

Naar een algemeen transparantiebeginsel?

Bespreking van het preadvies van A.W.G.J. Buijze voor de VAR 2022

NTB 2022/141

1. Inleiding en vraagstelling

De VAR vergadert dit jaar over preadviezen die tot thema hebben ‘openbaarheid’. Dit preadvies behandelt in het algemeen de vraag of, zoals de preadviseur stelt, het begrip ‘transparantie’ voor het ‘realiseren van publieke waarden’ ‘toegevoegde waarde’ heeft. Zij verwijst naar een woordvoerder van het SAS Institute, aangehaald in *Binnenlands Bestuur*, over de trends van 2022 waar ‘transparantie’ tot het toverwoord van 2022 is uitgeroepen. Raadpleging van deze site leert dat het daar gaat over verwerking van persoonsgegevens en de betekenis van de AVG in dat verband, ik citeer:

‘2022 wordt het jaar van transparantie en privacy. Wie nog dacht dat de AVG niet voor overheden geldt, is nu wel wakker geworden door de recente boete van de Autoriteit Persoonsgegevens voor de belastingdienst. Data-veiligheid is bepaald geen kinderspel, het wordt in 2022 zeker een hot topic. Maar transparantie ook. Momenteel laat bijvoorbeeld slechts 38 procent van de gemeentelijke online portals zien wat er met de persoonlijke data gebeurt. Gemeenten moeten in 2022 echt haast maken met data-governance. En de stok achter de deur komt uit Brussel. Komend jaar verschijnen de eerste conceptwetteksten van de EU die het ongecontroleerd ontwikkelen van analytische data-toepassingen moeten gaan indammen. Zo komt er een aansprakelijkheid voor bestuurders en data-gebruik hangt straks vaker af van expliciete toestemming van burgers. Het wordt best complex en SAS verwacht een strenge handhaving.’²

Na een korte inleiding dat transparantie of het gebrek daaraan in politiek Den Haag op tal van gebieden tot overspannen verwachtingen leidt, komt Buijze tot de volgende probleemstelling:

‘(...) Omdat uit de literatuur blijkt dat de hooggespannen verwachtingen lang niet altijd worden waargemaakt en omdat aan transparantie steeds kosten zijn verbonden, is het raadzaam dat het recht actuele inzichten over het nut en onnut van transparantie reflecteert. In dit preadvies staat de vraag centraal in hoeverre het recht de inzichten reflecteert over de mate waarin de wijze waarop transparantie bijdraagt aan het realiseren van publieke waarden? Deze algemene vraag beperk ik vervolgens tot twee onderwerpen: 1. Draagt transparantie

daadwerkelijk bij aan het vertrouwen in de overheid?
2. Draagt transparante verdeling van schaarse rechten daadwerkelijk bij aan gelijke kansen voor gegadigden, en komen schaarse rechten beter terecht dan wanneer niet transparant wordt verdeeld?’

Ik zal eerst het preadvies bespreken en kritisch evalueren. Ik ben het met de preadviseur eens dat het begrip ‘transparantie’ in de bestuurspraktijk aan inflatie onderhevig is, zodat een kritische evaluatie op zijn plaats is. Mijn aanpak is echter een andere dan die van de preadviseur, zoals uit mijn slotevaluatie moge blijken.

2. Het preadvies vraag 1: Draagt transparantie daadwerkelijk bij aan vertrouwen in de overheid? (hoofdstuk 5 van het preadvies)

‘Transparant’ is volgens Van Dale letterlijk ‘doorschijnend’ waaruit de ruimere betekenis is afgeleid dat iets ‘gemakkelijk is te doorzien, helder van structuur is’. Dat lijkt mij een duidelijke definitie, die ook verifieerbaar is. Blijkens paragraaf 2.1 van het preadvies is die betekenis in het bestuursrecht/de bestuurswetenschap echter niet zo simpel, zo zelfs dat er niet van één concept kan worden gesproken. Er zou echter een kern zijn die Buijze omschrijft als ‘het vereiste van de beschikbaarheid van duidelijke informatie’. Haar conclusie: transparantie is een resultaat, ‘een staat van een organisatie waarbij duidelijk is wat zich binnen een organisatie afspeelt. Deze staat wordt bereikt door het beschikbaar stellen van informatie, op welke activiteiten ook het stempel van transparantie wordt geplakt. Transparantie wordt daarmee zowel middel als doel.’ Maar om verwarring te voorkomen spreekt de preadviseur bij het middel liever van ‘transparantiemaatregelen’. Wat het onderscheid tussen transparantie en openbaarheid betreft, concludeert Buijze dat het nuttig is een onderscheid te maken tussen enerzijds het doel waarbij de burgers inzicht hebben in wat zich binnen de overheid afspeelt en anderzijds de instrumenten die worden ingezet om dat doel te bereiken.

