

Tilburg University

## Publicatie van besluiten in een digitaal tijdperk

Wolswinkel, Johan

*Published in:*  
JB plus

*Publication date:*  
2020

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Wolswinkel, J. (2020). Publicatie van besluiten in een digitaal tijdperk: Verschuivende panelen tussen bekendmaking en openbaarmaking? *JB plus*, 2020(3), 16-34.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Publicatie van besluiten in een digitaal tijdperk: verschuivende panelen tussen bekendmaking en openbaarmaking?

Prof. mr. dr. C.J. Wolswinkel<sup>1</sup>

*De digitalisering van het openbaar bestuur heeft ook gevolgen voor de verhouding tussen bekendmaking en openbaarmaking van besluiten. Recente wetsvoorstellen (Wet elektronische publicaties, Wet open overheid) en rechtspraak zorgen voor vervaging van het onderscheid tussen bekendmaking en openbaarmaking. Die ontwikkeling biedt nieuwe mogelijkheden voor een ruimere verstrekking van overheidsinformatie die getelijk is toegesneden op de behoeften van individuele burgers.*

## 1. Inleiding

De voortschrijdende digitalisering raakt in vele opzichten aan het functioneren van het openbaar bestuur. Een van die aspecten betreft de beschikbaarheid van overheidsinformatie in het algemeen en die van besluiten in het bijzonder.<sup>2</sup> Waar digitalisering de mogelijkheden van elektronische en daarmee ruimere ontsluiting van overheidsinformatie enorm heeft vergroot, is juist hierdoor getelijk extra waakzaamheid geboden ten aanzien van het publiceren van 'gevoelige' (persoons)gegevens.<sup>3</sup> Ten aanzien van deze beschikbaarheid en communicatie van overheidsinformatie is momenteel een veelheid aan wettelijke initiatieven

zichtbaar.<sup>4</sup> Deels houden die verband met de Algemene wet bestuursrecht. Zo heeft het wetsvoorstel Wet elektronische publicaties (Wep) onlangs de eindstreep gehaald<sup>5</sup> als sluitstuk van een rechtsontwikkeling in de richting van elektronische bekendmaking van besluiten van algemene strekking.<sup>6</sup> Ook de wetsvoorstellen Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer<sup>7</sup> en Wet digitale overheid<sup>8</sup> raken direct of indirect aan de Algemene wet bestuursrecht.<sup>9</sup>

1 Deze bijdrage, die is afgerond op 17 juli 2020, is tot stand gekomen in het kader van het NWO-MVI project 'Designing a regulatory framework for citizen-friendly data communication by public actors' (nr. 313-99-330).  
2 *Kamerstukken II* 2012/13, 26 643, nr. 280, p. 3. Zie over dit aspect van 'beschikbaarheid en bereikbaarheid' ook G.-J. Zwenne & A.H.J. Schmidt, 'Wordt de homo digitalis bestuursrechtelijk beschermd?', in E.M.L. Moerel e.a., *Homo Digitalis* (Handelingen NJV 146-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 319-328.  
3 Zie ook E.J. Daalder, 'Leidt de Wet open overheid tot meer openbaarheid en transparantie voor de burger?', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In het nu ... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 307-308.

4 Zie bijlage 1 van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende digitalisering, *Stcr.* 2018, 50999, waarin alle destijds lopende wetgeving wordt vermeld waarin digitalisering een rol speelt.

5 Wet van 17 juli 2020 tot wijziging van de Bekendmakingswet en andere wetten in verband met de elektronische publicatie van algemene bekendmakingen, mededelingen en kennisgevingen, *Stb.* 2020, 262.

6 Zie voor deze uitdrukking M.M. Groothuis, 'Op weg naar een digitale overheid. Over waarborgen en randvoorwaarden in bestuursrechtelijk perspectief', *Gst.* 2013/82, par. 3.

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 261, nr. 2.

8 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 972, nr. A.

9 De Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer leidt tot een herziening van afdeling 2.3 Awb, terwijl door de Wet digitale overheid het recht op elektronisch verkeer met bestuursorganen zoals neergelegd in afdeling 2.3 Awb kan worden geëffectueerd. Zie over deze relatie tussen de Awb en de Wet digitale overheid: *Kamerstukken II* 2018/19, 34 972, nr. 3, p. 41-42 en 72.

Die relatie is minder duidelijk voor wettelijke initiatieven onder de noemer van een ‘open overheid’. Zo beoogt het wetsvoorstel Wet open overheid (Woo), dat nog steeds op koers ligt om tot wet te worden verheven, de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) te vervangen,<sup>10</sup> terwijl ook de implementatie van de nieuwe Open-datarichtlijn<sup>11</sup> zich buiten het vizier van de Awb afspeelt. Los van al deze wettelijke ontwikkelingen blijkt tot slot ook de rechtspraak voortdurend in beweging ten aanzien van beschikbaarstelling van overheidsinformatie.

Overlap tussen deze verschillende regimes doet zich in het bijzonder voor bij de zogeheten ‘kern’ van het bestuursrecht: besluiten in de zin van art. 1:3 Awb.<sup>12</sup> Elektronische bekendmaking van besluiten kan immers neerkomen op een vorm van openbaarmaking van overheids-

informatie, terwijl de beweging in de Wet open overheid naar meer actieve openbaarmaking van ‘documenten’ ook gevolgen kan hebben voor besluiten. In deze bijdrage staat daarom de vraag centraal hoe de juridische verschuivingen ten aanzien van de bekendmaking en de openbaarmaking van besluiten elkaar kunnen versterken.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst wordt in het licht van recente rechtspraak de bestaande verhouding tussen bekendmaking en openbaarmaking van besluiten besproken onder de Awb en de Wob (par. 2). Vervolgens wordt geanalyseerd hoe het bekendmakingsregime en het openbaarmakingsregime van besluiten momenteel ‘doorontwikkelen’ als gevolg van de Wep, de Woo en de rechtspraak (par. 3). Tot slot worden de consequenties van deze ontwikkeling besproken voor de verhouding tussen bekendmaking en openbaarmaking van besluiten (par. 4).

## 2. Bekendmaking en openbaarmaking van besluiten

### 2.1 Publicatie, bekendmaking en openbaarmaking

Openbaarmaking van overheidsinformatie kan worden opgevat als het beschikbaar stellen van overheidsinformatie aan (bepaalde categorieën van) personen.<sup>13</sup> In dit verband wordt wel nader onderscheid gemaakt tussen procedurele openbaarheid en algemene openbaarheid.<sup>14</sup>

10 Zie het wetsvoorstel Wet open overheid (*Kamerstukken II* 2015/16, 33 328, nr. A), en het wetsvoorstel Wijzigingswet Woo (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 8). Gelijktijdig met het wetsvoorstel Wijzigingswet Woo zoals gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II*, 2018/19, 35 112, nr. 8), zijn op 29 juni 2020 ook geconsolideerde versies van het wetsvoorstel Wet open overheid en de artikelsgewijze toelichting hierop uitgebracht (bijlagen bij *Kamerstukken II*, 2018/19, 35 112, nr. 9). Tenzij anders vermeld, houdt een verwijzing naar de Woo in deze bijdrage een verwijzing in naar het wetsvoorstel Wet open overheid, zoals dat wordt gewijzigd door het wetsvoorstel Wijzigingswet Woo in de versie naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 8).

11 Richtlijn (EU) 2019/1024 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie (herschikking), *PbEU* 2019, L 172/56. Art. 17 van de Open-datarichtlijn schrijft 17 juli 2021 als uiterste omzettingsdatum van deze richtlijn voor.

12 Zie voor deze uitdrukking: F.J. Van Ommeren & P.J. Huisman, ‘Van besluit naar rechtsbetrekking: een groeimodel’, in: *Het besluit voorbij* (VAR-reeks 150), Den Haag: Bju 2013, p. 12.

13 E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 2. Voor zover sprake is van schriftelijke informatie, kan de term ‘publicatie’ als synoniem van ‘openbaarmaking’ worden gehanteerd. Soms wordt de term ‘publicatie’ echter specifiek gereserveerd voor besluiten, waarbinnen vervolgens de term ‘mededeling’ voor volledige weergave en de term ‘kennisgeving’ voor weergave van de zakelijke inhoud wordt gehanteerd. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35 218, nr. 3, p. 4.

14 Daalder 2005, p. 3, onderscheidt verder de politieke openbaarheid van bestuursorganen jegens vertegen-

Procedurele openbaarheid omvat allerlei vormen van openbaarmaking die verband houden met het besluitvormingsproces binnen een bestuursorgaan en met de daarop volgende bezwaar- en beroepsprocedures.<sup>15</sup> Daartegenover staat de algemene openbaarheid, die een actieve variant (op initiatief van het bestuursorgaan) en een passieve variant (op verzoek van een burger) kent.<sup>16</sup>

De (actieve) bekendmaking van besluiten door bestuursorganen wordt beschouwd als een aspect van de ‘procedurele openbaarheid’.<sup>17</sup> Onder bekendmaking wordt namelijk verstaan ‘het zodanig ter kennis brengen van een besluit aan de daarbij betrokkenen dat het besluit zijn werking als rechtshandeling kan verkrijgen’.<sup>18</sup> Bekendmaking is dus een bijzondere vorm van het beschikbaar stellen en daarmee van openbaarmaking van een besluit. Indachtig het adagium ‘een ieder wordt geacht de wet te kennen’<sup>19</sup> geldt bekendmaking als een constitutieve voorwaarde voor de inwerkingtreding van een besluit.<sup>20</sup> Daarnaast is bekendmaking in geval

---

woordigende lichamen, maar die vorm van openbaarheid blijft hier verder buiten beschouwing.

