

VU Research Portal

Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid. De betekenis van de democratie- idee voor het bestuursrecht

van Ommeren, F.J.

published in

Het volk regeert
2008

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J. (2008). Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid. De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht. In C. W. Noorlander, & J. L. W. Broeksteeg (Eds.), *Het volk regeert* (pp. 213-242). Wolf legal publishers.

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.

E-mail address:


vuresearchportal.ub@vu.nl

Het volk regeert

Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw
J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou, H.G. Hoogers, C.W. Noorlander

ISBN: 978-90-5850-398-5

Dir boek is een uitgave van:

 Wolf Legal Publishers
Postbus 31055
6503 Nijmegen
www.wolflegalpublishers.nl

'Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door financiële steun van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, en het ministerie van Justitie, directie Wetgeving.'



De Staatsrechtkring

Secretariaat van de Staatsrechtkring:

p/a mw. mr. M.A.D.W. de Jong, Sectie Staatsrecht Radboud Universiteit, Postbus 9049, 6500 KK Nijmegen. De lidmaatschapscontributie bedraagt 30 € per jaar. De leden ontvangen gratis de rode reeks 'Publicaties van de Staatsrechtkring'. De groene reeks (staatsrechtconferenties) is te verkrijgen bij de boekhandel of door deel te nemen aan de staatsrechtconferenties.

Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig e andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur en de uitgever.

Hoewel aan deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs noch WLP aansprakelijkheid voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolkomenheden.

©Auteurs,  WLP 2008

Het volk regeert

Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21^e eeuw

onder redactie van

mr.drs. C.W. Noorlander (vz.)
mr. J.L.W. Broeksteeg
dr. N.S. Efthymiou
mr. H.G. Hoogers

door

mr. J.L.W. Broeksteeg
prof. mr. A.H.M. Dölle
dr. N.S. Efthymiou
dr. E.R. Engelen
mr. H.G. Hoogers
mr. T. van Kooten
prof. mr. R. de Lange
mr. R. Nehmelman
mr.drs. C.W. Noorlander
prof. mr. F.J. van Ommeren
dr. J.W. Sap
prof. mr. M. Scheltema
prof. dr. L.A.J. Senden
prof. mr. A. Soeteman
dr. I.A. Van den Driessche
prof. mr. L.F.M. Verhey
prof. dr. H.E.S. Woldring
mr. W. van der Woude

Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid

De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht

*F.J van Ommeren**

Wie in de tweede helft van de vorige eeuw, en zeker in de jaren '60, '70 en '80, gevraagd zou hebben naar een bijdrage over de betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht, zal in het bijzonder hebben verwacht een beschouwing te krijgen over de rol van inspraak in bestuursrechtelijke procedures. Want het recht op inspraak vormde in die tijd hét fenomeen waarlangs het democratisch ideaal werd gerealiseerd. Nog steeds vormen inspraakprocedures een wezenlijke manier om uitdrukking te geven aan de idee van de democratie, maar tegenwoordig is een ander mechanisme, waarbij aan de burger rechtstreeks invloed wordt gegund, minstens zo belangrijk. Dat is het introduceren of versterken van vraagsturing en marktwerking op terreinen waar voorheen de bevoegdheid om beslissingen te nemen vrijwel uitsluitend in overheids-handen was.

Een markt van vraag en aanbod biedt de burger rechtstreeks keuzevrijheid en geeft hem de mogelijkheid om te "stemmen met de voeten". Over de mogelijkheden en onmogelijkheden op dit vlak zal ik het uitvoerig hebben. Ook het – door het kabinet Balkenende II naar voren gebrachte – mensbeeld dat hierbij past, komt voor het voetlicht. Om zijn directe invloed goed te kunnen uitoefenen, moet de burger over voldoende kennis en inzicht beschikken. Dat is de andere kant van de keuzemedaille. Ik zal daarom in de tweede helft van deze bijdrage vrij uitvoerig ingaan op de openbaarheid en de toegankelijkheid van informatie. Daarbij zal het accent liggen op de zogeheten actieve informatieverstrekking.¹

1. Democratie-idee: medezeggenschap en zelfbepaling

Teneinde een goed begrip te krijgen van de betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht, is het zinvol eerst enige aandacht te besteden aan de inhoud van deze idee zelf. Het begrip 'democratie' pleegt immers in verschillende betekenissen te worden gebezigd. Het begrip wordt in de staats- en bestuursrechtelijke literatuur vrijwel steevast opgevat als een regerings- en bestuursvorm. Ook de redactie-commissie van deze bundel doet dat door in haar omschrijving van het begrip democratie, die zij aan de auteurs meegeeft, het regeringsstelsel als vertrekpunt te nemen. Dat is zeker niet onjuist, maar gelukkig voegt zij daaraan toe dat een democratie twee fundamentele kenmerken heeft, te weten de notie van de heerschappij van het volk, dat wil zeggen dat idealiter een volk over zichzelf heerst en daarin geen begrenzing kent; en anderzijds de zelfontplooiing, dat wil zeggen de fundamentele rechtsaanspraak van ieder

¹ Deze bijdrage is, een enkele voetnoot daargelaten, afgerond in maart 2007.

individueel lid van dat volk om betrokken te worden bij het staatsbestuur en in zijn grondrechten beschermd en gevrijwaard van dwingelandij te kunnen leven. In de (permanent gespannen) samenhang van deze beide noties functioneert de democratie als een belangrijke legitimatiegrondslag voor het overheidsoptreden, aldus nog steeds de redactie.

In een eerdere beschouwing over de rechtsstaat – waarin werd onderzocht hoe de idee van de rechtsstaat moet worden begrepen wil zij als toetsingskader voor overheidsoptreden kunnen fungeren – heb ik betoogd dat het begrip 'rechtsstaat' vooral een formeel begrip is dat met inhoudelijke noties moet worden ingevuld.² Men vergelijk ook de uitspraak van Van der Pot / Donner dat de idee van de rechtsstaat, om als staatsidee te kunnen fungeren en een bindende en legitimerende werking te kunnen hebben, zich met andere ideeën moet verbinden.³ Hoewel niet onlosmakelijk met de rechtsstaat-idee verbonden, vormt het democratie-idee daarvoor de belangrijkste kandidaat. Democratie vormt een uiterst belangrijke manier om de waarden van de rechtsstaat – vrijheid, rechtsgelijkheid en rechtszekerheid – mede te realiseren.

Voorts heb ik erop gewezen dat de idee van de democratie in de kern gericht is op twee met elkaar samenhangende waarden, te weten soevereiniteit en medezeggenschap. Er zijn verschillende wegen – men kan heel goed van instrumenten spreken⁴ – waarlangs die waarden van soevereiniteit en medezeggenschap kunnen worden gerealiseerd.

Schematisch geschetst is de verhouding tussen rechtsstaat en democratie als volgt te beschouwen:

	Rechtsstaat		Democratie
Waarden	Vrijheid Rechtsgelijkheid Rechtszekerheid	←	Soevereiniteit Medezeggenschap
	↑		↑
Instrumenten	Legaliteitsbeginsel Grondrechten Machtsverdeling Rechterlijke controle		Kiesrecht Inspraak Min. verantwoordelijkheid Openbaarheid

Een schema biedt niet meer dan een vereenvoudigde weergave van hetgeen tot uitdrukking moet worden gebracht. Het legaliteitsbeginsel is te beschouwen als het in-

² F.J. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Deventer 2003, p. 20.

³ Van der Pot, bewerkt door Elzinga en De Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 15^e druk Deventer 2006, p. 178.

⁴ In 'De Rechtsstaat als toetsingskader', a.w., p. 21 ben ik op het instrumentele karakter ervan ingegaan.

strument dat het scharnierpunt vormt tussen rechtsstaat en democratie. En ook de grondrechten zijn voor beide van betekenis. Voor een toelichting op dit schema, waarin ook dieper wordt ingegaan op de grillige verhouding tussen de idee van de rechtsstaat en van de democratie en tussen de waarden en de instrumenten, zij verwezen naar mijn eerder genoemde bijdrage.

Een beschouwing over de betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht vraagt niet alleen om uitdrukkelijke aandacht voor het legitimerende aspect van democratie maar zeker ook voor het aspect van de zelfbepaling of zelfbeschikking.⁵ De legitimerende werking van democratie wordt uiteindelijk vooral gezocht in de zelfbepaling. Het vraagstuk van de zelfbeschikking is onlosmakelijk verbonden met het soevereiniteitsvraagstuk. Het vormt er in zekere zin het spiegelbeeld van. Wij kennen in Nederland formeel geen volkssoevereiniteit⁶ en ook geen, of zo men wil een zeer beperkte, koninklijke soevereiniteit. In het Nederlandse staatsbestel is de soevereiniteitskwesie dus (welbewust) in het midden gelaten en ongeregeld gebleven. Om van soevereiniteit van de regering te kunnen spreken is het nodig dat – op de een of andere manier – de soevereiniteit is overgedragen door het volk aan de regering. Vaak wordt daarvoor het beeld gekozen van een contract, maar dat hoeft niet per se. Aldus wordt in deze theoretische denktrant de macht van de overheid gelegitimeerd. Men zegt wel dat de mens daardoor 'burger', sterker nog: staatsburger, citoyen, is geworden. Ik kom daarop nog terug. Met name het recht op eigenrichting heeft de burger in handen van de overheid gelegd. Maar daar is het niet bij gebleven: veel beslissingsruimte is, al dan niet exclusief, bij de overheid terechtgekomen.

