. Het voorgaande leidt tot de volgende stelling: (4) Het antwoord op de vraag of een zorgplicht een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting behelst, kleurt het in artikel 5:41 Awb neergelegde leerstuk van afwezigheid van alle schuld in.

In paragraaf 4.5 ben ik ingegaan op het daderschap van rechtspersonen en de aansprakelijkheid van feitelijke leidinggevers. Zowel bij de toerekening van een overtreding aan een rechtspersoon kan zorgplicht een rol spelen als bij het vaststellen van feitelijke leidinggeven. Bij de toerekening speelt immers het al dan niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden geleverd met het oog op voorkoming van de overtreding een van de alternatieve omstandigheden van het aan te leggen *Drijfmeestercriterium*, terwijl de ondergrens voor feitelijke leidinggeven is dat de desbetreffende persoon – hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden – maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. Niettemin lijkt het in beginsel mogelijk dat beide (rechts)personen zich kunnen beroepen op artikel 5:41 Awb, bijvoorbeeld bij rechtsdwaling. Ik moet echter de eerste zaak nog tegenkomen waarin een dergelijk beroep slaagt. Gewoonlijk zal wanneer sprake is van een zorgplichtbepaling – zoals bijvoorbeeld het waarborgen van een integere bedrijfsuitoefening – het daderschap van de onderneming samenvallen met de overtreding. De overtreding kan dan zonder omwegen worden toegerekend aan de rechtspersoon. Voor feitelijke leidinggevers ligt dat net iets genuanceerder, maar veelal zal de uitkomst gelijk zijn. Hieruit volgt de volgende stelling: (5) Het daderschap van een onderneming valt samen met het niet naleven van een zorgplichtbepaling en voor de aansprakelijkheid van een feitelijke leidinggever geldt veelal hetzelfde.

In paragraaf 2.5 kwam aan de orde dat de AFM en DNB, gelet op artikel 1:25d Wft, behoudens opzettelijk verzuim of verzuim te wijten aan grove schuld, niet aansprakelijk zijn voor de schade die zij aanrichten. Dit betekent dat wanneer de toezichthouder volgens de bestuursrechter ten onrechte handhavend heeft opgetreden omdat hij meende dat een of meer zorgplichtbepalingen door een financiële onderneming zijn geschonden, de laatste met financiële en/of reputatieschade

achterblijft. Waar zorgplichten gelden voor marktdeelnemers, mag ook van de handhavende overheid worden verwacht dat die zorgvuldig optreedt. Neveneffect van deze exoneratie was dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam in het kader van een voorlopige voorziening bij (enige) twijfel aan de bevoegdheid van de toezichthouder of aan de evenredigheid van de maatregel de aansprakelijkheidsbeperking in het voordeel van de financiële onderneming liet meewegen. Dit ligt wel voor de hand, want in het kader van de spoedeisendheid (art. 8:81 lid 1 Awb) speelt de onomkeerbaarheid immers een rol. Dit brengt mij ten slotte tot de volgende stelling: (6) 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.

Stellingen

1. 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.
2. 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.
3. 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.
4. Het antwoord op de vraag of een zorgplicht een inspanningsverplichting of een resultaatsverplichting behelst, kleurt het in artikel 5:41 Awb neergelegde leerstuk van afwezigheid van alle schuld in.
5. Het daderschap van een onderneming valt samen met het niet naleven van een zorgplichtbepaling en voor de aansprakelijkheid van een feitelijk leidinggever geldt veelal hetzelfde.
6. 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.