15 Daalder 2005, p. 257.

16 Daalder 2005, p. 4-5.

17 Zie E.C. Pietermaat, ‘Processuele openbaarheid’, in: *Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang* (preadviezen Jonge VAR 2003), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 25. Zie over het onderscheid tussen algemene openbaarheid en procedurele openbaarheid: Daalder 2005, p. 4-5, en Daalder 2018, p. 302.

18 *PG Awb I*, p. 230-231.

19 Zie hierover ook R.J. van Dam, ‘Een tweede bekendmakingsbeginsel?’, in: R.J.N. Schlössels, A.J. Bok & H.J.A.M. van Geest (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 221-241. Zie voorts: L.E. Mitee, *The Human Right of Free Access to Public Legal Information: Proposals for its Universal Recognition and for Adequate Public Access* (diss. Tilburg), Tilburg 2019.

20 Zie art. 3:40 Awb. Zie ook art. 88 en 89 lid 3 en 4 Grondwet ten aanzien van wetten, algemene maatregelen van

van appellabele besluiten relevant voor de termijn voor het instellen van bezwaar of beroep, aangezien deze termijn aanvangt op de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt.<sup>21</sup> Om deze redenen moet ‘bekendmaking’ in juridisch opzicht worden onderscheiden van andere vormen van ‘openbaarmaking’.

## 2.2 Bekendmaking van besluiten (Awb)

### 2.2.1 Algemeen verbindende voorschriften

Vanaf haar inwerkingtreding in 1994 bevat de Algemene wet bestuursrecht een afzonderlijke regeling inzake de bekendmaking van besluiten.<sup>22</sup> Dit bekendmakingsregime van afdeling 3.6 Awb wijkt enigszins af van de gangbare tweedeling tussen beschikkingen enerzijds en besluiten van algemene strekking anderzijds. Allereerst zijn de bepalingen van afdeling 3.6 Awb inzake bekendmaking (en afdeling 3.7 Awb inzake motivering)<sup>23</sup> niet van toepassing op besluiten inhoudende algemeen verbindende voorschriften. Achtergrond van deze uitsluiting is destijds geweest dat voor algemeen verbindende voorschriften al eigen wettelijke

---

bestuur en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften. Zie voor een geval van vrijwel gelijktijdige bekendmaking: CBB 13 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW0415.

21 Art. 6:8 lid 1 Awb. R. Ortlep, ‘Bekendmaking besluit ‘op een andere geschikte wijze’, *Netherlands Administrative Law Library*, december 2013, DOI: 10.5553/NALL/000016, wijst erop dat ook voor inwerkingtreding is vereist dat de bekendmaking plaatsvindt ‘op de voorgeschreven wijze’.

22 Zie afdeling 3.6 Awb ‘Bekendmaking en mededeling’.

23 Zie hierover *PG Awb III*, p. 153: ‘[...] dat de uitbreiding van de motiveringsplicht tot besluiten van algemene strekking niet behoort te gelden voor besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften’. Overigens wordt ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften wel een ongeschreven motiveringsplicht aangenomen. Zie Conclusie AG Widdershoven 22 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 8.10 en 8.11.

bekendmakingsregimes golden.<sup>24</sup> Dit betreft op het niveau van het Rijk de Bekendmakingswet en op het niveau van decentrale overheden de organieke wetten van deze openbare lichamen (Provinciewet, Gemeentewet, etc.). In deze wetten is momenteel steeds voorzien in de verplichte bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften in een elektronisch publicatieblad van het betreffende openbaar lichaam en in de verplichting om de teksten van deze algemeen verbindende voorschriften in geconsolideerde vorm beschikbaar te stellen.<sup>25</sup> Ten aanzien van algemeen verbindende voorschriften heeft met name de jurisprudentie over verwijzing naar technische normen het afgelopen decennium stof doen opwaaien. Volgens de Afdeling zijn NEN-normen, voor zover daarnaar in regelgeving wordt verwezen, geen vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften, maar moet de kenbaarheid daarvan niettemin worden verzekerd omdat deze NEN-normen door de verwijzing ernaar in regelgeving wel naar buiten werkende, de burgers bindende regels zijn.<sup>26</sup> Deze jurisprudentie blijkt nog steeds relevant, in het bijzonder ten aanzien van decentrale belastingverordeningen.<sup>27</sup> Verder toont de rechtspraak zich soms creatief ten aanzien van algemeen

verbindende voorschriften die niet op de voorgeschreven wijze zijn bekendgemaakt. Zo was de Afdeling met een ruimhartige, teleologische lezing van art. 139 Gemeentewet van oordeel dat met de bekendmaking van een ruimtelijke beheersverordening in de *Staatscourant* en op de gemeentelijke website en de beschikbaarstelling van de volledige beheersverordening op [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl) was voldaan 'aan hetgeen met artikel 139 van de Gemeentewet is beoogd'.<sup>28</sup> Theoretisch zou conversie van ondeugdelijk bekendgemaakte algemeen verbindende voorschriften in beleidsregels ook een mogelijkheid kunnen zijn, hoewel die route sowieso is uitgesloten als de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften wettelijk is voorgeschreven<sup>29</sup> en bovendien steeds zal moeten worden voldaan aan de eisen die aan de bekendmaking van beleidsregels worden gesteld.<sup>30</sup>

### 2.2.2 Andere besluiten

Voor zover de bekendmaking van besluiten wel wordt beheerst door de Awb, geldt een dual regime. Op grond van art. 3:41 Awb worden besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, bekendgemaakt door toezending of uitreiking aan hen en, indien dit niet mogelijk is, op een andere geschikte wijze.<sup>31</sup> Elektronische bekendmaking van dergelijke beschikkingen behoort inmiddels ook tot de mogelijkheden,<sup>32</sup> maar het is in beginsel nog niet mogelijk om uitsluitend de elektronische weg te bewandelen. Een formeel-wettelijke uitzondering hierop betreft de Wet elektronisch berichtenverkeer Belastingdienst die – vooruitlopend op de Wet digitale overheid – een wet-

24 *PG Awb I*, p. 188.

25 Zie onder meer art. 1 Bekendmakingswet, art. 139 en 140 Gemeentewet, art. 136 en 137 Provinciewet en art. 73 en 73a Waterschapswet.

26 ABRvS 2 februari 2011, *JB* 2011/65, m.nt. J.M.H.F. Teunissen. Zie ook HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, *AB* 2012/228, m.nt. F.J. van Ommeren. Zie hierover uitgebreider: S.A.J. Munneke e.a., 'De juridische status en bekendmaking van de NEN-normen waarnaar het Bouwbesluit verwijst. De wetgever aan zet', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2009-7, p. 605-612, en A.R. Neerhof & H.G. Hoogers, 'Het NEN-normenfeulleton', *JBplus* 2010-3, p. 133-151.

27 Zie onder meer HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:166; HR 1 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:143; HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1000; en Hof Arnhem-Leeuwarden 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:8229.

28 ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2972, *JB* 2014/176, m.nt. G. Overkleef-Verburg.

29 CRvB 10 november 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BO7133.

30 ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ4947, r.o. 2.3.

31 Zie uitgebreider hierover Ortlap 2013.

32 Art. 2:14 lid 1 Awb.

telijke grondslag bevat voor elektronische bekendmaking via MijnOverheid.<sup>33</sup>

Art. 3:42 Awb richt zich specifiek op de bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht. Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan besluiten van algemene strekking, zoals beleidsregels en concretiserende besluiten van algemene strekking ('aanwijzingsbesluiten'), maar ook aan zogeheten 'zaakgerichtte beschikkingen'. Stapsgewijs heeft dit bekendmakingsregime van art. 3:42 Awb steeds meer ruimte geboden voor elektronische bekendmaking.<sup>34</sup> De bekendmaking van besluiten van een tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan geschiedt door kennisgeving van het besluit of van de zakelijke inhoud ervan in de *Staatscourant*, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Aangezien de *Staatscourant* tegenwoordig elektronisch wordt uitgegeven, impliceert bekendmaking in de *Staatscourant* elektronische bekendmaking. Besluiten van bestuursorganen van decentrale overheden worden daarentegen bekendgemaakt door kennisgeving van het besluit of van de zakelijke inhoud ervan in een van overheidswege uitgegeven blad<sup>35</sup> of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad,<sup>36</sup> dan wel op een andere

geschikte wijze, met dien verstande dat elektronische bekendmaking uitsluitend plaatsvindt in een van overheidswege uitgegeven blad, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Aangezien ook de publicatiebladen van decentrale overheden sinds 2014 uitsluitend elektronisch worden uitgegeven,<sup>37</sup> impliceert bekendmaking in een dergelijk publicatieblad elektronische bekendmaking. Wanneer de kennisgeving van het besluit anderszins plaatsvindt, dus in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad of op een andere geschikte wijze,<sup>38</sup> kan de bekendmaking niet elektronisch plaatsvinden. In het bijzonder is dus uitgesloten dat bekendmaking (enkel) plaatsvindt op een gemeentelijke website<sup>39</sup> of via – al dan niet elektronische – verzending.<sup>40</sup> Om diezelfde reden was ten aanzien van een in een huis-aan-huisblad én op de gemeentelijke website gepubliceerd besluit tot aanwijzing van een locatie voor de plaatsing van een ondergrondse restafvalcontainer, enkel de publicatie van het besluit in het plaatselijke huis-aan-huisblad relevant om te voldoen aan de bekendmakingseisen van

33 Zie de Regeling voorzieningen GDI, die is gebaseerd op artikel X van de Wet elektronisch berichtenverkeer Belastingdienst. De Wet digitale overheid wordt de nieuwe wettelijke grondslag voor deze Regeling voorzieningen GDI. Zie over de jurisprudentie ten aanzien van MijnOverheid: S. Van Kaam, 'Berichtenbox van MijnOverheid: burger voldoende bereikbaar voor bekendmaking besluiten via de elektronische weg?', *Computerrecht* 2020/44, afl. 2, p. 92-97.