Idealiter zijn zowel de overheid als de burger tot op zekere hoogte soeverein. Soevereiniteit kent twee kanten. De soevereiniteit in eigenlijke zin, namelijk van gelegitimeerde machtsuitoefening die in beginsel van geen hoger gezag afhankelijk is; en die van zelfbepaling, namelijk de vrije zelfbepaling of zelfbeschikking, de ruimte die men, zowel overheid als burger, zelf heeft ten opzichte van andere rechtssubjecten met inbegrip van de overheid. Die soevereiniteit uit zich op macroniveau in de omstandigheid dat het bestuur (de regering) tot op bepaalde hoogte "vrij" moet zijn haar eigen keuzes te maken, en op microniveau in de omstandigheid dat ieder individu tot op bepaalde hoogte keuzevrijheid heeft. De medezeggenschap over de inhoud van het overheidsoptreden, in welke vorm dan ook, dient voor het creëren van (soms slechts aanvullende) legitimatie aan de gemaakte keuzes. Die legitimerende medezeggenschap kan op meerdere wijzen worden gerealiseerd.

Juist in het bestuursrecht zien we mijns inziens de spanning tussen de noties van heerschappij en zelfbeschikking terug. Bestuursrecht heeft in de kern betrekking op de uitoefening van beslissingsbevoegdheden. Bestuurlijke beslissingen zijn in de regel vrij complex van aard. Die complexiteit wordt vooral veroorzaakt doordat verschillende

⁵ Vgl. M.C. Burkens c.s., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, 6^e druk Alphen aan den Rijn 2006, p. 195.

⁶ Zie de bijdrage van Hoogers en Van den Driessche aan deze bundel.

belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen. De resultante van die afweging is datgene wat men het algemeen belang of het publiek belang pleegt te noemen. In plaats van de bestuurlijke keuze geheel door het bestuursorgaan te laten maken, is het goed mogelijk een deel van die keuze door de burger zelf te laten maken. Steeds is het dan ook de vraag aan wie en op welke wijze de bevoegdheid om te beslissen wordt toegekend. Is dat het openbaar bestuur? Is dat de burger: de particulier, het bedrijfsleven, de intermediaire organisaties?

2. Keuzevrijheid voor de burger⁷

Wetgeving met keuzevrijheid

Uit empirisch onderzoek naar het gebruik van keuzevrijheid op verschillende beleids-terreinen blijkt dat Nederland "Europees kampioen" kiezen is. Vergeliken met andere Europese landen heeft de Nederlander op de meeste terreinen de meeste keuzevrijheid.⁸ Te noemen vallen onder meer de gezondheidszorg, het onderwijs, de kinderopvang, de energie (gas en elektriciteit), de telefonie, televisie, internet enz. Het denken in termen van vraag en aanbod fungeert tegenwoordig als een belangrijk ordeningsprincipe van de samenleving, ook op terreinen waar dat voorheen niet het geval was.

Het behoeft dan ook niet te verwonderen dat deze ontwikkeling diepe sporen in de aard van de wetgeving heeft getrokken.⁹ Juist omdat marktwerking wordt geïntroduceerd of versterkt op terreinen waar dat van nature niet het geval is, zijn veel wettelijke maatregelen nodig. Het overgrote deel van deze wetgeving heeft een bestuursrechtelijk karakter. Waar het klassieke bestuursrecht zich vooral richtte op de zogeheten 'command and control'-wetgeving, die veelal gebaseerd is op het model van aanbodsturing, biedt vraagsturing op een aanzienlijk aantal terreinen tegenwoordig een serieuze alternatief. De introductie en versterking van marktwerking vergt een andere rol van de overheid en de burger en gaat gepaard met de opkomst van nieuwe toezichhouders.¹⁰

Juist in de moderne democratische rechtsstaat, met al zijn wetgeving, rijst de vraag naar de wijze waarop burgers invloed op de inhoud van het beleid kunnen uitoefenen.

⁷ De paragrafen 2 en 3 zijn een uitgebreide en onderbouwde bewerking van: Frank van Ommen, 'Trends in wetgeving: vraagsturing, keuzevrijheid en mensbeeld', in: M. Abels (e.a.), *Buitengewoon in dienst. Een decennium wetgeving*. Den Haag 2007, p. 253 e.v. (Roes-bundel).

⁸ Zie: M. Hurenkamp en M. Kremer, 'De spanning tussen keuzevrijheid en tevredenheid', in: M. Hurenkamp en M. Kremer (red.), *Vrijheid verplicht. Over tevredenheid en de grenzen van keuzevrijheid*, Amsterdam 2005, p. 7 (jaarboek TSS, Tijdschrift voor sociale vraagstukken). Op een enkel deelgebied biedt het buitenland meer keuzevrijheid. Zo biedt in Scandinavië de sociale zekerheid hiervoor meer mogelijkheden en in België de gezondheidszorg.

⁹ B.M.] van der Meulen, 'Marktautoriteiten', in: *Toezicht op markten*, preadvies VAR 2003, VAR-reeks 130, Den Haag, p. 20, spreekt van een ontluikende nieuwe bestuur(srechtelijke) traditie.

¹⁰ Zie over de constitutioneelrechtelijke en bestuursrechtelijke positie van deze toezichhouders: Van der Meulen, a.w., p. 13 e.v. en L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters', in: *Toezicht*, preadvies NJV 2005, Deventer, p. 135 e.v.

Het antwoord: dat gaat via de vertegenwoordigende organen, hoewel op zichzelf zeker niet onjuist, is onvolledig. Aan de (uitvoerende) bestuursorganen wordt immers veel beleids- en beoordelingsruimte toebedeeld. Dat het handelen van de uitvoeringsorganen in principe op een wettelijke grondslag is gebaseerd, komt dan ook maar ten dele aan het verlangde democratische gehalte tegemoet, aangezien de vertegenwoordigende organen op die handelingen veelal geen rechtstreekse invloed uitoefenen. Ook met het aanvullende antwoord dat inspraakprocedures daarin mede beogen te voorzien, kan niet worden volstaan. Nee, veel moderne wetgeving valt terug op een traditioneel – democratisch – uitgangspunt: aan betrokkenen zelf moet zoveel mogelijk keuzevrijheid worden gelaten. Vraagsturing is in deze wetgeving het devies.

Oorsprong in verschillende tradities

Het toekennen of laten van veel keuzevrijheid aan de burger, en de als min of meer vanzelfsprekend ervaren terugtrekkende beweging van de overheid die daarmee correspondeert, heeft in Nederland stevige wortels, maar wel met een verschillende oorsprong. In de confessionele traditie wordt de samenleving beschouwd als bestaande uit veel verschillende soorten verbanden waarin de overheid zo min mogelijk behoort te interveniëren. De noodzaak daartoe wordt niet al te snel verondersteld. Of men nu spreekt van 'sovereiniteit in eigen kring' of van 'subsidiariteit', steeds is het principe dat wetgeving de burger zoveel mogelijk eigen verantwoordelijkheid dient te laten.

In de (neo)liberale traditie bestaat er eveneens de behoefte om de burger zoveel mogelijk keuzevrijheid te bieden. Het oogmerk is daar tegenwoordig vooral om zoveel mogelijk marktwerking te realiseren. Marktwerking is weliswaar geen doel op zichzelf – het gaat erom de publieke zaak zo effectief en efficiënt mogelijk te organiseren – maar vereist is daarvoor wel dat er wat te kiezen valt.

Dat deze twee tradities elkaar geenszins hoeven te bijten, bewijzen recent nog de eerste kabinetten Balkenende, waarin het streven was de burger zoveel mogelijk keuzevrijheid te bieden. In de nota 'Bruikbare rechtsorde' van de toenmalige minister van Justitie (Donner) werd voor de vermindering van de regeldruk de principiële aanpak vooropgesteld. Deze hield in dat wetgevingsconcepten moesten worden ontwikkeld en toegepast die ruimte maken voor de eigen verantwoordelijkheid voor de burger.¹¹ Dezelfde kabinetten streefden uitdrukkelijk ook naar het stimuleren van marktwerking in sectoren die van oudsher min of meer in (semi)overheidshanden waren. Beide invalshoeken monden uit in wetgeving die de burger uitdrukkelijk keuzevrijheid laat. De nieuwe Zorgverzekeringswet – waarover hierna meer – is wellicht het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld.

Het bieden of laten van keuzevrijheid past niet goed in de sociaal-democratische traditie. Maar dat ook de sociaal-democratie niet vies meer is van de introductie of versterking van de keuzevrijheid voor de burger en het geloof in de maakbare samenle-

¹¹ Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 14. In de Voortgangsnotities Bruikbare rechtsorde 2005 en 2006 wordt eveneens uitdrukkelijk het streven naar ruimtelatende wetgeving voorop gesteld: zie respectievelijk Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 24 en 2006/07 29 279 nr. 41.

ving, waarin de overheid de touwtjes stevig in handen houdt, sterk op zijn retour is, hebben met name de Paarse kabinetten in ons land bewezen. Ook daar waait tegenwoordig een vrijzinnige wind.¹²

In de nabije toekomst is deze stroom, met zijn verschillende tradities, niet van de baan. De Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling heeft nog vrij recent, in een lezenswaardig advies over eigen verantwoordelijkheid, bepleit dat de overheid de burger meer ruimte moet geven en verschillen moet accepteren.¹³

Het coalitieakkoord voor het huidige kabinet, Balkenende IV, zet minder in op de verdere ontwikkeling van marktwerking in het publieke domein, maar brengt tegelijk zeer uitdrukkelijk de confessionele waarde van de eigen verantwoordelijkheid van de burger onder woorden, die gepaard moet gaan met grote keuzevrijheid en medebeslissingsruimte.¹⁴ Zo wil de minister van VWS, de CDA-ideoloog Klink, de vraagsturing in de gezondheidszorg een nog grotere rol laten spelen. Hij acht het wenselijk de Zorgverzekeringswet zodanig te wijzigen dat niet alleen wordt geconcurrereerd op de prijs maar ook op de kwaliteit van de aangeboden zorg.¹⁵

Het debat over keuzevrijheid

Juist in de Nederlands politiek-bestuurlijke verhoudingen voert het adagium 'hoe meer keuzevrijheid hoe beter', dan ook de boventoon en wordt het in de politiek, de economie en het recht tot vertrekpunt genomen. Keuzevrijheid biedt de burger immers de mogelijkheid zich te ontplooiën en zijn kansen te benutten.