Bestuur en erelid

prof. mr. dr. A.T. Marseille (voorzitter)
mr. L.M. Schouten (secretaris)
mr. N.N. Bontje (penningmeester)
mr. A. Collignon
mr. S.A. van der Does
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
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

Overzicht van de preadviezen, uitgebracht door de VAR

II	mr. A. Koelma mr. R. Kranenburg	De verhouding van staatsrecht en administratief recht	(1940)
IV	mr. J. Kruseman mr. J.H. Scholten	De verhouding van adminis- tratief recht en burgerlijk recht	(1941)
VI	mr. A. Kleyn mr. J.V. Rijperda Wierdsma	De rechtsgevolgen van formeel onjuiste of onbevoegd genomen (verrichte) handelingen of besluiten	(1942)
VIII	mr. L.J.M. Beel mr. G.J. Wiarda	Publiekrechtelijke overeen- komsten	(1943)
X	mr. E. Bloembergen mr. H.E.R.E.A. Frank	Administratieve rechtspraak op economisch terrein	(1946)
XIII	mr. J.M. Kan mr. W.G. Vegting	De grenzen van de verordenende bevoegdheid van de gemeente	(1947)
XV	dr. G.A. van Poelje mr. A.M. Donner dr. Jules Lespes	Codificatie van de algemene beginselen betreffende het administratief recht	(1948)
XVII	mr. S. Fockema Andreae mr. D. Simons	Het administratief recht in de Grondwet	(1949)
XIX	dr. S.O. van Poelje mr. C.H.F. Polak	Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratief recht	(1950)
XXII	mr. H. Fortuin mr. A.J. Hagen	De voorwaardelijke beschikking	(1951)
XXIV	dr. I. Samkalden mr. G.J. Wiarda	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	(1952)
XXVI	dr. J.W. Noteboom mr. L.R.J. Ridder van Rappard	Samenwerking van overheid en particulieren	(1953)
XXIX	dr. W.F. Prins mr. H.D. van Wijk	Politiedwang	(1954)

XXXI	mr. D. Simons dr. F.E. de Visschere mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen	Bestuursrecht en bestuurskunde	(1955)
XXXIV	dr. B. de Goede dr. M. Troostwijk	Het gebruik maken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen	(1956)
XXXVI	mr. A.D. Belinfante mr. A. Mulder	De verhouding van adminis- tratieve sancties en straffen	(1957)
XXXVIII	mr. J. Korf mr. L.G. van Reijen	De overgang van rechten en verplichtingen uit adminis- tratieve rechtsbetrekkingen	(1958)
XL	mr. B. Bolkestein dr. D. van der Wel	Het goedkeuringsrecht	(1959)
XLII	mr. A.M. Donner mr. I. Samkalden	Zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?	(1960)
XLIV	mr. R.A.V. Baron van Haersolte dr. H.A. Brasz mr. J.G. Steenbeek	De overheidssubsidie	(1961)
XLVI	mr. W.F. Leemans mr. W.M.J.C. Phaf	Figuren als overdracht, machti- ging en opdracht met betrekking tot bestuursbevoegdheden	(1962)
XLIX	mr. E.H. s'Jacob mr. J.C. Somer	De onderlinge verhouding van wettelijke voorschriften van ver- schillende wetgevers afkomstig	(1963)
LIV	mr. W. Duk mr. H.J.M. Jeukens	Terugwerkende kracht	(1965)
LVII	mr. J.M. Kan mr. N.H. Muller mr. R. Streng	Doeltreffendheid van het administratief beroep	(1966)
LIX	mr. D. van Duyne mr. J. Bulthuis	Het plan in het openbaar bestuur	(1967)
LX	mr. L.J. Brinkhorst mr. T. Koopmans mr. A.D. Peiffer mr. W.M.J.C. Phaf prof. mr. S.O. van Poelje	Tenuitvoerlegging van Gemeenschapsrecht door de Nederlandse overheid	(1968)
LXII	mr. O.A.C. Verpalen mr. F.J. Beunke	Schadevergoeding terzake van rechtmatige overheidsdaad	(1969)
LXIV	mr. F.H. van der Burg	Overheid en onderdaan in een representatieve democratie	(1970)