34 Zie uitgebreider over deze veranderingen: Groothuis 2013, par. 3.

35 Zie reeds ABRvS 9 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC9056.

36 Zie bijvoorbeeld ABRvS 10 juli 2019: ECLI:NL:RVS:2019:2356, ten aanzien van bekendmaking in een huis-aan-huisblad. Kennisgeving impliceert overigens niet dat de integrale tekst van beleid moet worden gepubliceerd in een huis-aan-huisblad (ABRvS 12 februari

2020, ECLI:NL:RVS:2020:429). Zie uitgebreider over publicatie van kennisgevingen in huis-aan-huisbladen in relatie tot art. 3:12 Awb: R.S. Wertheim, 'Functie van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in het licht van recente ontwikkelingen in de rechtspraak', *JBplus* 2019/4, p. 24-25.

37 Zie art. 139 Gemeentewet; art. 136 Provinciewet; art. 73 Waterschapswet.

38 Ten tijde van de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht werd in het kader van art. 3:12 Awb over de kennisgeving van ontwerpbesluiten, waarnaar in het kader van de artikelsgewijze toelichting op art. 3:42 Awb expliciet werd verwezen (*PG Awb I*, p. 232), hierover opgemerkt dat publicatie in een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad in het algemeen voor de hand ligt, zodat die wijze van bekendmaken uitdrukkelijk voorop was geplaatst in art. 3:12 Awb (*PG Awb I*, p. 227).

39 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:646.

40 ABRvS 25 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2504 (*ORAC Bunschoten-Spakenburg*).

art. 3:42 lid 2 Awb.<sup>41</sup> In gelijke zin oordeelde de Afdeling al eerder dat de publicatie van een subsidieplafond of van beleidsregels op de website van het bestuursorgaan geen voorgeschreven bekendmaking in de zin van art. 3:42 Awb inhield.<sup>42</sup> Een dergelijke publicatie op een website heeft dus niet het specifieke karakter van bekendmaking, maar hooguit het algemene karakter van openbaarmaking.<sup>43</sup> Specifiek voor de verhouding tussen art. 3:41 en 3:42 Awb blijft tot slot van belang dat de onverplichte publicatie van een besluit dat tot een belanghebbende is gericht, zoals de verlening van een ontheffing, in een huis-aan-huisblad niet een bekendmaking in de zin van art. 3:42 Awb vormt. De bewoordingen van de art. 3:41 en 3:42 van de Awb stellen immers buiten twijfel dat de regeling inzake de algemene bekendmaking van besluiten geen toepassing vindt in gevallen waarin rechtstreekse toezending is voorgeschreven.<sup>44</sup>

### 2.3 Openbaarmaking van besluiten (Wob)

In afwezigheid van een wettelijke regeling in de Awb die specifiek betrekking heeft op de openbaarmaking van besluiten, wordt de openbaar-

making van besluiten momenteel beheerst door de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), tenzij een bijzondere wet een regime voor openbaarmaking van besluiten bevat. Voor de toepasselijkheid van de Wob is bepalend of sprake is van een document over een bestuurlijke aangelegenheid, waarbij een document wordt opgevat als een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat.<sup>45</sup> Een besluit in de zin van art. 1:3 Awb kan bij uitstek worden beschouwd als een dergelijk 'document'.<sup>46</sup>

Omdat bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht, onder de Awb reeds een algemeen karakter heeft, heeft de Wob voor openbaarmaking van

45 Art. 1 sub a Wob. In ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899, is bevestigd dat aan de term 'document' een ruime betekenis moet worden toegekend: onder 'ander materiaal dat gegevens bevat' vallen niet alleen geluidsbanden, videobanden, ponskaarten, diskettes, cd-rom's, fotomateriaal, e-mailberichten en digitale informatie (vgl. *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 21), maar inmiddels ook sms- en WhatsApp-berichten.

46 Zie reeds Pietermaat 2003, p. 25. Overigens wordt in de Awb niet het begrip 'document' gehanteerd, maar komen hierin wel de term 'stukken' (zie onder meer art. 7:4 Awb en art. 8:42 Awb) en de combinatie 'gegevens en bescheiden' (zie onder meer art. 2:15 lid 2 Awb en art. 4:2 lid 2 Awb) voor. Blijkens de wetsgeschiedenis wordt de term 'bescheiden' naast 'gegevens' gebruikt, omdat soms de overlegging van bepaalde documenten of bewijsstukken nodig is, zoals een diploma, een tekening of een foto (*PG Awb I*, p. 239). De term 'bescheiden' heeft dus dezelfde betekenis als 'documenten'. Zie in dit verband ook de consultatieversie van de Archiefwet (<https://www.internetconsultatie.nl/archiefwet>), waarin het begrip 'document' het begrip 'archiefbescheiden' (opgevat als 'bescheiden, ongeacht hun vorm') vervangt om duidelijk te maken dat de Wet openbaarheid en de Archiefwet hetzelfde toepassingsbereik hebben. Zie hierover H.S. ten Cate, 'De verhouding tussen de Archiefwet en de Wob: cohesie of conflict?', *Gst.* 2019/134, afl. 7495, p. 672-673.

41 ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2387 (*ORAC Sliedrecht*). Uit deze uitspraak blijkt ook dat de grens tussen beschikkingen en concretiserende besluiten van algemene strekking (en daarmee het toepasselijke bekendmakingsregime) niet eenduidig is bij besluiten tot plaatsing van ondergrondse restafvalcontainers. Zie ook ABRvS 10 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL3329.

42 ABRvS 3 januari 2007, *JB* 2007/31, m.nt. A.J. Bok, *AB* 2007/224, m.nt. W. den Ouden (*subsidieplafond ESF-3*) en ABRvS 14 november 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BY3051, *AB* 2013/121, m.nt. A. Drahmman.

43 Zolang een beleidsregel (nog) niet op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, kan het (nog) niet in werking zijn getreden. Vgl. ABRvS 18 januari 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AU9823, waar het beleid vóór de bekendmaking werd aangemerkt als vaste gedragslijn en na de bekendmaking als beleidsregel.

44 ABRvS22 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2796.

dergelijke besluiten eigenlijk geen betekenis. Dat is anders voor beschikkingen, althans beschikkingen die tot een of meer geadresseerden zijn gericht. De bekendmaking van dergelijke besluiten door toezending of uitreiking aan deze geadresseerden houdt doorgaans geen algemene openbaarmaking in.<sup>47</sup> Juist ten aanzien van dergelijke beschikkingen heeft de Afdeling echter reeds lange tijd geleden overwogen dat vergunningen, tegen de verlening waarvan door derden rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, *gelet op hun aard*, in beginsel openbaar worden geacht. Een verzoek om openbaarmaking van een dergelijke beschikking zal daarom in beginsel moeten worden toegewezen.<sup>48</sup> Van een dergelijke openbaarmaking is echter nog geen sprake wanneer in een huis-aan-huisblad mededeling is gedaan van vergunningverlening en deze vergunning gedurende de beroepstermijn ter inzage is gelegd.<sup>49</sup>

Het uitgangspunt dat beschikkingen, *gelet op hun aard*, in beginsel openbaar worden geacht, neemt niet weg dat openbaarmaking van bepaalde gegevens uit dergelijke beschikkingen achterwege kan blijven *gelet op de weigeringsgronden van art. 10 van de Wob*, zoals de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of de bescherming van vertrouwelijk medegedeelde bedrijfsgegevens.<sup>50</sup> Overigens zal er in de praktijk doorgaans geen reden zijn om een Wob-verzoek over een bestuurlijke aangelegenheid op voorhand te beperken tot een besluit, tenzij de verzoeker uitsluitend dat document wil verkrij-

gen.<sup>51</sup> Eerder zal een Wob-verzoek juist betrekking hebben op andere documenten uit het besluitvormingstraject (zoals aanvragen, adviezen, interne memo's, presentaties, etc.).<sup>52</sup> Van alle documenten uit het besluitvormingstraject komt immers het besluit als sluitstuk daarvan als eerste voor openbaarmaking in aanmerking.

Naast deze passieve openbaarmaking van besluiten is de Wob ook gaan fungeren als een algemene wettelijke grondslag voor actieve openbaarmaking van besluiten. Op grond van art. 8 Wob moeten bestuursorganen immers uit eigen beweging informatie over het beleid verschaffen zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling biedt art. 8 lid 1 Wob, voor zover het gaat om het openbaar maken van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid waarbij belangen als vermeld in art. 10 Wob zijn betrokken, de grondslag voor het nemen van besluiten in de zin van art. 1:3 Awb, waartegen voor degenen die door dat besluit rechtstreeks in hun belang worden getroffen, een bestuursrechtelijke rechtsgang openstaat.<sup>53</sup> Deze jurisprudentie inzake actieve openbaarmaking doet zich met name voor in de sfeer van toezicht en handhaving, maar is niet beperkt tot *sanctiebesluiten*.<sup>54</sup> Tegelijk zal doorgaans

47 Indien de bekendmaking 'op andere geschikte wijze' plaatsvindt (art. 3:41 lid 2 Awb), behoort een algemene bekendmaking, bijvoorbeeld in een dag- of nieuwsblad of in de *Staatscourant*, wel tot de mogelijkheden. Zie Ortlep 2013, par. 3.

48 ABRvS 1 mei 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE7204, AB 2003, 37 m.nt. P.J. Stolk.

49 ABRvS 29 augustus 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2860.

50 Zie bijvoorbeeld ABRvS 9 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1425.

51 Zie bv. ABRvS 12 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4084 (*AGRAforce*).

52 Zie bijvoorbeeld ABRvS 23 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1691 (*subsidiedossiers ESF-3*) en ABRvS 11 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4173 (*speelautomatenhal Leusden*).

53 Zie reeds ABRvS 31 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX6362, r.o. 2.7, ABRvS 2 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2849. Zie hierover ook E.J. Daalder, 'Actieve openbaarmaking van overheidsinformatie en de Awb', *NTB* 2012/24; en M.E.M. Dujardin, 'De actieve openbaarmaking van sancties door toezichhouders en de Wet open overheid', *NTB* 2017/33.