In dit verband wordt, in navolging van de Angelsaksische filosoof Isaiah Berlin,¹⁶ dikwijls onderscheid gemaakt tussen negatieve en positieve vrijheid. Negatieve vrijheid is de vrijheid *van*; de vrijheid om ten opzichte van andere de ruimte te krijgen of met rust te worden gelaten, de vrijheid van meningsuiting bijvoorbeeld. Positieve vrijheid is de vrijheid *om*; de vrijheid om zich te kunnen ontplooiën, om dingen te kunnen doen, om het leven vorm te kunnen geven, de mogelijkheid om onderwijs te kunnen volgen bijvoorbeeld. Positieve vrijheid betreft de keuzevrijheid aan middelen en wegen.¹⁷ Deze twee aspecten van vrijheid vallen niet altijd samen, maar het adagium heeft betrekking op beide aspecten.

¹² Dat geldt ook voor GroenLinks. Dat links probeert keuzevrijheid als leidend thema te heroveren op rechts wordt ook aardig geïllustreerd door het boekje van Femke Halsema, *Over de Linkse lente*, Amsterdam 2006, dat overigens in haar eigen kring niet onverdeeld positief werd ontvangen.

¹³ Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, *Vershil maken. Eigen verantwoordelijkheid na de verzorgingsstaat*, (advies 38), Amsterdam 2006.

¹⁴ Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en Christen Unie, d.d. 7 februari 2007.

¹⁵ Kamerstukken II 2006/07, 30 800 XVI, nr. 138.

¹⁶ I. Berlin, Two Concepts of Liberty, in: *Four essays on Liberty*, London 1969, p. 118 e.v.

¹⁷ Zie verhelderend over de betekenis van het onderscheid tussen verschillende soorten vrijheden voor de idee van de democratische rechtsstaat: H.E.S. Woldring, 'Filosofische reflectie op be-

Zoals gezegd wordt het adagium dikwijls tot uitgangspunt genomen. Maar ... kent u de jampotjesproef?

Een onderzoekster zette in een delicatessenzaak een kraampje neer waar je allerlei exotische gourmetjams kon proeven. Soms stonden er in het kraampje zes verschillende jamsoorten en soms stalde ze vierentwintig verschillende soorten uit. Ze wilde zien of het aantal jamsoorten waaruit je kon kiezen enig verschil maakte voor het aantal jampotjes dat verkocht werd.

Men gaat er doorgaans van uit dat het waarschijnlijker is dat consumenten iets zullen kopen naarmate ze meer keuzes hebben, omdat het voor consumenten dan gemakkelijker is om datgene te kopen dat volledig bij hun behoeften past. Uit de proef bleek echter dat het tegendeel het geval was.

Van degenen die stilstonden bij het kraampje met zes keuzemogelijkheden kochten slotte 30 procent een of andere jamsoort, terwijl van degenen die bij de kraam met het ruimere assortiment stilstonden slechts 3 procent iets kocht.

Volgens Malcolm Gladwell, aan wie ik dit voorbeeld ontleen, komt dat doordat jam kopen een spontane beslissing is. Je zegt bij jezelf, intuïtief: die wil ik. Als een mens te veel keuzemogelijkheden heeft, als hij gedwongen wordt om meer af te wegen dan zijn onderbewuste aankan, dan raakt hij verlamd.¹⁸

Er is in de literatuur een stroming op gang gekomen die erop wijst dat een ongebreidelde toename van de persoonlijke keuzevrijheid niet als een verbetering wordt ervaren. Veel aandacht in dit discours krijgt Barry Schwartz met zijn boek, *The Paradox of Choice*.

Schwarz verdeelt de mensheid in 'maximizers' en 'satisficers'. Maximizers zijn mensen die pas kunnen kiezen nadat ze alle mogelijkheden grondig hebben onderzocht en dat na lang wikken en wegen het 'beste' uitkiezen. Satisficers daarentegen zijn mensen die na een gering en kortdurend vooronderzoekje datgene uitkiezen wat ze goed genoeg vinden. Maximizers steken veel tijd en energie in het maken van hun keuzes. Wanneer die keuze later verkeerd blijkt uit te vallen, zijn zij zwaar teleurgesteld. Omdat zij hogere eisen stellen, zijn zij in de regel ook minder snel tevreden en spreken zij vlugger van een miskoop. Satisficers letten ook wel op het eindresultaat, maar omdat zij veel minder tijd en moeite steken in

ginselen van de rechtsstaat', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag 2003, p. 37 e.v.

¹⁸ Malcolm Gladwell, *Blink. The Power of Thinking without Thinking*, London 2005. De parafrases ontleen ik aan de Nederlandse vertaling: *Intuïtie. De kracht van het denken zonder erbij na te denken*, Amsterdam / Antwerpen 2005, p. 129, 130. Gladwell is medewerker bij The New Yorker.

het vooronderzoek zijn zij ook vlugger tevreden met het eindresultaat en nemen zij gemakkelijker hun verlies als het tegenvalt.¹⁹

De toenemende keuzevrijheid die de burger door overheid en bedrijfsleven wordt opgedrongen, is volgens Schwarz gebaseerd is op de onjuiste veronderstelling dat zij ons vrijer en gelukkiger zou maken.

Dat we hier niet te maken hebben met een eendagsvlug, maar met een serieuze stroming die de wetenschap grondig heeft veranderd, bewijst de toekenning van de Nobelprijs voor de economie in 2002 aan de psycholoog Daniel Kahneman. Kahneman introduceerde – in samenwerking met de econoom Tversky – de menselijke psychologie in de economie en bestreed de idee van de rationeel calculerende mens.²⁰

In Nederland is het vooral de emotie-econoom (het is haar uitdrukking) Henriëtte Prast die er bij voortdurend op wijst dat mensen geen behoefte hebben aan grote keuzevrijheid. Ook zij maakt gebruik van inzichten uit de psychologie om te laten zien dat het klassieke economische uitgangspunt van de mens als rationeel denkend, winstmakend individu niet deugt.²¹

Eind 2005, met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet in het vizier,²² ontstond in Nederland zelfs een vrij hooglopend debat in de dagbladders over de vraag of de consument het liefst zelf kiest dan wel dat hij liever heeft dat de overheid de keuzes voor hem maakt.²³

In deze, nogal in zwart-wit termen gevoerde, discussie zijn er enerzijds degenen die we de *paternalisten* kunnen noemen. Zij menen dat de consument het liefst heeft dat de overheid voor hem kiest, omdat de consument niet geïnteresseerd is, dan wel niet in staat is om te kiezen, dan wel dat het maken van keuzes zinloos is. Anderzijds zijn er de vrije markt *propagandisten*, die menen dat meer vraagsturing een zegen is omdat de burger dan zelf kan kiezen voor datgene wat hij het meest wenselijk acht en tegelijkertijd de efficiëntie sterk verbetert.

¹⁹ *The Paradox of Choice. Why More is Less*, New York 2004, p. 79. Schwarz is hoogleraar psychologie aan het Swarthmore College in de VS.

²⁰ Daniel Kahneman is verbonden aan de Princeton University (New Jersey, VS), waar hij psychologie en 'public affairs' doceert.

²¹ Uit veel, ook populariserende, publicaties noem ik hier haar oratie: 'Emotie-economie: de mythe van de persoonlijke financiële planning, Universiteit van Tilburg 2004. Prast is hoogleraar persoonlijke financiële planning aan de Universiteit van Tilburg en onderzoeker bij De Nederlandsche Bank.

²² Deze wet trad op 1 januari 2006 in werking.

²³ Het debat werd zowel in de NRC als in de Volkskrant en Trouw gevoerd. Zie onder meer in de Volkskrant: Een Meerkeuze-hel? (1 oktober 2005); Overheid kies voor ons (5 november 2005); Ook consument die niet kiest heeft baar bij keuzevrijheid (12 november 2005); Dan maar geen calculerende burger (12 november 2005). In NRC Handelsblad: Verplichte keuzevrijheid is eerder een probleem dan een oplossing (22 oktober 2005). In Trouw: Maarwerk is de maat der dingen (24 december 2005).

Het debat stond bol van de politieke retoriek.²⁴ Maar het debat laat wel goed zien dat de hamvraag is welke beslissingsbevoegdheid bij wie wordt neergelegd: bij de overheid of bij de burger.

Het is geen toeval dat dit debat werd gevoerd aan de vooravond van de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet. Deze wet vormt bij uitstek een voorbeeld van het nieuwe type wetgeving dat in steeds grotere mate over ons wordt uitgestrooid.

In zijn advies over het wetsvoorstel wijst ook de Raad van State op de grenzen aan de keuzevrijheid van de burger: "Indien er inderdaad voldoende (ook internationaal) aanbod van met elkaar concurrerende verzekeraars is, dan rijst de vraag of de verzekerde vervolgens in staat is daaruit werkelijk een weloverwogen keuze te maken."²⁵ Vervolgens oppert hij de mogelijkheid van standaardisering van de verzekeringspolis. Standaardisering beperkt immers de keuzevrijheid van de burger.²⁶

De reikwijdte van de keuzevrijheid: exit, voice en silence

Het zou een misverstand zijn te menen dat wetgeving die op het model van vraagsturing is gebaseerd, slechts in zoverre keuzevrijheid aan de burger biedt, dat hij nu van aanbieder kan wisselen waar dat voorheen niet mogelijk was. De keuzevrijheid van de burger (cliënt) omvat veel meer. Hij heeft in deze benadering in principe drie mogelijkheden, die in de literatuur wel worden uitgedrukt als 'exit', 'voice' en 'silence'.²⁷ Exit verwijst naar de mogelijkheid voor de burger om uit verschillende aanbieders te kunnen kiezen. Voice naar alle formele en informele vormen van overleg. Voice is gericht op verbetering en wijziging. De cliënt stapt er niet uit, maar probeert een verandering te bewerkstelligen. Voice wordt ruim begrepen: inspraak en allerlei andere mogelijkheden voor de burger om door middel van communicatie invloed uit te oefenen vallen er ook onder. Van silence is sprake wanneer men weliswaar gebruik maakt van een maatschappelijke dienst, maar de mogelijkheden van exit of voice links laat liggen; ook kan het zijn dat deze mogelijkheden ontbreken. Veel burgers switchen niet van aanbieder wanneer marktwerking wordt geïntroduceerd. Zij trekken niet aan de bel, vragen niet om informatie of wat dan ook. Zij bewegen niet, ook al hebben zij het recht daartoe (inmiddels) wel gekregen. De vraag is waardoor dat komt. Het stilzitten kan voortkomen uit loyaliteit, maar ook uit onverschilligheid of omdat vertrekken te veel inspanning vergt.