In paragraaf 3 wordt het ‘nuttig effect’ van transparantie besproken. Is dat hetzelfde als het ‘realiseren van publieke waarden’ die in de algemene vraagstelling van het preadvies figureren? Dat lijkt mij een belangrijke vraag, omdat waarden helemaal niet nuttig *hoeven*, maar toch noodzakelijk *kunnen* zijn. Het is een van de centrale vragen van de rechtsfilosofie. De preadviseur behandelt die vraag niet, maar volstaat hier echter met (gesteund door uitgevoerde studies) een opsomming van nuttige effecten, hoewel ze wel een relatie tussen die twee dingen legt die zij omschrijft als ‘onderliggende nuttige effecten van transparantie die bijdragen aan het realiseren van allerhanden publieke waarden.’ Voor de onderliggende nuttige effecten grijpt zij

1 Prof. mr. E.J. (Egbert) Dommering is emeritus-hoogleraar informatierecht aan de Universiteit van Amsterdam.

2 <https://www.binnenlandsbestuur.nl/digitaal/voortuitblik-op-2022-data-wordt-steeds-belangrijker>.

terug op een studie die de volgende lijst opsomt: accountability, vertrouwen en geloofwaardigheid, burgerschap en participatie, efficiency, governance, political turn-out, anti-corruptie, het tegengaan van desinformatie. Deze lijst condenseert zij tot alle aspecten van een behoorlijke democratische besluitvorming en het daarbij behorende vertrouwen van de burgers in de overheid. Nu valt ook de term 'good governance' in de tekst. Dan schakelt het preadvies over op een lange beschouwing over de transparantie van de functioneren van de vrije markt: 'Als laatste richten we ons op de relatie tussen transparantie en efficiëntie, het functioneren van de vrije markt, en welvaart. De gedachte dat de vrije markt de beste manier is om de inzet van hulpbronnen als arbeid en kapitaal en grondstoffen te regelen, ligt diep verankerd in met name het Europese rechtssysteem.' Volgt een uitvoerige beschouwing over de vrije markt die verder uitwaaiert in een positieve beoordeling van transparantie. Zoals gezegd: dat berust voornamelijk op een beschrijving van de *feitelijke effecten* van transparantie in relatie tot de overheid en de vrije markt. Dan volgt hoofdstuk 4 dat de twijfels 'ten aanzien van het functioneren van transparantie' bespreekt. Dit valt uiteen in een samenvatting van de literatuur waarin een groeiende scepsis daarover valt te bespeuren en een stuk met de vraag wat de relevantie daarvan voor juristen is. Dit wordt gevolgd door een hoofdstuk 5 waarin de vergroting van het vertrouwen in de overheid door transparantie wordt behandeld, eerst in de literatuur en daarna in het recht.

In hoofdstuk 4 worden bestuurskundige studies behandeld die zouden hebben aangetoond dat er geen overtuigend bewijs is dat transparantie bijdraagt aan 'legitimiteit' of 'vertrouwen in de overheid'. Zij noemt het voorbeeld van een studie waarin de burgers wel informatie over een misstap van de overheid ontvangen maar niet beschikken over instrumenten om er iets aan te doen. Als het gaat om corruptie zoals het ontvangen van smeergeld kan de onmacht zelfs een stimulans zijn om zelf corrupt te worden, omdat dat immers loont. Wat moeten juristen daarmee vraagt Buijze zich af in paragraaf 4.2? Haar aanbeveling is om bij het opnemen van transparantieplichtingen in de wet zich te realiseren dat transparantie niet altijd bijdraagt aan beter bestuur.

In hoofdstuk 5 wordt dezelfde exercitie ondernomen voor het vertrouwen in de overheid. Studies naar lokale gemeenschappen wijzen uit dat hoe meer burgers over hun bestuurders weten hoe minder ze die vertrouwen.

Dit deel van het preadvies rondt af met een overwegend negatieve conclusie mede gebaseerd op met instemming aangehaalde bestuurskundige studies. Ik citeer de hele conclusie:

'Ook in de juridische literatuur zijn de verwachtingen op dit punt niet hooggespannen. Kuipers die recent in Leiden promoveerde op herstel van vertrouwen na door de overheid veroorzaakte schade, heeft beperkte

verwachtingen van transparantie, en ziet hooguit een rol voor transparantie binnen een pakket van maatregelen. Zij is zich overigens ook zeer bewust van het bestuurskundig onderzoek over dit onderwerp. Dat is bemoedigend. Het recht lijkt (althans op dit punt) de realistische verwachtingen te weerspiegelen waarvoor in de literatuur wordt gepleit. De waarschuwing van bestuurskundigen dat te hoge verwachtingen van transparantie zouden kunnen leiden tot teleurstelling, en daardoor op termijn tot minder transparantie, lijkt niet meer zo dringend. Immers de aanname dat transparantie bijdraagt aan vertrouwen in de overheid is juridisch amper relevant. De oproepen van bewindspersonen die zo nu en dan de kop opsteken om maar wat minder aan transparantie te doen, omdat die vermaledijde burgers daar de overheid toch niet meer gaan vertrouwen is dus gemakkelijk te pareren. Het is juridisch niet relevant. Geldende transparantieplichtingen zijn niet gebaseerd op de aanname dat zij bijdragen aan vertrouwen in de overheid, en wanneer zij dat niet doen, hoeven daar geen consequenties aan te worden verbonden.'