54 Zie G.A. van der Veen, 'Bestuursrechtelijke rechtsbescherming voorbij het besluit', in: *Het besluit voorbij*



behoefte bestaan aan publicatie van juist deze categorie van documenten. Dat beeld wordt bevestigd in meer specifieke openbaarmakingsregimes voor besluiten. Zo bepaalt de Instellingswet ACM dat sanctiebesluiten openbaar *moeten* worden gemaakt, terwijl overige besluiten en andere documenten (dan besluiten) openbaar *kunnen* worden gemaakt.<sup>55</sup> In zoverre nemen (bepaalde) besluiten binnen deze wettelijke openbaarmakingsregimes een eigenstandige positie in.

### 3. Evoluties in de publicatie van besluiten

#### 3.1 Elektronische bekendmaking (Wep)

##### 3.1.1 Besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht

De Wet elektronische publicaties (Wep), die reeds in 2013 werd aangekondigd in de Visiebrief digitale overheid 2017,<sup>56</sup> kan worden beschouwd als het sluitstuk van de rechtsontwikkeling in de richting van elektronische bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht. De Wep bevat drie uitgangspunten:

Bekendmaking van dergelijke besluiten vindt plaats door integrale publicatie van het besluit en eventuele toelichting in een officieel elektronisch publicatieblad.

Alle officiële publicatiebladen worden op gestandaardiseerde wijze uitgegeven met behulp van een gemeenschappelijke digitale voorziening (officielebekendmakingen.nl).

Burgers kunnen op maat worden geattendeerd

(VAR-reeks 150), Den Haag: Bju 2013, p. 131.

55 Art. 12j Instellingswet ACM.

56 *Kamerstukken II* 2012/13, 26 643, nr. 280, p. 3. Dit actiepoint maakte overigens deel uit van de pijler 'Informatie moet online beschikbaar zijn', waarbij ook werd gewezen op het vergroten van de openbaarheid van bestuur door meer informatie actief openbaar te maken via internet in aansluiting op het lopende initiatief «Open Overheid» en het bestaande traject om aanbod en gebruik van open data te vergroten.

op het verschijnen van nieuwe publicaties.

De uitwerking van deze uitgangspunten vindt plaats door middel van concentratie van bestaande en nieuwe bekendmakingsregels in de Bekendmakingswet. Volgens de memorie van toelichting verdient deze optie de voorkeur boven opname van regels in de Awb vanwege het voordeel van een overzichtelijke en systematische regeling in één wet.<sup>57</sup> Als gevolg van de Wep regelt art. 3:42 Awb de bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, daarom niet langer zelf, maar verwijst het voortaan naar de Bekendmakingswet.

De Bekendmakingswet zoals die wordt gewijzigd door de Wep, regelt de verplichting van centrale en decentrale openbare lichamen tot uitgifte van publicatiebladen (*Staatsblad*, *Staatscourant*, provinciaal blad, gemeenteblad, waterschapsblad, etc.).<sup>58</sup> De uitgifte van deze publicatiebladen geschiedt elektronisch en op algemeen toegankelijke wijze.<sup>59</sup> Bovendien moeten deze publicatiebladen na uitgifte elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze beschikbaar blijven en kunnen voor de toegang tot deze publicatiebladen geen kosten in rekening worden gebracht.<sup>60</sup> Ten aanzien van de 'decentrale' publicatiebladen bepaalt de Bekendmakingswet verder dat deze elektronische uitgifte geschiedt door middel van een door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in stand gehouden digitale

57 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 218, nr. 3, p. 13.

58 Art. 1 en 2 Bekendmakingswet (nieuw). Met 'Bekendmakingswet (nieuw)' wordt de Bekendmakingswet bedoeld zoals die zal luiden na wijziging door de Wet elektronische publicaties.

59 Art. 1 lid 2 en art. 2 lid 8 Bekendmakingswet (nieuw). De enige uitzondering hierop vormen de afkondigingsbladen van de bestuurscolleges van de openbare lichamen Bonaire, Sint-Eustatius en Saba, die elektronisch *kunnen* worden uitgegeven (art. 2 lid 9 Bekendmakingswet (nieuw)).

60 Art. 3 lid 1 en 3 Bekendmakingswet (nieuw).

infrastructuur.<sup>61</sup> Hierbij wordt concreet gedacht aan officiële bekendmakingen.nl.<sup>62</sup> Waar bestuursorganen voorheen op vrijwillige basis gebruik konden maken van deze infrastructuur, wordt het gebruik hiervan dus nu verplicht gesteld om de beoogde centrale platformfunctie te vervullen.

De gevolgen van de Wep voor de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften zijn beperkt.<sup>63</sup> Voor andere besluiten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht, zijn de gevolgen van de Wep groter, althans voor zover sprake is van besluiten van organen van decentrale overheden. Ook beleidsregels en overige besluiten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht (zoals concretiserende besluiten van algemene strekking en zaaksgerichte beschikkingen), moeten voortaan in een van de genoemde publicatiebladen en dus elektronisch worden bekendgemaakt. Andere vormen van kennisgeving, bijvoorbeeld in dagbladen of huis-aan-huisbladen, kunnen weliswaar blijven voortbestaan als 'service' aan burgers,<sup>64</sup> maar hebben geen juridische betekenis meer voor de bekendmaking van besluiten.<sup>65</sup>

Daarbij komt dat de voor de uitgifte van de publicatiebladen verantwoordelijke bestuursorganen niet alleen de teksten<sup>66</sup> van bekendge-

maakte algemeen verbindende voorschriften, maar ook die van bekendgemaakte beleidsregels *in geconsolideerde vorm* voor eenieder kosteloos beschikbaar moeten houden door middel van een algemeen toegankelijk elektronisch medium.<sup>67</sup> De verplichting tot elektronische bekendmaking strekt zich volgens de memorie van toelichting echter niet uit tot de toelichting op dat besluit. Opname van een dergelijke verplichting is wel overwogen, maar hiervan is uiteindelijk afgezien bij gebrek aan een algemene verplichting om een toelichting op te stellen voor algemeen verbindende voorschriften.<sup>68</sup> Voor andere besluiten dan algemeen verbindende voorschriften geldt art. 3:47 lid 1 Awb echter onverkort, op grond waarvan de motivering (toelichting) bij de bekendmaking van het besluit moet worden vermeld.

Tot slot is van belang dat de betekenis van publicatiebladen (grotendeels) beperkt blijft tot besluiten. Volgens de memorie van toelichting is het niet vanzelfsprekend om de officiële publicatiebladen een rol te geven bij elke vorm van verplichte actieve openbaarheid. De publicatiebladen zijn vooral bedoeld voor de bekendmaking van algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht en voor berichten die (rechts)gevolgen hebben voor groepen belanghebbenden en waarover die burgers tijdig dienen te beschikken om hun belangen te kunnen behartigen.<sup>69</sup> Ondanks dit uitgangspunt blijft toch ruimte bestaan voor

61 Art. 2 lid 8 Bekendmakingswet (nieuw).

62 Zie *Kamerstukken II* 2018/19, 35218, nr. 3, p. 20. Zie ook art. 2.1 Regeling elektronische publicaties (consultatieversie).

63 *Kamerstukken II* 2018/19, 35218, nr. 3, p. 20.

64 Zie recent in kort geding over de (on)mogelijkheid van een 'opt-in'-systeem voor huis-aan-huisbladen: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:1528, *Gst.* 2020/81, m.nt. W.P. Adriaanse (*Stadsblad Utrecht*).

65 *Kamerstukken II* 2018/19, 35218, nr. 3, p. 24. Bij eventuele verschillen tussen de elektronische en de gedrukte publicatie zal dan ook de elektronische publicatie prevaleren.

66 Behalve een tekst kan een besluit ook informatie bevatten die niet uit tekst bestaat (art. 7 lid 1 Bekend-

makingswet (nieuw)). In geval van een wijziging van niet-tekstuele informatie moet die informatie opnieuw worden vastgesteld. Deze verplichting tot hernieuwde vaststelling geldt eveneens voor bijlagen bij een besluit.

67 Art. 19 Bekendmakingswet (nieuw). Overigens geldt deze verplichting voor beleidsregels slechts met enige vertraging voor decentrale bestuursorganen (art. 24 Bekendmakingswet (nieuw)).

68 *Kamerstukken II* 2018/19, 35218, nr. 3, p. 40.

69 Zie bijvoorbeeld art. 17 lid 4 Mijnbouwwet, op grond waarvan van een beschikking tot verlening van een vergunning mededeling wordt gedaan in de *Staatscourant*.

publicatie van andere handelingen dan besluiten in publicatiebladen. Naast specifieke aanvullingen in bijzondere wetgeving<sup>70</sup> moet hier in het bijzonder worden gewezen op publicaties in het kader van de uniforme openbare voorbereidingsprocedure,<sup>71</sup> die immers ook kan worden toegepast op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten.<sup>72</sup>

### 3.1.2 Andere berichten

De Wep heeft geen directe gevolgen voor de bekendmaking van beschikkingen. Hiervoor blijft dus gelden dat de bekendmaking geschiedt door toezending of uitreiking en dat uitsluitend elektronische bekendmaking in beginsel niet is toegestaan. Evenmin heeft de Wep directe gevolgen voor andere berichten dan besluiten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht. Momenteel bepaalt art. 2:14 Awb hierover dat de verzending van dergelijke berichten niet uitsluitend elektronisch plaatsvindt, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. In de voorgestelde Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer zal echter dit standpunt van nevenschikking worden verlaten. Daartoe komt de specifieke verwijzing in art. 2:14 lid 2 Awb naar berichten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht te vervallen. In plaats daarvan zal art. 2:7 Awb bepalen dat een bericht in het verkeer met een bestuursorgaan langs elektronische weg kan worden verzonden, tenzij een vormvoorschrift zich daartegen verzet. Daarmee wordt de wetgeving feitelijk in overeenstemming gebracht met de bestuurspraktijk, aangezien bestuursorganen berichten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht steeds vaker uitsluitend op internet publiceren. Strikt genomen kan dit momenteel

70 Zie bijvoorbeeld art. 6:24 Wet ruimtelijke ordening voor een (uitzonderlijke) verplichting tot kennisgeving van een exploitatie-overeenkomst in een publicatieblad.