De reden dat ik voor dit verschijnsel aandacht vraag, is vooral om te laten zien dat keuzevrijheid veel meer inhoudt dan de enkele mogelijkheid om een andere aanbieder

²⁴ Zoals terecht werd opgemerkt door Jouke de Vries, Stcrt. 15 november 2005.

²⁵ Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 4, p. 13.

²⁶ Aan deze suggestie heeft de regering echter geen gehoor gegeven. Zie Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 4, p. 18.

²⁷ Deze termen gaan in deze betekenis terug op het bekende boekje van de Amerikaanse econoom Albert O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press 1970. In zijn rapport *Bewijzen van goede dienstverlening*, Den Haag 2004, trekt de WRR deze benadering door naar Nederlandse terreinen waar vraagsturing plaats heeft of wordt overwogen, zie i.h.b. p. 72-75 en p. 157 e.v.

te kiezen. Voorts is van belang om te benadrukken dat het beschikken over keuzevrijheid niet betekent dat de burger daadwerkelijk actief kiest: stilzitten mag ook. Wanneer de burger niet op grote schaal van aanbieder wisselt, mag daaruit niet worden afgeleid dat de introductie van vraagsturing of marktwerking is mislukt. De vraagsturing werkt zolang het de aanbieder tot betere prestaties stimuleert. Reeds de *mogelijkheid* dat de burger een andere keus kan maken, kan daarvoor voldoende zijn.

3. Mensbeeld en rationaliteit

Homo economicus?

Het behoeft nauwelijks betoog dat wanneer we de zelfbepaling of zelfbeschikking van het individu tot uitgangspunt nemen van de democratie-idee, het mensbeeld dat hierbij hoort van wezenlijk belang is. In marktwerkingversterkende wetgeving wordt, al dan niet uitdrukkelijk, van een bepaald mensbeeld uitgegaan. De Raad van State vestigde enige jaren geleden in zijn jaarverslag de aandacht op deze trend en sprak over de '*hominines economicus*', die zich rationeel op de markt bewegen: zij blijken minder talrijk dan verondersteld.²⁸

Opgemerkt is wel dat aan de benadering van de marktwerking het gevaar kleefde dat de burger (de *citoyen*) wordt gereduceerd tot een *consument*.²⁹ Daarmee wordt bedoeld dat aan deze benadering het gevaar kleefde dat de burger wordt gereduceerd tot iemand voor wie louter financiële prikkels tellen. Daar is tegenover te stellen dat de oorsprong van het principe dat in wetgeving ruimte moet worden geboden aan de burger, zeker niet alleen een economische is: de eigen verantwoordelijkheid van de burger heeft op veel meer zaken betrekking, niet alleen op financieel-economische overwegingen, maar ook op sociaal-culturele, religieuze enz. Verschillende, hierboven genoemde, tradities laten dat zien. Die gemeenschappelijke noemer maakt ook mogelijk dat die tradities kunnen convergeren en dat vanuit verschillende gezichtspunten en om verschillende redenen steun wordt gegeven aan keuzevrijheid latende wetgeving.

De mens is niet te beschouwen als de nutsmaximalisator die steeds die keuze maakt die het meest volledig bij zijn behoefte past. Andere factoren spelen een dominante rol. Onjuist is het adagium dat hoe meer keuzevrijheid de burger zou hebben, des te beter het is. Een zekere mate van keuzevrijheid is zeer belangrijk, maar er zijn zeker grenzen aan. Rationeel is: over een *beperkte* keuzevrijheid beschikken (zes smaken!) en de overgrote meerderheid van het (bestuurs)werk aan anderen overlaten, in het bijzonder aan de overheid. Mensen hebben geen tijd, zin, kracht of energie om zich te verdiepen. Beslissen is moeilijk. Over het algemeen is het prettig als andere instanties beslissingen nemen, zolang de keuzevrijheid maar niet tot nul wordt gereduceerd en de burger de mogelijkheid heeft om in te grijpen als het mis gaat of een kant op gaat die hem echt niet aanstaat. Dit betekent dat een zekere mate van keuzevrijheid zeker wenselijk is. Een (overheids)monopolie is zo bezien bezwaarlijk.

²⁸ Raad van State, Jaarverslag 2003, Den Haag 2004, p. 23.

²⁹ Raad voor de Maatschappelijke Ontwikkeling, a.w., p. 60.

In een samenleving die steeds complexer wordt en waar op veel terreinen de specialisering steeds meer toeneemt, ligt het voor de hand dat een ieder datgene doet waar hij goed in is. Veel beslissingen moeten dan ook, althans in hoofdzaak, aan anderen worden overgelaten. Dikwijls zal die ander de overheid zijn, maar lang niet altijd. Het is zeker in onze kennisintensieve samenleving niet reëel ervan uit te gaan dat de overheid alle wijsheid in pacht heeft. In een kennisintensieve samenleving verandert de rol van de overheid.³⁰ Democratie veronderstelt verdeling van kennis en taken.³¹

Het bieden van keuzevrijheid impliceert ook de mogelijkheid om stil te zitten, om weinig of niets te doen, of dat nu is uit loyaliteit, onverschilligheid of om welke reden dan ook. Democratie veronderstelt ook de ruimte om niet mee te doen, om te zwijgen (silence).

Individu of collectiviteit?

Het beeld van de burger die wel keuzevrijheid wenst, maar niet meer dan beperkte keuzevrijheid aan kan, heeft nogal wat implicaties. Idealiter zou het de inhoud van de wetgeving moeten beïnvloeden die in de stroom van het ruimte bieden op gang komt. Deze burger wil geen actieve medezeggenschap, maar is tevreden als hij passief kan blijven. Aan de mogelijkheid van een noodrem, om in te grijpen als het echt misgaat, heeft hij veelal voldoende. Deze burger heeft behoefte aan arbeidsdeling en een beperkt aantal standaarden, waaruit hij kan kiezen.

De keuzevrijheid wordt weliswaar formeel toebedeeld aan het individu (de individuele burger of het concrete bedrijf of concrete instelling) maar er is niets op tegen als de burger zich voor zijn keuze laat leiden door anderen. Dat gebeurt uiteraard ook, en wel op verschillende manieren. De voorkeur van de ene burger hangt af van die van de andere. Men spreekt wel van "interdependente voorkeuren". Ouders kiezen voor hun kind bijvoorbeeld dezelfde naschoolse opvang als die van de burens.

Daarnaast maakt de kiezende burger gebruik van *collectieve* verbanden. De burger staat er immers niet alleen voor, hij kan zich verenigen in allerlei maatschappelijke verbanden en doet dat ook, juist omdat er zoveel van hem wordt verlangd. Daaraan zitten veel voordelen. Er zijn financiële prikkels en zo kan het werk – informatie vergaren, voor- en nadelen afwegen enz. – aan anderen worden overgelaten: anderen, in wie men vertrouwen stelt, omdat door hen in beginsel voor dezelfde belangen wordt opgekomen. Dat wordt goed geïllustreerd door de Zorgverzekeringswet.

Zoals altijd bij het in het leven roepen van een nieuwe markt was het spannend – preciezer gezegd: vol onzekerheden – of de nieuwe markt echt van de grond zou komen. Een markt in het leven roepen op een terrein waar zij niet van nature ontstaat, is een van de moeilijkste dingen die er is. Nog geen maand voor de inwerkingtreding werd zelfs door een lid van het toenmalige kabinet, Balkenende II, in een interview in

³⁰ Zie het WRR-rapport, *Van oude en nieuwe kennis*, Den Haag 2002 (rapport nr. 61) en ook het WRR-rapport, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag, 2002, (rapport nr. 63) dat onder andere hierop voortbouwt.

³¹ Zie de bijdrage van Engelen aan deze bundel, die niet onterecht betoogt dat democratie uitmond in een complexe arbeidsdelige structuur.

een dagblad openlijk betwijfeld of de burger in het nieuwe zorgstelsel zijn keuzevrijheid zou gaan benutten. Deze bewindspersoon verwachtte niet dat burgers van aanbieder zouden wisselen. Daarbij verwees hij naar de vrijmaking van de energiesector, die in zijn ogen evenmin tot veel overstappen had geleid.³² Het grote ongelijk van deze voorstelling bleek enige maanden later.

Veel meer mensen dan verwacht hadden gebruik gemaakt van de mogelijkheid om van aanbieder te wisselen, zo bleek enige maanden na de inwerkingtreding. Een belangrijk deel is te verklaren uit het overstapgedrag op de markt van de collectieve contracten.

Naar schatting 25% van de verzekerden wisselde van aanbieder. Maar liefst 80% van de werkgevers heeft zijn werknemers een collectieve ziektekostenverzekering aangeboden. En 70% van de bijstandsgerechtigden is collectief verzekerd via de gemeente.³³

De nieuwe wet heeft een grote verschuiving op de markt van verzekeraars tot gevolg gehad.

De beperkt rationele mens, die er recht op heeft om niet mee te doen, is ook de zich verbindende en organiserende mens.