3. Evaluatie van het antwoord op vraag 1

De eerste vraag die je je na lezing van deze analyse stelt is of daarin de normatieve en feitelijke vragen wel goed onderscheiden worden. De transparantieregels die we voor een democratische rechtsstaat hebben ontworpen vertegenwoordigen mijns inziens een ideaal hoe wij vinden dat een samenleving moet zijn ingericht. Het feit dat openbaarheid niet altijd een positief effect heeft, lijkt mij geen reden om die af te schaffen of te beperken. Het is een normatieve maatstaf en niet een maatstaf voor efficiënt besturen. Dat wil natuurlijk niet zeggen dat alles openbaar moet zijn. Dat is ook het uitgangspunt van het systeem van uitzonderingen van de Wob.

De tweede vraag is of het bijdragen aan het vertrouwen in de overheid wel het juiste criterium is om de effectiviteit van transparantie te meten. Is dat de 'publieke waarde' waar het om draait? Je kunt ook zeggen dat democratie georganiseerd wantrouwen is en dat het daarvoor nodig is dat een deel van de burgers transparantie opvatten als een middel om vast te stellen dat de overheid of een deel daarvan uit louter schurken bestaat. Te veel wantrouwen is natuurlijk niet goed, maar te weinig ook. Een democratische rechtsstaat is ervoor om de juiste mix tussen vertrouwen en wantrouwen te waarborgen. Daarvoor zijn transparante politieke en bestuurlijke besluitvormingsprocessen nodig.

De derde met de tweede samenhangende vraag is mijns inziens deze: het feit dat een groot deel van de burgers zich niet laat leiden door transparante informatie, maar door misinformatie, bijgeloof, autoriteit, ressentiment, eigen belang en andere inefficiënte zaken, kan niet een reden zijn ons niet om transparantie te bekommeren. Informatietransparantie die slechts effect heeft op een deel van de burgers, draagt bij aan het belangrijke adagium van de voormalige

president van de Verenigde Staten, Abraham Lincoln: 'You can fool all the people some time, you can fool some people all the time, but you cannot fool all the people all the time.' Het is dus een belangrijk instrument om de verkeerde koers die een democratie dreigt te gaan, te corrigeren. Dat is in onze tijd weer heel actueel!

Een vraag is ook of het preadvies de functie van 'transparantie' in relatie tot het begrip 'vertrouwen' wel goed stelt, omdat het preadvies m.i. de scheidslijn tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid niet zuiver trekt. Onderhandelingen en voorbereidingen tot besluiten, onderwerpen die naar hun aard geheim zijn, en dat soort zaken, lenen zich niet voor openbaarheid. 'Transparantie' raakt in dit verband de relatie tussen de partijen die onderdeel vormen van deze vertrouwelijke processen. Het speelt daar een grote rol, omdat het de vertrouwensrelatie tussen de betrokken partijen inhoud geeft en de kwaliteit daarvan voor de toekomst bepaalt ('Met hem kun je geen zakendoen, want hij liegt vaak. Op haar kun je echter blind vertrouwen, omdat ze altijd zegt waar het op staat.').

Dezelfde vraag kun je ook stellen over de relatie die het preadvies legt tussen 'transparantie' en 'openbaarheid'. Transparantie speelt bij de passieve openbaarheid een rol omdat zij beschikbaarheid en toegankelijkheid normeert. Misschien is de rol bij de actieve openbaarheid nog groter. Hoe transparant organiseer je die? Denk eens aan het leger spindokters en pr-adviseurs waar overheden zich mee omgeven met het doel de ramen van de overheid op een sophisticated manier beslagen te houden in plaats van ze op een eenvoudige manier door een 'glazenwasser' schoon te laten zemen.

Transparantie lijkt me dus een belangrijk criterium om de kwaliteit van de openbaarheid van informatie en de kwaliteit van democratische besluitvorming te meten. Ik heb daarover dus een andere mening dan Buijze.

4. **Preadvies vraag 2: Draagt transparante verdeling van schaarse rechten daadwerkelijk bij aan gelijke kansen voor gegadigden, en komen schaarse rechten beter terecht dan wanneer niet transparant wordt verdeeld? (hoofdstuk 6 van het preadvies)**

In het tweede deel van het preadvies richt Buijze zich op het aanbestedingsrecht zoals dat in de EU tot ontwikkeling is gekomen en op de verdeling van 'andere schaarse rechten', waar Buijze, blijkens noot 188 onder verstaat: 'Publiekrechtelijke rechten zoals vergunningen of subsidies als het aantal aanvragers groter is dan het voor verlening beschikbare rechten.' Daarvoor is van belang het bieden van gelijke kansen aan geïnteresseerde partijen door ze te laten deelnemen aan een transparante verdelingsprocedure. Het begint met een historische inleiding van de inhoud van dit aanbestedingsrecht. De conclusie daarvan is: 'Transparantie

is dus van groot belang en wordt niet voor niets aangemerkt als een fundamenteel beginsel van aanbestedingsrecht. Wel is het belangrijk op te merken dat de transparantieplichting in het aanbestedingsrecht niet in isolatie de daaraan toegeschreven voordelen teweegbrengt. De standaardprocedure voor verdeling van overheidsopdrachten is de vergelijkende toets. Dat vloeit niet noodzakelijk voort uit de transparantieplichtingen. De overheid kan ook bekendheid geven aan een opdracht, mededelen dat zij bij eerste geldige opdracht accepteert, zich vervolgens keurig volgens die regel gedragen en achteraf openheid van zaken geven over hoe één en ander is verlopen. Een dergelijke procedure is wel transparant, maar draagt nauwelijks bij aan het realiseren van de doelstellingen van het aanbestedingsrecht.'