71 Zie art. 3:12 Awb met verwijzing naar art. 12 Bekendmakingswet (nieuw).

72 Art. 3:1 lid 2 Awb.

alleen als hiervoor een basis in een wettelijk voorschrift bestaat, maar voor veel feitelijke informatie ontbreekt momenteel een dergelijk voorschrift.<sup>73</sup> Anders dan voor besluiten is voor dergelijke berichten onder de Wet modernisering elektronisch bestuurlijk verkeer elektronische publicatie niet verplicht en ontbreekt een gemeenschappelijk publicatieplatform hiervoor.

## 3.2 Actieve openbaarmaking (Woo)

### 3.2.1 Besluiten van algemene strekking én beschikkingen

De Wep raakt aan de actieve variant van algemene openbaarheid en betreedt daarmee het domein van het wetsvoorstel Wet open overheid (Woo),<sup>74</sup> waarin sterker wordt ingezet op actieve openbaarmaking van overheidsinformatie door bestuursorganen. Daartoe verplicht art. 3.1 Woo het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, om bij de uitvoering van zijn taak uit eigen beweging de bij hem berustende informatie neergelegd in documenten voor een ieder openbaar te maken, indien dit zonder onevenredige inspanning of kosten redelijkerwijs mogelijk is.<sup>75</sup> Ter uitvoering van deze actieve openbaarmakingsplicht bevat de Woo onder meer een opsomming van categorieën van informatie die ‘in elk geval’ openbaar moeten worden gemaakt. Onder die categorieën vallen allereerst algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking.<sup>76</sup> In de (gewijzigde) memorie van toelichting bij de Woo wordt hierover gesteld dat bekendmaking

73 *Kamerstukken II* 2018/19, 35621, nr. 3, p. 9, noemt als voorbeeld een gemeentelijke huisvuilkalender.

74 Zie over de Wet open overheid in algemene zin ook Daalder 2018, p. 301-319.

75 De Woo beschouwt als ‘document’ een schriftelijk stuk of een ‘ander geheel van vastgelegde gegevens’, omdat een elektronisch bestand niet uit een materiaal bestaat, maar wel als document moet worden beschouwd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 66).

76 Art. 3.3 lid 1 sub a en b Woo.

van algemeen verbindende voorschriften niet alleen van belang is voor de inwerkingtreding hiervan, maar ook ‘vanuit het perspectief van de burger’.<sup>77</sup>

Hoewel in de wetsgeschiedenis van de Wep niet is ingegaan op deze verhouding tot de Woo,<sup>78</sup> lijkt die verhouding niet al te problematisch. De openbaarmakingsverplichting van de Woo geldt weliswaar expliciet voor algemeen verbindende voorschriften en besluiten van algemene strekking, maar de Woo doet geen afbreuk aan de publicatieverplichtingen op grond van de Bekendmakingswet. Eerder lijkt de Woo complementair aan het bekendmakingsregime van de Bekendmakingswet: waar de Woo zich niet uitlaat over het (elektronische) *medium* waarin de publicatie plaatsvindt, kan de verplichting uit de Bekendmakingswet tot publicatie in een officieel publicatieblad dat elektronisch wordt uitgegeven, worden beschouwd als een concretisering van de algemeen geformuleerde norm in de Woo dat openbaarmaking geschiedt op zodanige wijze dat de belanghebbende en belangstellende burger zoveel mogelijk worden bereikt.<sup>79</sup> Van groter belang lijkt de verplichting dat de openbaarmaking zo spoedig mogelijk geschiedt, doch uiterlijk binnen twee weken na vaststelling van de informatie.<sup>80</sup> Met deze verplichting stelt de Woo indirect ook een extra eis aan de bekendmaking, aangezien de termijn tussen vaststelling en bekendmaking van een

besluit momenteel niet wordt begrensd in de Awb.

Daarnaast voorziet de Woo in een verplichting tot actieve openbaarmaking van (bepaalde) *beschikkingen*.<sup>81</sup> De Woo hanteert in dit verband als uitgangspunt dat beschikkingen alleen openbaar zijn als er belangen van derden in het geding kunnen zijn.<sup>82</sup> Om die reden wordt een aantal categorieën van beschikkingen uitgezonderd van deze actieve openbaarmakingsverplichting. Kenmerkend voor die (inmiddels 21) uitgezonderde categorieën van beschikkingen is steeds dat derdebelanghebbenden niet goed denkbaar zijn of dat op voorhand de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het geding is,<sup>83</sup> zoals beschikkingen ter verlening of vaststelling van subsidie aan natuurlijke personen.<sup>84</sup> Als vangnetcategorieën in deze lijst van uitgezonderde beschikkingen fungeren beschikkingen ‘waarbij geen belangen van derden kunnen zijn betrokken en die niet de verlening of vaststelling van subsidies betreffen’<sup>85</sup>

<sup>77</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 72-73.

<sup>78</sup> In de gewijzigde memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wijzigingswet Woo wordt weliswaar verwezen naar de Wet elektronisch publicaties, maar enkel in relatie tot de openbaarmaking van mandaatbesluiten (*Kamerstukken II*, 2018/19, 35 112, nr. 9, p. 22).

<sup>79</sup> Art. 2 lid 3 Woo.

<sup>80</sup> Art. 3.3 lid 4 Woo. Blijkens de memorie van toelichting kunnen noodzakelijke voorbereidingen (zoals anonimiseren en verwijderen van andere onderdelen waarop een uitzonderingsgrond van toepassing is) voorafgaand aan de vaststelling worden gedaan bij de voorbereiding van het document (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 37-38).

<sup>81</sup> Art. 3.3 lid 2 sub k Woo. Deze verplichting tot openbaarmaking ziet enkel op de beschikking zelf, dus niet op de aanvraag of andere onderdelen van het onderliggende dossier (*Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 28).

<sup>82</sup> Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 7, p. 4, waarin tevens wordt vermeld dat ook subsidiebeschikkingen aan anderen dan natuurlijke personen openbaar worden gemaakt als er geen belangen van derden in het geding zijn.

<sup>83</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 74.

<sup>84</sup> Art. 3.3 lid 2 sub k onder 16° Woo. Zie specifiek over deze categorie *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 35, waarin wordt benadrukt dat in het bijzonder bij deze categorie denkbaar is dat bij een verzoek om informatie de afweging bij een individuele beschikking anders kan uitvallen en de beschikking naar aanleiding van het verzoek wel openbaar wordt gemaakt.

<sup>85</sup> De reden om subsidiebeschikkingen aan anderen dan natuurlijke personen uit te sluiten van deze vangnetcategorie, is dat hoewel bij die beschikkingen (als deze geen deel uitmaken van een tenderprocedure) doorgaans geen belangen van derden zijn betrokken,

en beschikkingen houdende de afwijzing van een gevraagde beschikking.<sup>86</sup> Tot slot is – mede naar aanleiding van de uitkomsten van uitvoeringstoetsen van de Woo<sup>87</sup> – voorzien in de mogelijkheid van openbaarmaking van beschikkingen op geaggregeerd niveau als alternatief voor openbaarmaking van afzonderlijke beschikkingen.<sup>88</sup> Dit alternatief om beschikkingen (subsidiebeschikkingen of andere beschikkingen) op geaggregeerd niveau openbaar te maken in een voor personen elektronisch raadpleegbaar overzicht,<sup>89</sup> zou met name doelmatig kunnen zijn bij grote aantallen beschikkingen (*big data*) die grotendeels identiek zijn. Wel bepaalt de Woo welke aspecten van de beschikking in elk geval openbaar moeten worden gemaakt in een dergelijk overzicht, zoals de hoogte van een subsidie of de duur van een beschikking.<sup>90</sup>

Sowieso geldt dat openbaarmaking van beschikkingen – anders dan die van besluiten van algemene strekking – moet plaatsvinden met inachtneming van de weigeringsgronden van de Woo.<sup>91</sup> Wanneer een belanghebbende

naar verwachting bedenkingen zal hebben tegen actieve openbaarmaking van een beschikking, wordt deze in de gelegenheid gesteld om zijn zienswijze hierover naar voren te brengen. Een dergelijke mededeling over een voorgenomen openbaarmaking wordt in de Woo gelijkgesteld met een (appellabel) besluit, waarmee de jurisprudentie onder art. 8 Wob wordt gecodificeerd.<sup>92</sup>

### 3.2.2 *Besluiten als open data*

Wat betreft de vorm van openbaarmaking van overheidsinformatie schrijft de Woo niet een specifiek *medium* voor, maar bevat zij wel een voorkeursvolgorde ten aanzien van de voorgeschreven ‘algemeen toegankelijke wijze’ van (actieve en passieve) openbaarmaking. Bij voorkeur vindt de verstrekking in elektronische vorm plaats in een machinaal leesbaar open formaat, samen met de metadata, overeenkomstig art. 5 van de Hergebruikrichtlijn.<sup>93</sup> Voor zover beschikbaarstelling in een dergelijk formaat niet mogelijk is, komt verstrekking in andere elektronisch doorzoekbare vorm in beeld.<sup>94</sup> Alleen indien elektronische verschaffing redelijkerwijs niet kan worden geleverd, kan worden teruggevalen op andere wijzen van openbaarmaking, zoals een kopie, uittreksel of samenvatting.<sup>95</sup> Overigens hoeft elektronische verschaffing<sup>96</sup> niet te worden gelijkgesteld met *algemene* elektronische kennisgeving, bijvoor-

---

het belang van de openbaarheid van de besteding van publieke middelen in het algemeen groter is dan het belang van de ontvanger om de om de beschikking niet openbaar te maken (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 36).