Mensbeeld kabinet

Ook het kabinet Balkenende II heeft zich aan een mensbeeld gewaagd. Aanleiding is met name de, in de ogen van het kabinet, gewijzigde rolverdeling tussen overheid en burger. Dat kabinet gaat uit van een "meer eigentijds burgerschapsconcept", dat het als volgt heeft geformuleerd:

"Het kabinet denkt dan aan een burger die zelfredzaam, mondig en betrokken is, hetgeen zich niet in de eerste plaats uit in het indienen van tegen de overheid gerichte eisen, klachten en beroepen, maar veeleer in maatschappelijke zelforganisatie en initiatieven."³⁴

³² 'Veerman: "Zorgstelsel onzin"'. In het daarop volgende debat nuanceert hij zijn uitspraken, zie Handelingen II 2005/06, 27, p. 1849-1852. Ik laat hier terzijde dat deze uitlatingen op gespannen voet staan met het leerstuk van de eenheid van het regeringsbeleid. Verder heb ik hierboven al erop gewezen dat stilzittinggedrag geen bewijs is voor het falen van de vraagsturing.

³³ Stcrt. 2006, nr. 53 (15 maart 2006). Zie ook Kamerstukken II 29 689, nr. 77, p. 6.

³⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 362, nr. 2, p. 5. Uitgewerkt in de notitie *Verkenning burgerschap en andere overheid*, zie voor de aanbiedingsbrief: Kamerstukken II 2004/05, 29 362, nr. 31. Deze notitie kreeg overigens in de Tweede Kamer een kritisch onthaal, zie Kamerstukken II, 2004/05, 29 362, nr. 45, p. 9 e.v.

Zelfredzaam, mondig en betrokken.³⁵ Er wordt veel van de burger verlangd. Zeker niet iedere burger voldoet aan deze karakteristieken. Het kabinet heeft dit type burger, naar eigen zeggen, hard nodig: aangezien het zijn uitgangspunt is dat het publieke belang niet alleen door de overheid wordt behartigd, maar ook door de burger, verwacht het dat de burger zijn burgerschap actief invult. Hierbij moet mijns inziens wel de vraag gesteld worden waarom de burger dit uit eigen beweging zou doen: zijn belangen vallen niet steeds samen met die van de overheid. Het kabinet doet een moreel appel op de burger om mee te werken. Ik vestig bewust de aandacht op het morele aspect: rechtens is de burger niet verplicht hieraan mee te werken.³⁶ Het kabinet spreekt van een nieuwe verhouding tussen overheid en burger, waarin de noodzaak van meer wederkerigheid centraal staat.³⁷ Het kabinet Balkenende IV zit ook op deze lijn: het werkt aan een 'Handvest van verantwoordelijk burgerschap'.³⁸

Is dit ook het beeld van een democratische burger, in de zin van een burger die goed in staat is tot zelfbepaling? Op het eerste gezicht lijkt het er wel op: een mondig en zelfredzame burger lijkt in staat om zelfstandig keuzes te maken. Maar toch staat dit mensbeeld op gespannen voet met de hiervoor geschetste beperkt rationele burger: er zijn grenzen aan zijn vermogen om keuzes te maken. Bovendien bleek dat de democratische burger niet mee hoeft te doen; het mag wel, en dat verdient ook waardering, maar het is geen verplichting, het is niet vereist betrokken te zijn. Het eigentijdse burgerschapsconcept verhoudt zich dan ook slecht met het recht op stilzitten (silence).³⁹

³⁵ Zie over deze notitie met name: P.C. Westerman, 'Outputsturing in de rechtsstaat', *RM Themis* 2006, p. 237 e.v. en A.R. Mackor, Boekbespreking van Aric-Jan Kwak, 'The Legal Junction', *RM Themis* 2006, p. 275 e.v. Beiden vrezen dat deze benadering en het soort wetgeving dat daarmee gepaard gaat, in strijd is met het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het rechtsgelijkheidsbeginsel. M.a.w.: zij betwijfelen niet alleen het democratische maar ook het rechtstatelijke karakter van dit soort wetgeving. Het valt - helaas - te ver buiten het bestek van deze bijdrage om daarop in te gaan.

³⁶ Zie over moreel burgerschap ook de bijdrage van Woldring aan deze bundel.

³⁷ *Verkenning burgerschap en andere overheid*, a.w., p. 3, 5. Zie meer fundamenteel over wederkerigheid: D. Pessers, *Liefde, solidariteit en recht. Een interdisciplinair onderzoek naar het wederkerigheidsbeginsel*, (diss. UvA), 1999, p. 219 e.v. en ibidem, 'Wederkerigheid als structuurbeginsel van de rechtsstaat', in: F.J. van Ommeren en S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Deventer 2003, p. 51 e.v. en ibidem, *Goede en kwade trouw in het openbaar bestuur*. Verslag van de vierde ROB-lezing, Den Haag 2006, p. 11 e.v. Zij verzet zich tegen de opvatting dat wederkerigheid als feitelijke situatie tot uitgangspunt kan worden genomen van nieuwe wetgeving en nieuw beleid.

³⁸ Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en Christen Unie, d.d. 7 februari 2007, p. 28.

³⁹ Met de eerder genoemde idee van *arbeidsdeling* verhoudt het zich overigens veel beter: het kabinet neemt in deze notitie uitdrukkelijk in overweging dat in een kennisintensieve samenleving, kennis en kunde verdeeld is en ook wetgever en overheid niet alles kunnen weten en dat dat ook consequenties moet hebben voor de waarop toezicht moet worden gehouden.

De Awb-mens

Is dit nu ook het mensbeeld van het bestuursrecht? Het mensbeeld dat schuil gaat achter de keuzevrijheid latende wetgeving is niet het mensbeeld van de algemene bestuursrechtelijke wetgeving. Het algemene bestuursrecht – en hetzelfde geldt voor veel bijzonder bestuursrecht – gaat niet van één bepaald soort mensbeeld uit. In het bestuursrecht is 'de burger' een zeer veel omvattende categorie. Iedere instantie die niet tot de overheid behoort, preciezer gezegd: geen bestuursorgaan is, is een burger in deze zin.

Enige jaren geleden heeft Damen in een prikkelend betoog de vraag gesteld: bestaat de Awb-mens? Damen ging onder deze noemer op zoek naar de horizontale of zelfs wederkerige rechtsbetrekking tussen overheid en burger. Hij constateerde dat die maar mondjesmaat voorkomt. Dat onderzoek verrichtte hij omdat in de memorie van toelichting van de eerste tranche van de Awb,⁴⁰ en in de rond die tijd verschijnende literatuur, ervan werd uitgegaan dat bestuursrechtelijke rechtsbetrekkingen steeds meer wederkerig van aard zouden zijn. In de regel gaat het in het bestuursrecht echter nog steeds om verticale gezagsverhoudingen, zo is zijn betoog. En waar je horizontalisering aantreft, treedt dit verschijnsel op waar je het het minst zou verwachten, namelijk daar waar derden-belanghebbenden een rol spelen.⁴¹

De reactie daarop moet mijns inziens zijn dat de Awb-mens niet bestaat.⁴² Daarvoor zijn burgers veel te verschillend. De burger is zowel de burger (de citoyen), als de maatschappelijke organisatie, als het bedrijf. Hij is zowel de grondexploitant, de multinational, de verzekeringsmaatschappij, de Waddenvereniging, de woningcorporatie, de bijzondere school, de rentenier, de bijstandsmoeder als Jan Modaal. Voor al deze instanties geldt dat zij in veel opzichten keuzevrijheid hebben en aldus kunnen kiezen van aanbieder te wisselen, hun stem te laten horen of er het stilzwijgen toe doen; met andere woorden: exit, voice en silence.

4. Openbaarheid

Openbaarheid en de democratie-idee

Openbaarheid vormt een belangrijke voorwaarde om de democratie-idee in het bestuursrecht te realiseren. Zonder kennis en inzicht in feiten, meningen en opinies kan de burger geen beslissing nemen: hij kan zijn invloed op vertegenwoordigende bestuursorganen niet goed uitoefenen, hij kan niet goed gebruikmaken van inspraakmogelijkheden, noch kan hij zelf doordachte en weloverwogen keuzes maken. Om die kennis te verwerven moet informatie worden vergaard. Daarvoor zijn onder meer – naast de media met een vrije pers e.d. – openbaarheid en doorzichtigheid van bestuur noodzakelijk. Bovendien kunnen door openbaarheid misstanden worden blootgelegd:

⁴⁰ PG Awb I, p. 39 e.v.

⁴¹ L.J.A. Damen, 'Bestaat de Awbmens?', in: J.L. Boxum, (red.), *Aantrekkelijke gedachten*, Deventer 1993, p. 109 e.v.

⁴² Enzo: M. Scheltema, 'Leve de Awb-mens!', in: K.J. de Graaf e.a. (red.) *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag 2006, p. 107.

de burger beïnvloedt niet alleen het functioneren van het openbaar bestuur maar controleert het ook, al dan niet op indirecte wijze.

Onder openbaarheid wordt in het staats- en bestuursrecht zowel begrepen de openbaarheid van vergaderingen van vertegenwoordigende organen en van terechtzittingen als van overheidsinformatie. De openbaarheid van de overheidstaak is in art. 110 Grondwet verankerd: 'De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.' Dit artikel vormt het sluitstuk van andere in de Grondwet opgenomen bepalingen over openbaarheid. Bij de totstandkoming van deze bepaling is door de regering opgemerkt dat een van de grondbeginselen van de democratie is dat de burger in staat moet worden gesteld deel te hebben aan de publieke zaak. Participatie kan rechtstreeks gebeuren maar ook via de organisaties die de burger vertegenwoordigen. Voorts heeft de regering bij de totstandkoming van deze bepaling een verband gelegd met de idee van de rechtsstaat. Door de openbaarheid van bestuur krijgen de burgers meer inzicht in beleidsvoornemens en in de gegevens die aan gevoerd beleid ten grondslag liggen, aldus de regering.⁴³

De openbaarheid van overheidsinformatie is geregeld in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Daarnaast bevatten bijzondere bestuursrechtelijke wetten soms eigen openbaarheidsregelingen (bijv. de Wet op de Ruimtelijke Ordening en de Telecommunicatiewet). Voor de verhouding tussen deze wetten geldt het adagium: de bijzondere wet gaat voor de algemene wet. Derhalve gaan de bijzondere openbaarheidsregels in beginsel voor op die van de Wob. Daarvoor is wel vereist dat de bijzondere regeling uitputtend is.