Het gaat, aldus Buijze, om de *vergelijkende* toets. Dat is niet altijd zo, namelijk niet als het gaat om 'bulkgoederen'. Dan is de vergelijkende toets te kostbaar. 'Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de aanbestedende dienst met een buitensporige wordt geconfronteerd: ook voor het aankopen van leveringen tegen bijzonder gunstige voorwaarden, hetzij bij een leverancier die definitief zijn handelsactiviteiten stopzet, hetzij bij een curator in geval van een faillissement.' Artikel 2.32 Aanbestedingswet zou daarin voorzien.

Nadeel van de aanbestedingsprocedure zijn de kosten, waardoor een drempel in de markt wordt gelegd ten gunste van de meest kapitaalkrachtige partijen, waardoor het mkb ondervertegenwoordigd is. Het scheidt dus niet gelijke kansen.

Maar tot slot noemt Buijze nog een nadeel, namelijk dat de efficiëntie (in termen van kosten en kennis) die wordt opgebouwd in langdurige relaties onmogelijk wordt gemaakt, maar daar zou je iets aan kunnen doen door 'de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling en de procedure van het innovatiepartnerschap'.

Paragraaf 6.2 met de titel 'algemeen verdelingsrecht' gaat over verdeling van schaarse rechten die Buijze definieert als subsidies en publieke rechten waarvoor het aantal gegadigden groter is dan het beschikbare aanbod. De transparantieplichtingen die hiervoor gelden zijn volgens de preadviseur ontleend aan het aanbestedingsrecht. Maar nu moet de lezer wel even opletten. In de vierde alinea van deze paragraaf stelt Buijze namelijk: 'De veiling blijft in dit stuk verder buiten beschouwing, omdat een beschrijving van alle mogelijke soorten van veilingen en hun effecten voor de verdeling van schaarse rechten een te groot beslag zou leggen op de beschikbare ruimte. Dit neemt niet weg dat veilen een oplossing zou kunnen zijn voor een aantal van de hier besproken problemen.' Een belangrijk verdelingsinstrument wordt dus niet behandeld.

Hoewel Buijze in paragraaf 6.3 het aanbestedingsrecht en de algemene verdeling van schaarse rechten op een lijn stelt, concludeert zij: 'Er is echter niet systematisch onderzocht, of de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan de

transparantieverplichting in het aanbestedingsrecht, wel onverkort gelden bij de verdeling van schaarse rechten.' Waarna een beschouwing volgt over hoe het marktmechanisme op een andere manier transparantie bevordert. De overheid kan wel maatregelen nemen die markttransparantie bevorderen in de opening van de markt, ter zake van integriteit en accountability en het bevorderen van gelijke kansen tussen leveranciers.

5. Evaluatie van het antwoord op vraag 2

De eerste vraag die mijns inziens gesteld moet worden, is wat precies de samenhang is tussen hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6. Hoofdstuk 5 handelt over de besluitvorming van de overheid zelf. Hoofdstuk 6 gaat over het verdelen van goederen en diensten door de overheid. Daar spelen zonder twijfel transparantiekwesties en daarover heeft de bestuursrechter een hele jurisprudentie ontwikkeld die uitgebreid wordt behandeld in het preadvies van Wolswinkel, maar het is m.i. iets fundamenteel anders dan het al of niet transparant functioneren van overheidsmacht, hoewel er natuurlijk raakvlakken zijn. Bij 'verdeling' heeft transparantie de functie om de toepassing van het gelijkheidsbeginsel te controleren en de beste te selecteren. Bij het functioneren van de overheid gaat het om de machtsprocessen rond en in de overheid zelf. Dat is dus veel breder.

Maar ook als je het aspect van de gelijke behandeling eruit wilt lichten, waarom alleen de gelijke verdeling van rechten en financiële *voordelen*? Als je het breed wilt aanpakken, zou je daarbij toch ook moeten betrekken hoe de overheid belasting heft en andere *lasten* verdeelt. Dat lijken mij bij uitstek transparantie-onderwerpen. Die blijven in dit deel van het preadvies buiten beschouwing.

De tweede vraag is of het bij de aanbestedingen wel gaat om verdeling van 'rechten'. Je hebt bij een aanbesteding pas een recht als het contract met jou wordt gesloten. Gaat het niet om een bindend aanbod van de overheidsdienst onder voorwaarden, dus om een verplichting van de overheidsdienst om dat transparant in te richten zodat de gegadigden kunnen nagaan of zij bij het dingen om het aanbod gelijk en volgens verifieerbare criteria worden behandeld? Eenzelfde redenering kun je opzetten voor een publiekrechtelijke subsidie, die wordt uitgedeeld op basis van een vergelijkende toets tussen meer gegadigden.