86 Art. 3.3 lid 2 sub k onder 20° en 21° Woo.

87 Zie hierover *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 10.

88 Art. 3.3a Woo.

89 In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat dit vereiste van ‘voor personen elektronisch raadpleegbaar’ moet worden onderscheiden van ‘machinaal leesbaar’ als vereiste voor ‘open data’ (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 42).

90 Art. 3.3a lid 1 en 2 Woo. Overigens kan nog steeds om openbaarmaking van de volledige beschikking worden verzocht, indien een beschikking slechts in een geaggregeerd overzicht openbaar is gemaakt (*Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 41).

91 Zie over deze weigeringsgronden ook L.P.W. Mensink & C. Ruers, ‘Zullen de beoogde wijzigingen leiden tot meer openbaarheid?’, *JBplus* 2016-3, p. 157 e.v.

92 Zie art. 3.3 lid 7 Woo.

93 Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 betreffende het hergebruik van overheidsinformatie, *PbEU* 2003, L 345/90, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013, *PbEU* 2013, L 175/1.

94 Zie hierover *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 41.

95 Art. 2.4 lid 4 Woo,

96 Elektronische verstrekking wordt in dit verband getypeerd als verstrekking waarbij gebruik wordt gemaakt van software die algemeen gebruikelijk is en zo mogelijk gratis beschikbaar is, of die door verschillende

beeld op een overheidswebsite of via een algemeen toegankelijk dataportaal. Bij actieve openbaarmaking ligt elektronische toezending echter niet voor de hand, zodat toch primair moet worden gedacht aan een vorm van *algemene* elektronische verschaffing.

De verwijzing naar de Hergebruikrichtlijn slaat een brug tussen toegang tot overheidsinformatie en hergebruik van overheidsinformatie. Hoewel momenteel sprake is van twee gescheiden wettelijke regimes (Wet openbaarheid van bestuur en Wet hergebruik overheidsinformatie (Who)<sup>97</sup>), volgt het hergebruikregime van de Who het openbaarmakingsregime van de Wob: overheidsinformatie die niet openbaar is, kan niet worden hergebruikt.<sup>98</sup> Ogenschijnlijk voorziet de Who daarbij slechts in een regime voor terbeschikkingstelling *op verzoek* van overheidsinformatie voor hergebruik.<sup>99</sup> Het algemene vereiste van (zo mogelijk) verstrekking langs elektronische weg, in een open en

---

besturingssystemen kan worden gelezen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 70).

97 Aanvankelijk was de Hergebruikrichtlijn geïmplementeerd in een afzonderlijk hoofdstuk van de Wob (zie hoofdstuk V-A van de Wet openbaarheid van bestuur, zoals ingevoerd bij Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 25). Bij de implementatie van de herziening van de Hergebruikrichtlijn is echter gekozen voor een afzonderlijke Wet hergebruik overheidsinformatie (Who), onder meer omdat het motief van de regels voor hergebruik zou zijn gestoeld op geheel andere (economische en mededingingsrechtelijke) uitgangspunten dan de klassieke Wob. Niettemin zijn sporen van de Wob nog steeds aanwezig in de Who. Zie hierover uitgebreider C.N. van der Sluis & S.L. Besters, 'Hergebruik van overheidsinformatie; wenken voor de praktijk', *JBplus* 2018/2.

98 Art. 2 lid 1 sub a Who bepaalt dat de Who niet van toepassing is op informatie die niet openbaar is op grond van de wet. Wanneer informatie *nog* niet openbaar is, impliceert een verzoek tot hergebruik dus een verzoek om openbaarmaking. Zie hierover Van der Sluis & Besters 2018, par. 2.3.

99 Zie hoofdstuk 2 van de Who.

machinaal leesbaar formaat,<sup>100</sup> kan echter worden toegepast op zowel actieve als passieve terbeschikkingstelling. De Hergebruikrichtlijn staat in elk geval niet eraan in de weg dat informatie proactief (dus zonder voorafgaand verzoek) en zonder voorwaarden of tarieven terbeschikking wordt gesteld in de vorm van open data, bijvoorbeeld via een open data portaal.<sup>101</sup> Feitelijk creëert de Woo een juridische grondslag voor actieve beschikbaarstelling voor hergebruik door de eisen die worden gesteld aan hergebruik van overheidsinformatie, reeds te stellen bij de openbaarmaking hiervan ('open by design'). Als gevolg hiervan zullen actieve openbaarmaking van besluiten en (actieve) beschikbaarstelling hiervan als open data<sup>102</sup> volledig samenvallen.

### 3.3 Buitenwettelijke publicatieverplichtingen

#### 3.3.1 Passende mate van openbaarheid

Niet alleen de wetgeving, maar ook de rechtspraak is de afgelopen jaren sterk in ontwikkeling als het gaat om publicatieverplichtingen die samenhangen met besluiten. Een eerste relevante ontwikkeling betreft de jurispruden-

---

100Zie art. 5 lid 1 Who. Zie uitgebreider over de vraag wat een machinaal leesbaar formaat inhoudt: Rb. Midden-Nederland 7 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3420, AB 2018/18, m.nt. N. Bontje. Zie hierover ook Van der Sluis & Besters 2018, par. 4.

101 *Kamerstukken II* 2014/15, 34123, nr. 3, p. 19, met verwijzing naar het nationale open data portaal <https://data.overheid.nl/>

102In overweging 16 van de in 2019 aangenomen Open-datarichtlijn worden 'open data' omschreven als gegevens in een open formaat die door iedereen voor alle doeleinden vrij gebruikt, hergebruikt en gedeeld kunnen worden. Deze richtlijn laat duidelijker doorschermen dat terbeschikkingstelling ook actief kan plaatsvinden. Zo moeten dynamische gegevens onmiddellijk nadat ze zijn verzameld, beschikbaar worden gesteld voor hergebruik, dus kennelijk zonder dat hieraan een specifiek verzoek ten grondslag ligt (art. 5 lid 5 Open-datarichtlijn).

tie van de Afdeling inzake de verdeling van schaarse vergunningen. In 2016 overwoog de Afdeling in *Speelautomatenhal Vlaardingen* dat het bestuur om gelijke kansen te realiseren een passende mate van openbaarheid moet verzekeren. Dit betekent dat het bestuur tijdig voorafgaand aan de start van de aanvraagprocedure duidelijkheid moet scheppen, door informatie over de verdeling bekend te maken via een zodanig medium dat potentiële gegadigden daarvan kennis kunnen nemen.<sup>103</sup>

De Afdeling heeft zich noch in deze uitspraak noch in latere jurisprudentie concreet uitgelaten over de vraag wat een passend medium is. In zijn conclusie bij *Speelautomatenhal Vlaardingen* heeft staatsraad advocaat-generaal Widdershoven dat wel gedaan door aansluiting te zoeken bij het bekendmakingsregime van art. 3:42 Awb. Volgens hem zou publicatie in een lokaal huis-aan-huis-blad onder omstandigheden tekort kunnen schieten, maar is elektronische publicatie in een officieel publicatieblad wel toereikend.<sup>104</sup> In de rechtspraak lijkt het vereiste van een 'passende mate van openbaarheid' echter niet één-op-één samen te vallen met de bekendmaking van besluiten. Zo kende de Afdeling in *speelautomatenhal Rotterdam* gewicht toe aan de omstandigheid dat de beschikbaarheid van de schaarse vergunning op de gemeentelijke website was vermeld.<sup>105</sup> In *evenementenkalender Rotterdam* betrok de Afdeling in haar beoordeling of passende mate van openbaarheid was gegeven aan de vaststelling van de evenementenkalender, een beleids-

document en de vertaling daarvan in een zogeheten 'oproep voor plannen', terwijl dat document geen grondslag vond in een algemeen verbindend voorschrift of een op grond daarvan vastgestelde beleidsregel (en dus niet als besluit kon worden aangemerkt).<sup>106</sup> Evenzo overwoog de Afdeling in *speelautomatenhal Emmen* dat zogeheten 'uitgiftecondities' geen besluit inhielden, maar dat zij wel hadden bijgedragen aan een passende mate van openbaarheid.<sup>107</sup> Al met al is bij de verdeling van schaarse vergunningen dus sprake van een ongeschreven publicatieverplichting die uit het gelijkheidsbeginsel voortvloeit, maar niet één-op-één loopt met de bekendmaking van besluiten.

### 3.3.2 Volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling

Een andere relevante ontwikkeling betreft de jurisprudentie van de Afdeling over het gebruik van de software AERIUS. In 2017 formuleerde de Afdeling ter voorkoming van een ongelijkwaardige procespositie de verplichting voor het bestuursorgaan om de gemaakte keuzes en de gebruikte gegevens en aannames in AERIUS volledig, tijdig en uit eigen beweging openbaar te maken op een passende wijze, zodat deze keuzes, gegevens en aannames voor derden toegankelijk zijn. Deze proactieve openbaarmakingsverplichting kan in de sleutel van de *procedurele* openbaarheid worden geplaatst, omdat ze uiteindelijk is gericht op het bieden van reële rechtsbescherming tegen besluiten die op deze keuzes, gegevens en aannames zijn gebaseerd.<sup>108</sup>

Waar de Afdeling in 2017 nog volstond met een (impliciete) verwijzing naar het beginsel van *equality of arms* als grondslag voor de openbaarmakingsverplichting, heeft zij deze verplichting in 2018 beter ingebed in de geldende

103 ABRvS 2 november 2016, AB 2016/426, m.nt. C.J. Wolswinkel (*speelautomatenhal Vlaardingen*). Zie hierover ook C.J. Wolswinkel, 'Volwassen verdelingsrecht', *JBplus* 2017/1.