Ook in de considerans van de Wob is uitdrukkelijk het verband met de idee van de democratie gelegd: "... dat het (...) met het oog op een goede en democratische bestuursvorming wenselijk is gebleken ...". Mede tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis is het dan ook niet verwonderlijk dat ook in de juridische literatuur het verband tussen openbaarheid en democratie dikwijls wordt gelegd en de idee van de democratie zelfs als een grondslag voor openbaarheid van overheidsinformatie wordt genoemd.⁴⁴

Wob: openbaarmaking uit eigen beweging

In de Wob wordt een onderscheid gemaakt tussen informatie die bestuursorganen op verzoek verstrekken (men spreekt van passieve openbaarmaking) en informatie die bestuursorganen uit eigen beweging verstrekken (actieve openbaarmaking). Met betrekking tot de laatste wordt eveneens uitdrukkelijk een verband gelegd met een goede en democratische bestuursvoering.

⁴³ Handelingen II 1979/80, p. 2093 (Nng, Vd, p. 211, 212).

⁴⁴ Zie recent voor een vrij recent en beknopt overzicht van de literatuur: E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid*, (diss. Leiden), Den Haag 2005, p. 11 e.v. Daalder noemt het opvallend dat politicologen, anders dan juristen en bestuurskundigen, de relatie tussen democratie en openbaarheid van bestuur minder vaak leggen.

Artikel 8 lid 1 luidt:

'Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvorming.'⁴⁵

De goede en democratische bestuursvorming fungeert hier als maatstaf om te beoordelen of informatie uit eigen beweging moet worden bekendgemaakt. Volgens de regering gaat het hier om een 'soepele' norm, exacte criteria zijn naar haar mening niet te geven.⁴⁶ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan de volgende drie criteria moet zijn voldaan:

- aanvaard beleid;
- een in de samenleving niet te controversieel onderwerp;
- een voorlichtingsuiting die inhoudelijk voldoende en juiste gegevens bevat om belanghebbenden en belangstellenden in staat te stellen, zich er zelfstandig een oordeel over te vormen.⁴⁷

Waarom juist deze criteria voortvloeden uit de maatstaf van een goede en democratische bestuursvorming is niet geheel duidelijk. Het lijkt mij uit democratisch oogpunt juist vanzelfsprekend als ook niet aanvaarde beleidsopvattingen of controversiële onderwerpen bekend zouden worden gemaakt. Daarover zou dan, indien gewenst, een maatschappelijk debat kunnen plaatsvinden. Dat zou optimaal tegemoet komen aan de idee van de democratie! Hiermee wil ik overigens niet zeggen dat het wenselijk is dat bestuursorganen uit eigen beweging dit soort informatie openbaar maken. Het gaat mij er hier vooral om te laten zien dat de letter van de wet, de in de Wob (art. 8 lid 1) gegeven maatstaf, veel ruimer is dan de regering blijkens de memorie van toelichting voor ogen stond.

Geen informatie wordt verstrekt indien een wettelijke uitzonderingsgrond of beperking van toepassing is. De wet maakt een onderscheid tussen uitzonderingsgronden op grond waarvan de gevraagde informatie sowieso niet mag worden verstrekt (zogeheten absolute uitzonderingsgronden) en uitzonderingsgronden op grond waarvan een afweging moet worden gemaakt tussen het belang op informatieverstrekking en een uitdrukkelijk in de wet genoemd belang (relatieve uitzonderingsgronden).

Voorbeelden van absolute uitzonderingsgronden zijn de eenheid van de Kroon en de veiligheid van de Staat. Voorbeelden van relatieve uitzonderingsgronden zijn de eco-

⁴⁵ Bovendien zijn bestuursorganen verplicht om door niet-ambtelijke adviescommissies aan het orgaan uitgebrachte adviezen actief openbaar te maken (art. 9).

⁴⁶ MvT Wob: Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 29.

⁴⁷ MvT Wob: Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 30. Zie ook de MvA: Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 6, p. 29, 30.

nomische of financiële belangen van de Staat en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (met andere woorden: privacybescherming).

Hoewel dit nogal eens onopgemerkt blijft, blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Wob dat de uitzonderingsgronden niet alleen voor de passieve maar ook voor de actieve openbaarmaking gelden. "(...) elk voornemen tot het verstrekken van informatie uit eigen beweging dient eraan te worden getoetst", zo benadrukte de regering.⁴⁸

Dit volgt ook uit het systeem van de Wob: de uitzonderingsgronden en beperkingen zijn ondergebracht in een separaat hoofdstuk, dat in beginsel zowel op de passieve als de actieve informatieverstrekking betrekking heeft. Ingevolge art. 2 dient een bestuursorgaan informatie te verstrekken overeenkomstig deze wet.

De Afdeling bestuursrechtspraak heeft vrij recent overwogen: "Art. 10 Wob, dat betrekking heeft op het verstrekken van informatie ingevolge die wet, biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de in die bepaling geleverde afweging niet ook dient plaats te vinden indien het bestuur eigener beweging voornemens is tot het openbaar maken, op voet van art. 8 lid 1 Wob, van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, waarbij in art. 10 Wob vermelde belangen zijn betrokken. Ook in dat geval dient derhalve met het oog op die belangen een afweging besluitvorming plaats te vinden."⁴⁹ Met haar dubbele ontkenning is deze overweging mijns inziens te terughoudend geformuleerd. aangezien, zoals gezegd, reeds uit de parlementaire geschiedenis en de wetssystematiek ondubbelzinnig volgt dat de beslissing of een document uit eigen beweging wordt openbaar gemaakt, mede dient te worden getoetst aan de maatstaven van artikel 10 en 11 Wob.

Al met al zijn er dus twee soorten maatstaven voor bestuursorganen om te beoordelen of een document uit eigen beweging (niet) openbaar moet worden gemaakt. In de eerste plaats zijn er enige, mijns inziens niet al te overtuigende, criteria in de wetsgeschiedenis van de Wob te vinden. Voorts staan de in deze wet opgenomen uitzonderingen en beperkingen aan actieve openbaarmaking in de weg.

Men moet echter geen al te hoog gespannen verwachtingen hebben van het effect van artikel 8 Wob. Het betreft een instructienorm: het voorschrift is niet in rechte afdwingbaar. Burgers kunnen een bestuursorgaan rechtens dan ook niet tot nakoming van dit voorschrift verplichten.

Dit betekent dat wanneer een bestuursorgaan uit eigen beweging geen informatie verstrekt, terwijl het dat wel had behoren te doen, de rechtzoekende zich niet met succes bij de rechter op dit artikel kan beroepen. Dat neemt echter niet weg dat de rechter zich wel een oordeel kan vormen over de rechtmatigheid van wel door de overheid uit

⁴⁸ MvT Wob: Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 16.

⁴⁹ ABRvS 31 mei 2006, AB 2006, 329 m.nt. P.J. Stolk; JB 2006, 218 m.nt. M.O.-V. Daalder, a.w., p. 151, leidt de toepasselijkheid van artikel 10 en 11 bij actieve openbaarmaking af uit art. 2 Wob.

eigen beweging verstrekte informatie. Te denken valt met name aan gevallen waarin betrokkenen zich door de openbaarmaking geschaad achten.⁵⁰

Wob: openbaarmaking op verzoek

Van juridische afdwingbaarheid is wel sprake bij de informatie op verzoek. Hierover worden veel procedures bij de bestuursrechter gevoerd. Ingevolge de Wob kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf (art. 3 lid 1). Het systeem van de Wob werkt aldus dat aan een dergelijk verzoek moet worden voldaan, tenzij een van de uitzonderingsgronden of beperkingen van toepassing is. Zoals gezegd, maakt de wet een onderscheid tussen absolute en relatieve uitzonderingsgronden.

In het kader van de informatieverstrekking op verzoek spreekt men soms van 'weigeringsgronden' in plaats van 'uitzonderingsgronden'. Dat is niet de wettelijke term, maar er wordt wel hetzelfde mee bedoeld.⁵¹

Voor wat betreft de betekenis voor de idee van de democratie is het vooral van belang dat de Wob er *uitsluitend* is met het oog op een goede en democratische bestuursvoering. Dat blijkt onder meer uit het feit dat als het verzoek om informatie wordt ingewilligd, die informatie meteen in algemene zin openbaar is. Dat wil zeggen dat een ieder er dan van kennis kan nemen.

Een geslaagd verzoek van een bepaalde verzoeker brengt automatisch met zich dat het bestuursorgaan de informatie aan een andere verzoeker niet kan weigeren. Ministeries plegen in de praktijk dan ook de informatie die ingevolge een Wob-verzoek ter beschikking is gesteld aan een of meer burgers, tevens algemeen openbaar te maken door deze informatie op hun website te plaatsen.

De hoedanigheid van de persoon van de verzoeker is niet van belang. De Wob staat selectieve informatieverstrekking aan bepaalde belanghebbenden niet toe.⁵² Het belang van de informatieverstrekking strekt dus uit boven het individuele belang.

⁵⁰ Tot voor kort kwam dit soort zaken bij de burgerlijke rechter terecht, zie bijv. HR 29 juni 2003, AB 2004, 84 m.nt. PvB (Staat / Harrida). Sinds kort merkt de bestuursrechter de actieve informatieverstrekking op grond van art. 8 Wob onder omstandigheden aan als besluit in de zin van art. 1:3 Awb, waardoor ook deze rechter van dit soort geschillen kan kennisnemen, zie ABRvS 31 mei 2006, AB 2006, 329 m.nt. P.J. Stolk; JB 2006, 218 m.nt. M.O.-V. Ik laat hier rusten de ingewikkelde competentieverdeling tussen beide soorten rechters die deze recente rechtspraak teweegbrengt.