De derde vraag is of in dit hoofdstuk wel een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen het verdelen van schaarse goederen in het publieke domein waar de landelijke of plaatselijke overheid exclusieve zeggenschap over heeft (grondstoffen, leefruimte, het elektromagnetisch spectrum) en het verdelen van overheids gelden voor eigen (aanbesteding) of publieke (subsidies voor activiteiten in het algemeen belang) doeleinden. Mijn antwoord is dat het verschillende dingen zijn. Het ter beschikking stellen van het elektromagnetisch spectrum voor telecommunicatiedoelinden is iets anders

dan een project tot aanleg van een viaduct of een subsidie voor zonnepanelen.

Bovendien speelt in dit gebied ook het probleem van de overheidsmonopolies. De overheid is een monopolistische eigenaar van grond. Vooral op plaatselijk niveau leidt dat tot intransparante verdeelmodellen, zoals bijvoorbeeld het erfpachtstelsel. Als de overheid besluit een schaars goed niet ter beschikking te stellen maar de activiteit door een eigen of semipublieke organisatie te laten verrichten, scheidt dat weer eigen transparantieproblemen. Denk aan de regels voor een publieke omroep of onderneming met een publieke taak. Dat zijn voor een groot deel transparatieregels.

De vierde vraag is waarom er niet een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen kwalitatieve (bijvoorbeeld vergelijkende toets, die al naar gelang sector en beleidsdoel kan verschillen) en kwantitatieve verdeelmodellen (bijvoorbeeld veiling, loterij, volgorde van binnenkomst, die in het preadvies niet worden behandeld).³ Kwantitatieve methoden zijn over het algemeen transparanter dan kwalitatieve modellen, maar soms verdienen de laatste de voorkeur omdat door een kwalitatieve verdeling tevens andere selectiedoelstellingen kunnen worden gerealiseerd. Je kunt een aanbesteding organiseren via een veiling met een oplopende aanneemsom: dan krijg je waarschijnlijk de goedkoopste, maar niet noodzakelijk de beste aannemer. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor theatersubsidies. Er zijn ook combinatiemodellen. Zo kun je een te veilen radiofrequentie aan een kwalitatief gebruiksdoel binden.

De transparantie zit bij de verdeling trouwens niet alleen aan de aanbiederskant. Samenspanning (geheime afspraken) aan de afnemerskant kan in strijd zijn met de eerlijke mededinging.

De vijfde vraag is of je alle subsidies wel over een kam kunt scheren, omdat de aard van de activiteit een eigen verdeelproblematiek (en dus ook een eigen transparantieproblematiek) kent. Een subsidie voor het Kunstenplan is iets anders dan een innovatiesubsidie of een bijstandsuitkering. Bovendien zijn er subsidieverleningstrajecten waar op grond van de benodigde kwalitatieve deskundigheid allerlei filters zijn ingebouwd van deskundige adviseurs, waardoor de positie van de subsidie verlenende overheid een fundamenteel andere is dan bij 'eenvoudige' subsidies.

Al met al zie ik dus maar een beperkt verband tussen hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6. Er staan in hoofdstuk 6 interessante dingen over aanbesteding, maar ik vind het moeilijk om beide hoofdstukken op een lijn te krijgen.

³ Ik verwijs naar M.L. Verberne, *Verdeling van het Spectrum*, Deventer: Kluwer 1999, par. 3.5-3.7.

6. Evaluatie van de slotconclusie van het preadvies

Wat is nu de conclusie van dit palet? In hoofdstuk 3 heeft de preadviseur drie belangen van transparantie benoemd. De eerste koppelt zij aan de vrijheid van meningsuiting: 'Het recht op toegang tot informatie wordt ingelezen in de vrijheid van meningsuiting, die immers onder meer het recht op het ontvangen van informatie omvat. Een alternatieve benadering koppelt de intrinsieke waarde van transparantie aan het feit dat mensen informatie nodig hebben voor hun dagelijks functioneren. Zonder informatie worden de meest basale zaken onmogelijk: wie niet weet waar hij eten kan vinden verhongert, wie niet weet waar hij een dokter kan vinden ziet zijn gezondheid nodeloos verslechteren. In die zin is transparantie, in de zin van de gemakkelijke beschikbaarheid van informatie, noodzakelijk voor het realiseren van alle individuele rechten.' De tweede waarde omschrijft zij als volgt: 'Een tweede argument voor transparantie, ook waar dat geen aantoonbaar nuttig doel dient, is de opvatting dat informatie die bij de overheid berust, door die overheid namens haar burgers wordt beheerd. De informatie is dus eigenlijk al van die burgers, en zij zouden er op elk gewenst moment inzicht in moeten hebben. Ten slotte is er het argument dat we het recht hebben te weten hoe de overheid handelt, omdat zij handelt uit onze naam. In zekere zin zijn wij dus verantwoordelijk voor het handelen van de overheid, en het is daarom vanzelfsprekend dat we ervan op de hoogte moeten kunnen zijn.' De derde waarde omschrijft zij als volgt: 'We hebben het recht te weten hoe de overheid handelt, omdat zij handelt uit onze naam. In zekere zin zijn wij dus verantwoordelijk voor het handelen van de overheid, en het is daarom vanzelfsprekend dat we ervan op de hoogte moeten kunnen zijn.' Ik vat die drie nu maar samen als: 1. democratische vrijheid om toegang te hebben tot informatie die bij de overheid berust, 2. de informatie bij de overheid is eigenlijk eigendom van de burger en 3. de burger heeft de democratische verantwoordelijkheid voor het handelen van de overheid en moet daarom over de juiste informatie beschikken.