LXVI	mr. J.A.M. van Angeren mr. Th.J.C. Verduin	De sanctionering van het administratief recht	(1971)
LXIX	mr. A.M. Donner mr. P.J. Boukema mr. H.J.M. Jeukens	Naar aanleiding van enkele belangrijke aspecten van het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner	(1972)
LXXXIV	mr. M. Scheltema mr. W. Konijnenbelt	De rechtsverwerking in het administratieve recht	(1974)
LXXXVI	mr. B. Plomp drs. E.L. Berg	Milieuheffingen	(1975)
LXXXVIII	mr. W. Brussaard J. Rothuizen	Nieuwe juridisch-bestuurlijke ontwikkelingen in de ruimtelijke ordering	(1976)
LXXX	mr. S.V. Hoogendijk-Deutsch mr. R. Samkalden	Advisering in het bestuursrecht	(1977)
LXXXII	mr. A.G. van Galen mr. H.Th.J.F. van Maarseveen	Beginnelen van administratief procesrecht	(1978)
LXXXIV	mr. R. Bergamin mr. C.J.G. Olde Kalter	Overheidspersoneel en grondrechten	(1979)
LXXXVI	mr. F.W. ter Spill mr. A.Q.C. Tak	Onwetmatig bestuur	(1981)
LXXXVIII	mr. P.J.J. van Buuren mr. M. de Groot-Sjenitzer	De omvang van de rechts- bescherming	(1982)
XC	mr. F.J.P.M. Hoefnagel mr. drs. Alex Reinders	Kunst, kunstbeleid en administratief recht	(1983)
XCII	mr. Chr. Kooij dr. F.P.C.L. Tonnaer	Vergunningverlening in stroom- versnelling	(1984)
XCIII	mr. D.W.P. Ruiter drs. C.J.N. Verstedden	Het gelijkheidsbeginsel in het administratieve recht	(1985)
XCIV	mr. D.A. Lubach mr. W.A.M. van Schendel	Bestuursrecht en (nieuw) burgerlijk recht	(1986)
XCVI	mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens mr. J.W. Ilsink mr. R.E. de Winter	De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving	(1987)
XCIX	mr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. J.H. van Kreveld	Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen	(1988)
z.nr.	mr. drs. J.P. Balkenende mr. drs. B.M.J. van der Meulen mr. J.S. van den Oosterkamp mr. G. Sebus mr. W.A.C. Verouden mr. drs. S.O. Voogt	Bestuursrecht na 1992	(1989)

102	mr. N.S.J. Koeman mr. J.H.W. de Planque	Overheidsaansprakelijkheid administratieve en burgerlijke rechter	(1989)
104	mr. Th.G. Drupsteen mr. K.J. Kraan	De beslechting van bestuursgeschillen	(1990)
106	mr. J.B.J.M. ten Berge mr. E.J. Daalder dr. J. Naeyé	De Nationale ombudsman	(1991)
108	mr. M.B. Koetser mr. Ch.J. Langereis mr. R.M. van Male	De belanghebbende	(1992)
110	mr. H. Franken mr. dr. I.Th.M. Snellen mr. J. Smit mr. A.W. Venstra	Beschikken en automatiseren	(1993)
112	mr. D. Allewijn prof. mr. P. Nicolai mr. M. Schreuder-Vlasblom	Het nieuwe bestuursprocesrecht	(1994)
114	mr. J.T.K. Bos mr. G.A.M. Giesen mr. J. de Groot prof. mr. drs. F.C.M.A. Michiels	Handhaving van het bestuursrecht	(1995)
116	mr. E. Steyger mr. R.J.G.M. Widdershoven mr. A.W.H. Meij	Europees recht en het Nederlands bestuursrecht	(1996)
118	mr. C.P.J. Goorden mr. M.M. den Boer mr. F.K. Buijn	Zbo's, verzelfstandiging en privatisering	(1997)
120	mr. H.P. Heida prof. mr. F.A.M. Stroink mr. P.C.E. van Wijmen	Complexe besluitvorming	(1998)
122	mr. A.J.C. de Moor-van Vugt mr. J.L. de Wijkerslooth mr. N. Verheij	Verschuiving van de magische lijn	(1999)
124	prof. mr. C.A.J.M. Kortmann prof. mr. B.P. Vermeulen mr. P.J.J. Zoontjens	De Awb en de bijzondere wetgeving	(2000)
126	mr. B.J. van Ettehoven mr. M.A. Pach prof. dr. I.C. van der Vlies	Alternatieven van en voor de bestuursrechter	(2001)
128	mr. J.E. Hoitink prof. mr. G.E. van Maanen mr. drs. B.P.M. van Ravels prof. mr. B.J. Schueler	Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad	(2002)