⁵¹ Vroeger sprak de Wob van 'weigeringsgronden', die golden voor de documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad. De regering vond een bezwaar van de term 'weigeringsgronden' dat het uitzonderingskarakter daarmee minder goed tot uitdrukking wordt gebracht en koos daarom voor de term 'beperkingen', zie MvT Wob: Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 16.

⁵² ABRvS 25 april 2000, JB 2000, 142. Zie uitvoerig over deze casus: L.J.A. Damen, 'Het legaliteitsbeginsel als partieel gecodificeerde constitutionele norm', in: H.R.B.M. Kummeling (e.a.), *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht*, Staatsrechtconferentie 1998, Deventer 1999, p. 35 e.v. en Daalder, a.w., p. 122 e.v.

Om dezelfde reden is het oogmerk dat de verzoeker met zijn verzoek heeft – waarom wil deze van de informatie kennisnemen (?) – niet relevant. Men hoeft voor het doen van een Wob-verzoek geen belang te stellen. Sinds kort brengt de Wob dit expliciet tot uitdrukking (art. 3 lid 3).⁵³ Op grond waarvan de verzoeker belang heeft bij de gevraagde informatie is rehtens niet relevant.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State onderbouwt dit met de volgende belangrijke overweging: "Het recht op openbaarmaking ingevolge de Wob dient uitsluitend het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering, welk belang de Wob vooronderstelt."⁵⁴ In de oudere jurisprudentie werd ondanks dit uitgangspunt van de Wob af en toe wel naar het oogmerk of persoonlijke belang van de verzoeker gevraagd.

Bij de belangenafweging in het kader van de relatieve uitzonderingsgronden gaat het eveneens om het belang om informatieverstrekking in het algemeen dat tegen de in de wet genoemde contrabelangen moet worden afgewogen, en niet om het persoonlijke belang van informatie dat de verzoeker heeft.⁵⁵ Dit laatste betekent dat de mate waarin het van belang is dat het publiek van de informatie kennisneemt voor deze belangenafweging wel relevant kan zijn.⁵⁶

Kortom, de idee van de democratie vormt niet alleen een grondslag voor openbaarheid van overheidsinformatie, maar heeft ook een grote invloed op de betekenis en uitleg van de Wob. Van wezenlijk belang is dat de Wob gebaseerd is op de veronderstelling dat het recht op openbaarmaking ingevolge deze wet uitsluitend het publieke belang dient van een goede en democratische bestuursvoering. Dat heeft de nodige implicaties voor deze wet. Concreet betekent dat drie dingen: de verzoeker hoeft voor het met succes doen van een verzoek geen persoonlijk belang te stellen, bij de relatieve uitzonderingsgronden moet niet het specifieke belang van de verzoeker bij verstrekking van informatie maar het publieke belang bij openbaarheid worden afgewogen, en selectieve informatieverstrekking is op grond van deze wet niet mogelijk.⁵⁷

⁵³ Deze bepaling is later ingevoegd, namelijk op grond van de Wet uitvoering Verdrag van Aarhus (Stb. 2004, 519; in werking getreden per 14 februari 2005, Stb. 2005, 66). Deze bepaling is opgenomen omdat het niet behoeven stellen van een belang een wezenlijke eis is van het Verdrag van Aarhus. In de MvT wordt opgemerkt dat het hier gaat om een explicitering van een bestaande praktijk (Kamerstukken II 2002/03, 28 835, nr. 3 p. 10) en wordt erop gewezen dat reeds volgens de memorie van toelichting bij de Wob het belang van de verzoeker geen rol mag spelen.

⁵⁴ ABRvS 25 april 2000, JB 2000, 142.

⁵⁵ ABRvS 29 augustus 1996, JB 1996, 201 m.nt. H. Koning.

⁵⁶ Aldus ook Daalder, a.w., p. 125.

⁵⁷ Dit laatste is weliswaar een mogelijke maar geen noodzakelijke consequentie. *Bijzondere* wetgeving maakt in specifieke gevallen selectieve openbaarmaking wel mogelijk; zo heeft de wetgever – in reactie op de hiervoor aangehaalde uitspraak van 25 april 2000 – een bijzonder regime gerealiseerd voor de verstrekking van informatie over voetbalvandalen door het OM aan de KNVB. De grondslag daarvoor is tegenwoordig te vinden in art. 39f Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

Sedert 1 januari 2006 kent de Wob een regeling over hergebruik van overheidsinformatie, op grond waarvan een ieder ook een verzoek om hergebruik kan doen. Onder hergebruik wordt verstaan het gebruik van informatie die openbaar is voor andere doeleinden dan het oorspronkelijke doel binnen de publieke taak waarvoor de informatie is geproduceerd.

Toepasselijkheid en reikwijdte van de Wob

Op vrij veel informatie is de Wob niet van toepassing. Wat voor soort informatie dient ingevolge de Wob in beginsel openbaar te worden gemaakt wanneer daartoe een verzoek wordt gedaan en welke niet?

De Wob heeft alleen betrekking op informatieverstrekking door *bestuursorganen*.⁵⁸ Voor het begrip bestuursorgaan wordt aangesloten bij de Awb. Dit is een belangrijke beperking op de reikwijdte van deze wet. Geen Wob-verzoek kan met succes worden gedaan bij instellingen die niet het karakter hebben van een bestuursorgaan. Ook nogal wat semi-overheidsinstanties vallen daardoor buiten de reikwijdte van deze wet, te denken valt aan woningcorporaties, ziekenhuizen, bijzondere scholen enz.

Een verzoek om informatie behoeft op grond van deze wet alleen te worden behandeld indien het verzoek betrekking heeft op informatie neergelegd in documenten over een *bestuurlijke aangelegenheid*.

Een bestuurlijke aangelegenheid wordt in de wet omschreven als een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan (art. 1, onderdeel b). Het woord 'bestuurlijk' moet vrij ruim worden uitgelegd: "het heeft betrekking op het openbaar bestuur in al zijn facetten".⁵⁹ De rechter neemt niet snel aan dat een stuk geen betrekking heeft op een bestuurlijke aangelegenheid. Zo worden bij het openbaar bestuur ingediende en gehonoreerde declaraties aangemerkt als documenten over een bestuurlijke aangelegenheid. De (onderliggende) nota's en bonnen zijn zodanig met de formulieren verweven, dat zij moeten worden geacht daarvan onderdeel uit te maken.⁶⁰

Geen informatie wordt verstrekt over in documenten voor intern beraad opgenomen *persoonlijke beleidsopvattingen*. Bij documenten voor intern beraad valt te denken aan nota's van ambtenaren aan hun politieke en ambtelijke chefs, correspondentie tussen onderdelen van een ministerie en tussen ministeries en andere publiekrechtelijke lichamen onderling, concepten van stukken, agenda's, notulen, enz.

⁵⁸ Niet alle bestuursorganen: een aantal is bij Amvb uitgesloten (art. 1a Wob), althans voor hun belangrijkste werkzaamheden, zoals onder meer De Nederlandsche Bank, zie hierna.

⁵⁹ MvT Wob: Kamersrukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 25.

⁶⁰ ABRvS 25 april 2000, AB 2000, 210 m.nt. SZ (Peper-bonnerjes).

Persoonlijke beleidsopvatting wordt in de Wob omschreven als een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van een of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten (art. 1, onderdeel f). Voorbeelden zijn een ambassadeursrapport over de dood van vier Ikonverslaggevers te El Salvador, de visie van politiefunctiearissen in een nota over optreden van de ME op 30 april 1980, een concept voor een voorontwerp van wet en opmerkingen op een toetsingsformulier van een aangevraagde bouwvergunning.⁶¹ De wet biedt overigens de ruimte om persoonlijke beleidsopvattingen te verstrekken in niet tot personen herleidbare vorm.⁶²

Al met al is de reikwijdte van de Wob tamelijk beperkt. De Wob is, ten eerste, alleen van toepassing op bestuursorganen en, ten tweede, voorzover dat het geval is uitsluitend op informatie van bestuursorganen die is neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid. Voorts, ten derde, bleek reeds dat waar het betreft de passieve informatieverstrekking geen informatie wordt verstrekt wanneer een absolute of relatieve uitzonderingsgrond daaraan in de weg staat, dan wel, ten vierde, de gevraagde informatie betrekking heeft op een persoonlijke beleidsopvatting die in opgenomen in een document dat bestemd is voor intern beraad. Het is dan niet moeilijk om voorbeelden te geven van publieke zaken die niet bekend worden gemaakt. De politieprestatiecontracten inclusief bijlagen en totstandkoming bijvoorbeeld, het miljardenbedrag en de inhoud van het sale en leaseback contract van Nederlandse elektriciteitsnetten door energiebedrijven, aanbestedingen van bijvoorbeeld de Noord-Zuid lijn in Amsterdam enz.

Ten slotte dient te worden bedacht dat voorzover het betreft de informatie op verzoek, de *bijzondere* wettelijke openbaarmakingsregimes over het algemeen strenger zijn dan dat van de Wob.

Keuzevrijheid vergt actieve openbaarmaking

Het democratiebegrip van de Wob is gericht op een democratische "bestuursvoering" door bestuursorganen. Hoewel er een zekere samenhang in betekenis is, is dat toch wel iets anders dan een democratiebegrip dat de zelfbepaling van de burger voorop stelt. Wanneer we nu terugkeren naar de burger met keuzevrijheid, de burger die zelfstandig of samen met anderen (collectief) beslissingen moet nemen, dan wordt snel duidelijk dat de Wob zonder twijfel een wezenlijke bijdrage aan de informatievoorziening kan verschaffen, maar dat we het daarvan zeker niet alleen moeten hebben. In een samenleving die meer en meer om informatie vraagt, ook van andere instanties dan overheidsinstanties, kan het niet anders dat de discrepantie tussen wet en praktijk

⁶¹ Respectievelijk: Vz. ARRvS 1 juni 1982, Gst. 6730, 6 m.nt. JMK; ARRvS 7 november 1983, AB 1984, 89; ARRS 25 februari 1985, rB/S XI, nr. 125 m.nt. dM en ABRvS 8 december 2004, LJN AR 7066. Zie ook Daalder, a.w., p. 168, 169.