Transparantie wordt hier dus als een normatief beginsel omschreven. Dit problematiseert Buijze in hoofdstuk 7 met de stelling dat transparantie onderliggende waardenconflicten verhult: 'transparantie draagt soms wel en soms niet bij aan het faciliteren van democratie, vertrouwen in de overheid, efficiëntie van overheidsuitgaven, en het bestrijden van corruptie en willekeur.' De voorbeelden die zij daarvan geeft stemmen grotendeels overeen met de weigeringsgronden die de Wet openbaarheid van bestuur formuleert. In die zin zegt Buijze uiteindelijk dus niets nieuws. Vervolgens behandelt zij (voortvloeiende uit de gekozen opzet om het aanbestedingsrecht als vergelijkingsmaatstaf te hanteren) de voor- en nadelen van transparantie bij verdeelvraagstukken. Maar aangezien zij die vraagstukken onvolledig behandelt door de veiling buiten beschouwing te laten en de toekenning van gebruiksrechten op het publiek domein op een lijn te stellen met subsidies, en allerlei

andere verwante vraagstukken niet te behandelen, kom ik hier ook niet veel verder mee.

7. Slotoverwegingen: naar een transparantiebeginsel om de effectiviteit van de democratische rechtsstaat te meten. Is transparantie een net zo fundamenteel beginsel als het evenredigheidsbeginsel?

De verdienste van het preadvies dat modieus gebruik van de term 'transparant' terecht bestrijdt, is dat het je dwingt om na te denken over wat de rol van een transparantiebeginsel in het bestuursrecht zou kunnen zijn. In dat door het preadvies veroorzaakte proces ben ik een andere weg ingeslagen. Daarvoor gebruik ik de 'natuurlijke' betekenis die ik aan het begin noemde: 'doorschijnend' waaruit de ruimere betekenis is afgeleid dat iets 'gemakkelijk is te doorzien, helder van structuur is'. 'Transparantie' is dan een metabeginsel waaraan je de kwaliteit en de staat van onderhoud van de democratische overheid en haar instrumenten toetst: de organisatie en bevoegdhedenstructuur, de belangenstrijd om de macht in en rond de overheid, de inhoud van de wet en regels en de wijze van toepassing daarvan, inhoud en operationalisering van de openbaarheid, inhoud en toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur. Vanuit het perspectief van het begrip 'informatie' zou je het door de informatiedeskundige Floridi ontwikkelde triple A schema erop kunnen toepassen: Accuracy, Availability en Accessibility.⁴ Is de informatie over het geheel van overheidsactiviteiten *accuraat*, d.w.z. begrijpelijk en helder van structuur, is zij *beschikbaar* en is zij *makkelijk toegankelijk*? Het is dus een middel om alle bestuurlijke instrumenten te onderhouden, op te poetsen of te verbeteren. Een triple A informatievoorzieningstest is het instrument om die test uit te voeren.

Ik kan dat natuurlijk niet uitvoerig demonstreren, maar pak twee geruchtmakende casussen: de Groningse gasverzakkingen en het coronabeleid van de regering. Daarna zal ik iets zeggen over de vlucht die de informatietechnologie neemt en wat dat betekent voor de transparantie van de overheid, mede naar aanleiding van het preadvies van Wolswinkel.

Over de Groningse verzakkingen kan ik kort zijn. De zaken die daarover lopen zijn nog lang niet afgehandeld, mede omdat het allemaal te ingewikkeld is. De Groningers voelen zich in de steek gelaten. Ga als gemiddelde burger met dit beeld van de stand van zaken naar de website <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/gaswinning-in-groningen/schade-door-gaswinning> en je vindt daar een reeks berichten waar niet alleen geen touw aan is vast te knopen, maar die bovendien een grote discrepantie vertoont met de beleving van deze problemen in de publieke opinie. Met de triple A test kun je vrij snel vaststellen dat hier iets fundamenteel niet deugt. De afwikkeling van de Groningse

⁴ Dit heb ik behandeld in *De Europese Informatierechtsorde*, Amsterdam: DeLex 2019, hoofdstuk 1, par. 1.1.

gasschade is 'niet makkelijk te doorzien en niet helder van structuur.' Het gevolg is een groeiend wantrouwen jegens de overheid, terwijl dit hele circus juist was opgestart om dat *vertrouwen te herstellen*.