104 Conclusie AG Widdershoven 25 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1421, par. 6.5.

105 ABRvS 9 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:661. Hier is van belang dat voor het beschikbaar komen van een schaarse vergunning een besluit van algemene strekking niet altijd noodzakelijk is, bijvoorbeeld wanneer een eerder verleende vergunning wordt ingetrokken.

106 ABRvS 21 november 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3822.

107 ABRvS 30 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2336.

108 ABRvS 17 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1259 (*PAS*), r.o. 14.4.

bekendmakingsregimes.<sup>109</sup> Allereerst maakte de Afdeling in *Blankenburg* duidelijk dat deze verplichting (ook) betekenis heeft bij het vaststellen van het (ontwerp)besluit. Deze keuzes, gegevens en aannames zijn dus niet alleen op de zaak betrekking hebbende stukken in bezwaar en beroep,<sup>110</sup> maar ook stukken die ter inzage moeten worden gelegd omdat ze redelijkerwijs nodig zijn voor de beoordeling van een ontwerpbesluit (vgl. art. 3:11 Awb) of die als onderdeel van de motivering bij de bekendmaking van het besluit moeten worden vermeld.<sup>111</sup> Belanghebbenden moeten immers op basis van deze informatie kunnen bepalen of zij zienswijzen willen inbrengen of rechtsmiddelen willen aanwenden.<sup>112</sup> In vergelijking met de verplichting tot 'een passende mate van openbaarheid' bij de verdeling van schaarse vergunningen is de verhouding tussen deze verplichting tot volledige, tijdige en adequate beschikbaarstelling bij geautomatiseerde besluitvorming en het wettelijke publicatieregime dus inmiddels meer, maar zeker nog niet volledig uitgekristalliseerd.

<sup>109</sup> ABRvS 18 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2454 (*Blankenburg*).

<sup>110</sup> Zie art. 7:4 Awb en art. 8:42 Awb. De verplichting om de voor de beoordeling van de zaak van belang zijnde gegevens over te leggen is niet beperkt tot op papier vastgelegde gegevens, maar ziet ook op de in elektronische vorm vastgelegde, op de zaak betrekking hebbende gegevens, waaronder begrepen invoerdata, grafische weergaven en afbeeldingen, die op papier of in andere vorm leesbaar of anderszins waarneembaar kunnen worden gemaakt (vgl. HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:672 en ABRvS 18 juli 2018 ECLI:NL:RVS:2018:2454).

<sup>111</sup> Vgl. aant. 2c van J.C.A. de Poorter, 'Artikel 3:47 Awb', *T&C Awb*, Deventer: Wolters Kluwer (actueel t/m 1 september 2019).

<sup>112</sup> ABRvS 18 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2454, r.o. 23.1.

## 4. Verschuivende panelen

### 4.1 Verweven regimes en motieven

Het beeld dat naar voren komt, is dat van een veelheid aan ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak die weliswaar alle verband houden met de publicatie van besluiten, maar zich tegelijk los van elkaar lijken te voltrekken. In elk geval is duidelijk dat de Algemene wet bestuursrecht haar harmoniserende rol verliest wat betreft de normering van de bekendmaking van besluiten. Aan de ene kant wordt de bekendmaking van een aanzienlijke categorie van besluiten voortaan buiten de Awb om geregeld in de Bekendmakingswet. Aan de andere kant wordt, ondanks eerdere pleidooien voor een regeling inzake de actieve openbaarmaking van besluiten in de Awb,<sup>113</sup> de Awb op dit punt gepasseerd door de Wet open overheid.

De keuze voor regeling van bekendmaking en openbaarmaking van besluiten in de Awb of in een andere wet lijkt op het eerste gezicht weinig principieel,<sup>114</sup> maar heeft toch belangrijke gevolgen. Niet alleen gaat regeling buiten de Awb om ten koste van de samenhang binnen de Awb,<sup>115</sup> maar ook kunnen de motieven die ten grondslag liggen aan die andere wet, doorwerken in de wijze waarop openbaarmaking en bekendmaking worden geregeld. Zo creëert de Woo met de verplichtingen om documenten binnen twee weken na vaststelling openbaar te maken en om documenten (inclusief besluiten) als open data in een machinaal leesbaar formaat beschikbaar te stellen, feitelijk extra verplichtingen in het kader van de totstandkoming van besluiten. Overigens is het ook uitdrukkelijk de bedoeling van de Wep zelf, hoewel die bedoe-

<sup>113</sup> Pietermaat 2003, p. 32-33, Daalder 2005, p. 265, en Daalder 2012, p. 182.

<sup>114</sup> Van der Veen 2013, p. 135.

<sup>115</sup> Zo wordt – anders dan de bekendmaking – de inwerkingtreding van algemeen verbindende voorschriften wel in de Bekendmakingswet geregeld (art. 8 Bekendmakingswet (nieuw)), maar die van beleidsregels e.d. niet (zie hiervoor art. 3:40 Awb).



ling pas gestalte krijgt in lagere regelgeving, om alle besluiten (en de daarbij behorende metagegevens) als ‘open data’ beschikbaar te stellen, zodat ook andere partijen dan de overheid deze overheidsinformatie voor andere gebruikers kunnen ontsluiten.<sup>116</sup>

Dit laatste voorbeeld laat goed zien dat in tijden van digitalisering de motieven voor bekendmaking, openbaarmaking en hergebruik naar elkaar toe bewegen. Waar in het verleden het (economische) motief van hergebruik een van de redenen vormde voor een afzonderlijke wet inzake hergebruik, is de vraag of het (economische) motief van hergebruik nog steeds zodanig afwijkt van het belang van openbaarheid dat een afzonderlijke wet is aangewezen. Ook het motief van de Bekendmakingswet betreft niet enkel meer bekendmaking met het oog op verbindendheid, maar ook ‘burgervriendelijke’ overheidsvoorlichting, bijvoorbeeld door teksten van besluiten te consolideren of door burgers op maat te informeren. Ook de ‘open by design’ en ‘open by default’-benadering van de Open-datarichtlijn<sup>117</sup> raakt direct aan de inrichting van het besluitvormingstraject. Waar juist besluiten naar hun aard in beginsel openbaar moeten worden gemaakt, vergt dit een besluitvormingstraject waarin gelijktijdig twee varianten van een besluit worden vastgesteld, namelijk een die geschikt is voor bekendmaking en een die geschikt is voor openbaarmaking,<sup>118</sup> en die vervolgens zo mogelijk gelijktijdig worden gepubliceerd.

<sup>116</sup>Kamerstukken II 2018/19, 35218, nr. 3, p. 23. In de consultatieversie van de Regeling elektronische publicaties is daarom voorzien in eisen betreffende het machinaal leesbare formaat van besluiten. Zie art. 2.2 Regeling elektronische publicaties, op grond waarvan publicaties in beginsel worden uitgegeven en beschikbaar gehouden in het (machinaal leesbare) bestandsformaat PDF/A, conformiteitsniveau a.

<sup>117</sup>Art. 5 lid 2 Open-datarichtlijn.

<sup>118</sup>Zie over de noodzaak van ‘openbaarheid by design’ bij actieve openbaarmaking onder de Woo Kamerstukken II 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 8-9.

#### 4.2 Vervaging tussen algemene en individuele bekendmaking

In het kader van rechtsbescherming tegen geautomatiseerde besluitvorming is gewezen op de vervaging van het onderscheid tussen individuele en algemene besluitvorming.<sup>119</sup> Ook als het gaat om de normering van de bekendmaking van besluiten, lijkt deze grens nu te vervagen. Hoewel de Wep geen betrekking heeft op de bekendmaking van beschikkingen, geldt onder de Woo sterker dan voorheen dat beschikkingen actief en algemeen openbaar moeten worden gemaakt (met een nadere differentiatie tussen verschillende soorten beschikkingen). De vraag is dan welk medium geschikt is voor publicatie van een – al dan niet deels geanonimiseerde – beschikking. De bedoeling van de wetgever om de werking van officiële publicatiebladen in beginsel te beperken tot besluiten, verzet zich niet tegen publicatie van beschikkingen (en de motivering daarvan) via officiële bekendmakingen.nl.<sup>120</sup> Juist waar die publicatie gelijktijdig plaatsvindt met de (al dan niet elektronische) bekendmaking van de beschikking aan de geadresseerde, is daarmee ook verzekerd dat de bezwaar- of beroepstermijn voor de verschillende belanghebbenden daadwerkelijk samenvalt.

Omgekeerd krijgt bekendmaking van algemene besluiten steeds meer een geïndividualiseerd karakter. De Wep creëert in art. 20 Bekendmakingswet namelijk een wettelijke grondslag voor *geïndividualiseerde* informatievoorzie-

<sup>119</sup>J.C.A. de Poorter & J. Goossens, ‘Rechtsbescherming bij algoritmische besluitvorming’, *NJB* 2019/2777, p. 3306-3307.