130	prof. mr. B.M.J. van der Meulen mr. A.T. Ottow	Toezicht op markten	(2003)
132	mr. T. Barkhuysen mr. A.B. Blomberg mr. M.K. Bulterman prof. mr. J.M. Verschuuren	De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht	(2004)
134	prof. mr. B. Hessel mr. J.R. van Angeren mr. drs. W. den Ouden mr. G.J. van Slooten	Staatssteun op het grensvlak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht	(2005)
136	mr. drs. Th.G.M. Simons mr. dr. A.T. Marseille prof. mr. B.W.N. de Waard	De voorlopige voorziening in het bestuursrecht	(2006)
138	prof. mr. L.J.J. Rogier mr. M.A.D.W. de Jong mr. drs. C.M. Bitter prof. mr. F.W. Bleichrodt	Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	(2007)
140	prof. mr. S.E. Zijlstra prof. mr. R.A.J. van Gestel prof. mr. A.A. Freriks	Privaat bestuur?	(2008)
142	prof. mr. R.J.N. Schlössels mr. dr. Y.E. Schuurmans mr. dr. R.J. Koopman mr. drs. D.A. Verburg	Bestuursrechtelijk bewijsrecht: wetgever of rechter?	(2009)
144	mr. J.C.A. de Poorter prof. mr. G.T.J.M. Jurgens mr. H.J.M. Besselink	De toegang tot de rechter beperkt	(2010)
146	mr. dr. M.M. Groothuis prof. mr. J.E.J. Prins dr. mr. C.J.M. Schuyt	De digitale overheid	(2011)
148	prof. mr. M.J. Jacobs prof. dr. H.E. Bröring prof. dr. C.W. Backes mr. dr. M.R.T. Pauwels	Tijd voor verandering	(2012)
150	prof. mr. F.J. van Ommeren mr. P.J. Huisman mr. G.A. van der Veen mr. K.J. de Graaf	Het besluit voorbij	(2013)
152	mr. dr. C.L.G.F.H. Albers mr. dr. M.L. van Emmerik mr. C.M. Saris mr. drs. F.J.P.M. Haas	Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?	(2014)
VAR 75 jaar	Ben Schueler & Rob Widdershoven (red.)	Europeanisering van het algemeen bestuursrecht	(2014)

154	prof. dr. E.M.H. Hirsch Ballin mr. dr. R. Ortlep mr. dr. A. Tollenaar	Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter	(2015)
156	prof. mr. J.H. Gerards prof. mr. M.W. Scheltema dr. A.R. Neerhof	Hybride bestuursrecht	(2016)
158	W.J.M. Voermans R.J.B. Schutgens A.C.M. Meuwese	Algemene regels in het bestuursrecht	(2017)
160	L.J.A. Damen C.N.J. Kortmann R.F.B. van Zutphen	Vertrouwen in de overheid	(2018)
162	J.E.M. Polak T.N. Sanders B.J.P.G. Roozendaal A.M. Reneman	De toekomst van de formele rechtskracht	(2019)
164	L. van den Berge M.F. Vermaat M. Lurks & N.A. van Renssen S. van Heukelom-Verhage	Maatwerk in het bestuursrecht	(2020)
166	J.P. Loof J. Korzelius J.E. van den Brink M. van der Steen	Bestuursrecht in crisistijd	(2021)
168	A.W.G.J. Buijze A. Drahmman C.J. Wolswinkel N.N. Bontje & E.C. Pietermaat	Transparantie en openbaarheid	(2022)