Voor de coronacrisis kunnen wij te rade gaan bij het onderzoeksrapport van de Onderzoeksraad voor de Veiligheid 'Aanpak coronacrisis deel 1' van februari 2022.⁵ Dit rapport analyseert het coronabeleid van de regering in het jaar 2020. Dit voert naar een ontluisterende conclusie (p. 230):

'Bij het activeren van de nationale crisisstructuur vond geen expliciete overdracht plaats van de leidende rol van de minister van VWS naar de Ministeriële Commissie Crisisbesluitvorming. In de praktijk hield de minister van VWS een centrale rol in de crisisbestrijding en werd niet gemarkeerd dat een bredere blik op een integrale aanpak van de crisis nodig was. Door de lange duur en de omvang van de crisis zijn begrijpelijkerwijs aanpassingen gedaan in de crisisstructuur. Echter, hierdoor ontstond steeds meer een parallelle structuur naast de formele crisisstructuur. Daarin waren *checks - 231 - and balances* minder geborgd, bijvoorbeeld doordat de inhoudelijke afweging en besluiten vooral plaatsvonden in het Cats-huis- en Torentjesoverleg in plaats van in de Ministeriële Commissie Crisisbeheersing. Daarnaast raakten rollen van betrokken partijen vermengd, zoals tussen het OMT en het BAO. Doordat de voorzitter van het OMT, verantwoordelijk voor epidemiologische advisering, in vrijwel alle crisisteams aanwezig was, bleef het perspectief van infectieziektebestrijding dominant. De dominantie van dit perspectief maakte het moeilijker voor adviseurs en besluitvormers om breder te kijken dan het thema infectieziekten. De aanpassingen in de crisisstructuur hadden tot slot ook tot gevolg dat er geen eenduidig beeld bij de betrokken partijen bestond ten aanzien van de besluitvorming in de crisisorganisatie.'

En als we het aanbestedingsmodel erbij betrekken, dan is de 'mondkapjesaffaire' een schoolvoorbeeld van een intransparante aanbesteding, gevolg van de weinig heldere besluitvormingsstructuur.⁶

Kortom: het coronabeleid kenmerkte zich door een steeds grotere intransparantie waardoor allerlei relevante aspecten van de besluitvorming niet aan bod kwamen. Dit heeft tot grote maatschappelijke en economische schade geleid.⁷ Bovendien zijn naar mijn oordeel de belangenafwegingen juridisch niet zuiver verricht.⁸ En de evaluatie over de jaren 2021 en 2022 zal naar de conclusie voeren dat het beleid steeds ondoorzichtiger werd en de deskundigen (het

OMT), volgens een niet of moeilijk te verifiëren medisch paradigma waarin tal van andere belangen en inzichten werden weggedrukt, in een informeel circuit de lakens begonnen uit te delen. Het is een ideale casus voor een triple A transparantietest, die, naar ik vrees, nu reeds negatief uitvalt. Misschien wordt het wel net zo groot als de 'toeslagenaffaire'.

Maar het wordt een steeds algemener probleem. Gebrek aan transparantie wordt de regel in een overheid die door AI wordt aangestuurd. Dat is het thema van het preadvies van Wolswinkel. De geautomatiseerde overheid die al onder ons is, is een 'black box': 'De gedachte hierachter is dat het computersysteem bepaalde input (zoals selectie en combinatie van 'verdachte' persoonskenmerken) verwerkt tot bepaalde output (zoals de afwijzing van een aanvraag of de oplegging van een sanctie), maar dat het proces van input naar output binnen dit systeem volstrekt ondoorzichtig is en daardoor voor een mens niet te begrijpen. Dit ondoorgrondelijke karakter van (bepaalde) AI-systemen heeft het belang van 'algoritmische transparantie' op de kaart gezet en heeft zelfs geleid tot de ontwikkeling van een nieuwe discipline: *explainable AI (xAI)*. Wolswinkel spreekt in dat verband van een 'recht op uitleg'. Hij noemt de SyRI-uitspraak van de rechtbank Den Haag als voorbeeld, die met zoveel woorden bij toetsing van deze besluitvorming sprak van 'een transparantiebeginsel'.⁹ Het interessante van die uitspraak is dat transparantie hier in verband wordt gebracht met de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG). Daarmee is de cirkel met het 'toverwoord' waarmee Buijze in haar preadvies begon gesloten. 'Persoonsgegevens' zijn in de huidige samenleving steeds meer een aangrijpingspunt voor bestuurlijke en commerciële machtsuitoefening. Ze gaan steeds minder over privacy in klassiek zin en steeds meer over machtsuitoefening in moderne zin.

Wolswinkel (par. 3.1) beperkt het transparantiebeginsel tot doorzichtigheid van bestuurlijke besluitvorming. Ik zou een breder beginsel willen bepleiten. In ons ingewikkelde (geautomatiseerde) bestuurlijke systeem zien we immers steeds meer besluitvormingsprocessen op een ondoorzichtige manier (met niet op elkaar afgestemde informatiesystemen)¹⁰ naast, op en boven elkaar gestapeld worden en in combinatie toegepast. Ik geef de omschrijving van de Rechtbank in de SyRI-zaak om duidelijk te maken wat ik bedoel:

'SyRI staat voor 'Systeem Risicoindicatie'. Het is een wettelijk instrument dat de overheid gebruikt ter voorkoming en bestrijding van fraude op het terrein van de sociale zekerheid en inkomensafhankelijke regelingen, de belasting- en premieheffing en de arbeidswetten. Het

5 Zie www.onderzoeksraad.nl.

6 <https://www.ftm.nl/tag/sywert-van-lienden>.