<sup>120</sup>Art. 12 Bekendmakingswet (nieuw) bepaalt immers dat het bestuursorgaan *in ieder geval* zijn wettelijk voorgeschreven mededelingen en kennisgevingen in het betreffende publicatieblad doet. Daargelaten of openbaarmaking van beschikkingen op grond van art. 3.3 lid 2 Woo inmiddels kan worden beschouwd als een wettelijk voorgeschreven mededeling, biedt het publicatieblad dus ook ruimte voor andere mededelingen die niet wettelijk zijn verplicht.

ning door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties die eenieder een elektronisch bericht kan zenden over de bekendmakingen, mededelingen en kennisgevingen in publicatiebladen die betrekking hebben op de omgeving van het adres van inschrijving van de ontvanger in de basisregistratie personen. Hoewel deze attenderingsmogelijkheid als een extra service wordt gepresenteerd om burgers 'op maat' te informeren, vindt het verzenden van dergelijke berichten in beginsel ongevraagd plaats. Concreet wordt hierbij gedacht aan MijnOverheid, hoewel de berichtenbox van MijnOverheid niet zelf de publicaties zal bevatten, maar zal doorverwijzen naar officiële bekendmakingen.nl.<sup>121</sup> In de perceptie van de ontvanger zal de melding in MijnOverheid echter kunnen worden opgevat als de bekendmaking, zeker wanneer het moment van deze melding samenvalt met het moment van de bekendmaking in het publicatieblad. Dat hoeft niet problematisch te zijn, aangezien bijvoorbeeld afbakingsproblemen tussen de beschikking en het concretiserende besluit van algemene strekking over de voorgeschreven wijze van bekendmaking daarmee tot het verleden behoren, maar laat wel zien dat algemene bekendmaking hierdoor 'individualiseert'.

#### 4.3 Het besluit voorbij? Besluiten en andere documenten

De ontwikkelingen rond de bekendmaking en openbaarmaking van besluiten raken ook aan de centrale positie die het besluit in het bestuursrecht inneemt. Hoewel de Wep nadrukkelijk de officiële publicatiebladen (in beginsel) reserveert voor besluiten, laat zij tegelijk ruimte voor uitzonderingen hierop. Die opening roept de vraag op of ook andere documenten dan besluiten zich lenen voor publicatie via officiële bekendmakingen.nl. Die vraag lijkt in een digitaal tijdperk alleen maar aan belang te winnen met de ontwikkeling van nieuwe, digitale vormen van beleid, waarvan de

exacte juridische status soms diffuus is.<sup>122</sup> Zo heeft de Afdeling zich in de AERIUS-jurisprudentie niet uitgelaten over de juridische kwalificatie van deze software en de verwijzing hiernaar in regelgeving,<sup>123</sup> mogelijk omdat de software als 'open source' reeds beschikbaar was gesteld.<sup>124</sup> De (beleidsmatige) tendens in de richting van 'open source overheidssoftware, tenzij'<sup>125</sup> brengt niet alleen mee dat publicatie van de broncode neerkomt op (actieve) openbaarmaking van documenten in de zin van de Wob (of Woo),<sup>126</sup> maar kan ook ertoe leiden dat bestuursorganen deze openbaarmaking zekerheidshalve laten plaatsvinden via hun officiële publicatiebladen en daarmee via officiële bekendmakingen.nl.<sup>127</sup> Met deze uitbreiding van het bereik van officiële publicatiebladen tot andere documenten dan besluiten, wordt wellicht afbreuk gedaan aan de centrale positie van besluiten binnen het bekendmakingsregime,

122 Zie ook H.E. Bröring, 'Bestuursrechtelijke soft law: tien opmerkingen', in: A.T. Marseille e.a. (red.), *25 jaar Awb. In eenheid en verscheidenheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 175.

123 Artikel 2.1 van de Regeling natuurbescherming bepaalt dat voor de vaststelling of een project door het veroorzaken van stikstofdepositie op een voor stikstof gevoelig habitat in een Natura 2000-gebied een verslechterend of significant verstorend effect kan hebben, de stikstofdepositie werd berekend 'met gebruikmaking van' AERIUS Calculator.

124 Zie ook S. van Heukelom-Verhage, 'Maatwerk bieden in een gedigitaliseerde en datagedreven samenleving; #HoeDan?', in: *Maatwerk in het bestuursrecht* (VAR-reeks 164), Den Haag: Bju 2020, p. 215.

125 *Kamerstukken II* 2019/20, 26 643, nr. 676.

126 Zie in dit verband 'Overwegingen bij "open, tenzij" en aanpak open source 2020-2021', bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 26 643, nr. 676.

127 Overigens biedt art. 7 lid 3 Bw (nieuw) de mogelijkheid om te bepalen dat een bijlage bij een besluit wegens aard of omvang in een ander algemeen toegankelijk elektronisch medium wordt gepubliceerd dan het publicatieblad. Zo is de broncode van AERIUS gepubliceerd op <https://github.com/aerius/>.

121 *Kamerstukken II* 2018/19, 35 218, nr. 3, p. 23.

maar wordt tegelijk verzekerd dat documenten die gerelateerd zijn aan besluiten, via hetzelfde platform worden gepubliceerd en toegankelijk zijn voor burgers.

#### 4.4 Wettelijke en buitenwettelijke bekendmaking

Het voorbeeld van overheidssoftware laat tegelijk zien dat in aanvulling op het wettelijke bekendmakingsregime buitenwettelijke publicatieregels van belang blijven. Voor zover een bestuursorgaan gebruik maakt van software zonder over de auteursrechten hierop te beschikken, rust momenteel blijkens de jurisprudentie op het bestuursorgaan weliswaar de verplichting om de gemaakte keuzes en de gebruikte aannames en gegevens openbaar te maken, maar (nog) geen algemene verplichting tot openbaarmaking van de broncode van die software.<sup>128</sup> Het is echter niet ondenkbaar, bijvoorbeeld wanneer in een besluit dwingend wordt verwezen naar bepaalde software, dat de rechter bepaalt dat ook de kenbaarheid van die broncode moet worden verzekerd. Een dergelijke openbaarmakingsverplichting roept herinneringen op aan de jurisprudentie die ten aanzien van NEN-normen tot ontwikkeling is gekomen en waarvoor inmiddels een wettelijk regime is gecreëerd. Voor zover dit regime van art. 14 Bekendmakingswet niet direct van toepassing is op overheidssoftware, zal de rechter buiten de wetgeving om aanvullende publicatieverplichtingen moeten formuleren.

Door de voortschrijdende digitalisering blijft dus steeds de vraag of de wettelijke bekendmakingsregels steeds voldoende zijn om kenbaarheid van besluiten te verzekeren. Zo is ook de vraag of bij de verdeling van schaarse vergunningen zonder meer aan de eis van ‘een passende mate van openbaarheid’ is voldaan zodra bekendmaking conform de Bekendmakingswet plaatsvindt. Het lijkt niet uitgesloten dat de eis van een passende mate van openbaarheid

onder omstandigheden verder strekt dan het wettelijke bekendmakingsregime vereist. Zoals voor de vaststelling van een gemeentelijk bestemmingsplan niet de bekendmaking hiervan in het gemeenteblad volstaat, maar ook kennisgeving hiervan in de *Staatscourant* wettelijk is verplicht,<sup>129</sup> zo zou uit het gelijkheidsbeginsel ook een ruimere bekendmakingsverplichting voor de verdeling van schaarse vergunningen kunnen worden afgeleid dan is voorgeschreven in de Bekendmakingswet. Het is voor de rechtsontwikkeling en rechtszekerheid daarom van belang dat, zoals inmiddels reeds (deels) is gebeurd in de AERIUS-jurisprudentie, de rechter de door hem geformuleerde publicatieverplichtingen expliciet relateert aan wettelijke bekendmakingsverplichtingen.

#### 5. Slot

De recente ontwikkelingen in wetgeving (Wep, Woo) en rechtspraak (transparantie in de vorm van ‘een passende mate van openbaarheid’, inzage in geautomatiseerde besluitvorming) laten zien dat de scheidslijn tussen bekendmaking en openbaarmaking van besluiten verwaagt in het digitale tijdperk. De ‘eigen aard’ van besluiten brengt in dit verband mee dat voor de bekendmaking van besluiten kan worden geprofiteerd van de ontwikkeling van het openbaarmakingsregime onder de Woo: ook beschikkingen komen in toenemende mate voor actieve openbaarmaking in aanmerking, terwijl besluiten bovendien in de vorm van open data beschikbaar moeten worden gesteld. Omgekeerd biedt de Wep via het gemeenschappelijke publicatieforum van officieelbekendmakingen.nl een opening om ook documenten die nauw verwant zijn aan besluiten te publiceren, terwijl de geïndividualiseerde informatievoorziening via MijnOverheid eraan kan bijdragen dat burgers daadwerkelijk worden geïnformeerd. Voor deze kruisbestuiving is vereist dat het bestuur de eisen die samenhangen met bekendmaking, openbaarmaking en

<sup>128</sup>Zie HR 17 augustus 2018, ECLI:NL:HR:2018:1316, ten aanzien van door een private partij ontwikkelde taxatiesoftware.

<sup>129</sup>Art. 3.8 lid 3 Wro.

hergebruik integreert in zijn besluitvormings-traject ('open by design'). In dat geval kan de informatiepositie van de (digitaal vaardige) burger daadwerkelijk worden vergroot, doordat hij niet wordt overweldigd door een veelheid aan publicaties en publicatieplatforms (officieelbekendmakingen.nl, data.overheid.nl, etc.), maar al 'zijn' overheidsinformatie 'op maat' ontvangt.

#### Over de auteur

*Prof. mr. dr. C.J. (Johan) Wolswinkel*  
Hoogleraar Bestuursrecht, markt en data aan  
Tilburg University.

## Kies voor zekerheid met de kennisbank VIND Inkoop en Aanbesteding



Vraag nu een  
demo aan via de  
website

### Voorkom fouten en bespaar kosten

Als (publieke) inkoper heeft u een complex en specialistisch vak. Om u optimaal te ondersteunen heeft Sdu een unieke kennisbank ontwikkeld.

Uw voordelen:

- Alle relevante wet- en regelgeving, jurisprudentie met samenvattingen en commentaren overzichtelijk op één plek
- Doorloop eenvoudig alle werkprocessen
- Bespaar tijd met praktische tools
- Voorkom fouten en bespaar kosten
- Gebruiksvriendelijk met o.a. voorbeeldbrieven



Ga voor meer informatie naar  
[www.vindinkoopenaanbesteding.nl](http://www.vindinkoopenaanbesteding.nl)

**Sdu**