7 Barbara Baarsma, Eline van den Broek-Altenburg, Gerard van den Berg, Egbert Dommering & Coen Teulings, 'Naar een coronabeleid zonder lock downs', in: *Economisch Statistische Berichten (ESB)* 13 januari 2022.

8 Egbert Dommering, 'Het coronabeleid is onconstitutioneel', *NJB* 2021, afl. 41, p. 3396-3398.

9 Rechtbank Den Haag 5 februari 2020 (de zaak SyRI), *NJ* 2020, nr. 386, m.nt. E.J. Dommering, *AB* 2020/236, m.nt. H.B. van Kolfschooten. De SyRI (Systeem Risico Indicatie) wetgeving werd onrechtmatig geoordeeld wegens strijd met artikel 8 EVRM omdat het onvoldoende transparant is.

10 <https://www.informatiehuishouding.nl/open-op-orde>, en opvolgende publicaties, onder meer *Volkscrant* 23 maart 2022 over de rol van minister De Jonge.

gaat om technische infrastructuur en de bijbehorende procedures waarmee in een beveiligde omgeving anoniem data kunnen worden gekoppeld en geanalyseerd, zodat risicomeldingen kunnen worden gegenereerd. Het systeem bestaat uit een samenwerking tussen de minister van Sociale Zaken, gemeentes en een groot aantal betrokken overheidsdiensten (zoals de Belastingdienst, immigratie en sociale diensten), waarbij persoonsgegevens over de verdachte personen kunnen worden uitgewisseld. Het vervolgens ingezette digitale opsporingssysteem dat met risicoprofielen werkt zou bevoordeling vergroten omdat sprake is van "grootschalige, ongestructureerde en ongerichte geautomatiseerde koppeling van bestanden van grote groepen burgers, de geheime verwerking van persoonsgegevens".

Mijn transparantie AAA test zou dus zijn: 'is het besluitvormingsproces makkelijk te doorzien, is het helder gestructureerd'. Het evenredigheidsbeginsel is naar aanleiding van de 'toeslagenaffaire' door de ABRvS gepromoveerd tot een algemeen bovenwettelijk beginsel om de kwaliteit van de besluitvorming te toetsen. Karin de Vries en Ingrid Leijten brengen deze toetsing in verband met grondrechtelijke bescherming.¹¹ De Vries en Leijten menen dat er een 'evenredigheidscultuur' in Nederland werkelijkheid zou kunnen worden. Eenzelfde argument kun je voor het transparantiebeginsel bepleiten. Is de trias politica niet eigenlijk een evenwichtssysteem waarvan de beginselen van evenredigheid en transparantie belangrijke bouwstenen zijn? Transparantie (zo blijkt wel uit de preadviezen van Buijze en Wolswinkel) is hierbij een heuristisch beginsel: met welke macht hebben wij te doen, opereert die wel gescheiden van de andere, van welke informatie bedienen de machten zich, is die informatie beschikbaar, toegankelijk en begrijpelijk, is er een deugdelijke en kenbare motivering voor machtsuitoefening? Evenredigheid ziet op de omvang van de machtsuitoefening zelf: eigent de ene macht zich niet – ten koste van de andere machten – te veel macht toe? Is de machtsuitoefening zelf wel evenredig aan het gestelde doel?

In de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw was 'de-regulering' het grote 'toverwoord' in het proces van bestuur en wetgeving (volgens Van Dale: 'het verminderen, vereenvoudigen of afschaffen van regels'). In de jaren negentig was het de 'glasnost' (volgens Van Dale: 'openbaarheid'). Zullen we in de 21^{ste} eeuw in gewoon Nederlands bij een wet of een bestuurlijk systeem vragen: 'Is dit evenredig met de doeleinden die bereikt moeten worden en is het ook een doorzichtig en helder systeem, zodat de burger er de weg in kan vinden?' Transparantie een 'toverwoord'? Het zou mooi zijn als je er verkeerde machtsuitoefening mee kon wegtoveren.

Er ligt een grote taak voor de regeringscommissaris *Informatiehuishouding* Arre Zuurmond (oud-ombudsman van de gemeente Amsterdam) om met zijn actieplan 'Open op orde' deze brede vraag aan de orde te stellen.¹²

11 Ik beperk mij tot een recente samenvatting van de affaire van Karin de Vries en Ingrid Leijten, 'Over proportionaliteit gesproken. De opinie van de Venetiëcommissie over de toeslagenaffaire, en waarom we ook grondrechten moeten hebben', in: *NJCM Bulletin* 2022, jrg. 47, nr. 1, p. 63-77.

12 Zie het interview met hem in *Follow the Money* van 20 maart 2022.