⁶² Indien de persoon die de opvatting heeft geuit daarmee instemt, kan de informatie in herleidbare vorm worden verstrekt (zie art. 11 lid 2 Wob).

steeds grotere vormen aanneemt. Veelzeggend is wat dat betreft de volgende zinsnede uit de Wob-evaluatie van 2004: "De geest van de wet en de praktijk van de toepassing ervan liggen in de beleving van zowel overheid als burger verder uit elkaar dan aanvaardbaar is."⁶³

Hoe kunnen wet en praktijk dichter bij elkaar worden gebracht? Uitgangspunt zou mijns inziens moeten zijn dat een burger die zelf zijn keuzes moet maken niet om informatie moet verzoeken, maar dat de overheid of de aanbieder in beginsel de relevante informatie zoveel mogelijk uit eigen beweging verstrekt. Het bewust neerleggen van keuzevrijheid bij de burger vergt een nieuw en systematisch wetgevingsbeleid ten aanzien van de verplichting tot (actieve) openbaarmaking. Zo precies mogelijk zou onder woorden moeten worden gebracht waar en onder welke omstandigheden een verplichting tot actieve openbaarmaking moet gelden, hoe ver zij moet strekken en jegens wie zij moet gelden en wat de consequenties zijn van de niet-naleving van de betreffende voorschriften. De criteria uit de memorie van toelichting van de Wob over wanneer de overheid uit eigen beweging informatie dient te verstrekken zijn, zo bleek reeds, ten dele niet adequaat en voor het overige te vaag en te onbepaald.

Het systeem van passieve openbaarmaking, dat thans in de Wob voorop staat, is niet geschikt om een stelselmatig openbaarmakingsbeleid op te voeren. Het is in zekere zin toevallig of willekeurig of de burger wel of niet een verzoek om openbaarmaking van informatie indient. Passieve informatieverstrekking is bovendien omslachtig, zij het dat de verzoekprocedure van de Wob een laagdrempelig soort procedure is. Passieve informatieverstrekking vraagt veel van de burger, die immers een verzoek moet doen, en zij is belastend voor het rechterlijk apparaat. Ook om die reden dient de informatieverstrekking uit eigen beweging uitgangspunt van overheidsbeleid te zijn.

Dat een actieve openbaarmakingsplicht het uitgangspunt dient te zijn, sluit aan bij de richting die wordt gewezen door de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Commissie Franken), de Commissie Toekomst Overheidscommunicatie (Commissie Wallage), de Commissie ICT en overheid (Commissie Docters van Leeuwen) en de Tilburgse evaluatie van de Wob in 2004.⁶⁴

Medio 2006 is een voorontwerp verschenen van een algemene wet die sterk deze kant op gaat.⁶⁵ De vraag is echter of een algemene wet op dit moment al haalbaar is. Bijzondere wetgeving, met informatieverplichtingen, daar waar dat nodig is, kan eveneens

⁶³ T. Brandsen e.a., *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Tilburg 2004, p. 66.

⁶⁴ Men zie respectievelijk *Rapport van de Commissie grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag 2000, rapport van de Commissie Toekomst Overheidscommunicatie, *In dienst van de democratie*, Den Haag 2001 en het rapport van de Commissie ICT en overheid, *Burger en overheid in de informatiesamenleving. De noodzaak van institutionele innovatie*, Den Haag 2001 en Brandsen e.a., a.w.

⁶⁵ Voorontwerp voor een Algemene wet overheidsinformatie, van de hand van B.M.J. van der Meulen, opgesteld in opdracht van de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties. Onder meer te vinden op de website van het ministerie van BZK.

soelaas bieden. Bijzondere wetgeving heeft alleen betrekking op het functioneren van een specifiek beleidsterrein of sector. Het voordeel van bijzondere wetgeving is dat veel preciezer kan worden bepaald welk soort informatie al dan niet openbaar moet worden gemaakt, op welk tijdstip en op welke wijze. In een bijzondere wet kunnen verplichtingen tot actieve openbaarmaking worden opgenomen, die rechtens afdwingbaar zijn, niet alleen jegens bestuursorganen, maar ook jegens andere instellingen.⁶⁶ Nadat een stelselmatig wetgevingsbeleid op dit punt is ontwikkeld en aan de hand van bijzondere wetgeving is uitgewerkt, zou uiteindelijk ook naar mijn idee een algemene wet, waarin deze ervaringen zijn verwerkt, de voorkeur verdienen.

Terzijde zij opgemerkt dat nogal eens wordt gedacht dat de introductie of versterking van marktwerking tot gevolg heeft dat de wetgever terug kan treden en de regel-druk kan worden verminderd. De (wetgevings)praktijk laat echter zien dat marktwerking niet minder maar meer regels vergt. Eén bepaald type regels zijn de specifieke verplichtingen tot actieve openbaarmaking van bepaalde documenten.⁶⁷

De praktijk vindt ondertussen wel zijn weg. Voor het maken van keuzes, met name op een markt met vele aanbieders, is er behoefte aan onderlinge vergelijkingen. Op steeds meer terreinen, zowel binnen als buiten het publieke domein, vindt benchmarking plaats; in goed Nederlands: 'kijk en vergelijk'. Dat is een ontwikkeling waarvan het belang niet moet worden onderschat.

Ook bestuursorganen beginnen steeds meer te doen op dit vlak.⁶⁸ De bestuursorganen die het 'Handvest Publieke Verantwoording'⁶⁹ hebben ondertekend, verklaren, door middel van jaarverslag, internetsite en door overleg, inzicht te bieden in de organisatie, in de werkzaamheden en in de verdeling van verantwoordelijkheden, en ook in doelstellingen en beleid, aangegane verplichtingen, voornemens, handelen en presteren. De kwaliteitseisen van hun producten, diensten en dienstverlening zijn openbaar. Zij publiceren periodiek of in hoeverre zij aan deze eisen hebben voldaan.

Voor succesvolle werking van vraagsturing is vereist dat het aanbod voldoende doorzichtig is. Niet voor niets zijn in het kielzog van de nieuwe Zorgverzekeringswet ook allerlei websites gekomen die materiaal bieden op grond waarvan ziektekostenverzekeringen kunnen worden vergeleken. Iets anders is of die markt daardoor ook echt voldoende transparant is geworden. Bieden websites de juiste informatie? Is er geen sprake van overkill? Dat ligt eraan voor wie de informatie primair bestemd is. Ik kom daarop terug.

⁶⁶ Zie voor een pleidooi dit in de gezondheidszorg te regelen: J. Simons en J.K.M. Gevers, 'Overheidstoezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg', *NJB* 2007, p. 1616 e.v.

⁶⁷ Zie voor een voorbeeld op ander terrein, de aanpassing van de regels teneinde meer marktwerking te bevorderen: F.J. van Ommeren en J. Vermont, 'Uit-, aan- en inbesteden in het publiek- en privaatrecht? De uitbesteding van het recht om huishoudelijk afval in te zamelen', *Gst* 2007, nr. 7266, 7, p. 29 e.v.

⁶⁸ Waarover J.W.J. Besemer, 'Horizontaal verantwoorden', *NTB* 2007, p. 195 e.v.

⁶⁹ Zie <http://www.publiekverantwoorden.nl/index>

Actieve openbaarheid door toezichhouders

Deze ontwikkeling staat niet op zichzelf. Zoals gezegd, heeft de versterking van de marktwerking een grote toename van het aantal (zelfstandige) toezichhouders tot gevolg. Uit vrij recent onderzoek blijkt dat deze toezichhouders nog meer dan zij thans doen uit eigen beweging openheid van zaken kunnen geven, met name door hun bevindingen langs elektronische weg bekend te maken.⁷⁰ Zo is de Inspectie voor de Gezondheidszorg recent begonnen met het publiceren van prestatie-indicatoren. Dit zijn meetbare aspecten van de zorg die een indicatie geven over de kwaliteit, veiligheid, doelmatigheid en toegankelijkheid van de aangeboden zorg.⁷¹ In 2006 kwamen de "eerste harde gegevens over de kwaliteit" van de gezondheidszorg boven water.⁷²

Toezichhouders verschillen sterk in de mate waarin zij hun bevindingen algemeen openbaar maken. Hierbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen *algemene* informatie en *specifieke* informatie die betrekking heeft op een met naam en toenaam genoemd individu (bedrijf, instelling enz.). Algemene informatie met geaggregeerde gegevens is vrij ruim beschikbaar. Specifieke informatie veel minder.⁷³ Voorbeelden van toezichhouders die ook op individueel niveau actief gegevens bekendmaken zijn de NMa en de OPTA. Dat komt doordat deze toezichhouders zich meer uitdrukkelijk richten op incidenten.

Maar onder invloed van de versterking van de vraagsturing veranderen ook andere toezichhouders hun beleid: ook zij maken steeds meer specifieke informatie openbaar. Te noemen vallen op dit moment met name de Onderwijsinspectie, de Voedsel- en Warenautoriteit en de Inspectie voor de Gezondheidszorg. De Inspectie voor de Gezondheidszorg is begin 2007 begonnen met het op internet publiceren van de namen van instellingen die onder verscherpt toezicht zijn geplaatst. Het gaat hier om instellingen die zeer onder de maat presteren. Verscherpt toezicht gaat vaak aan (bestuursrechtelijke) handhavingsmaatregelen vooraf, zoals het opleggen van een bestuurlijke boete of het geven van een ministeriële aanwijzing. Met deze publicatie wil de inspectie het effect van 'naming and shaming' bereiken. Vermeld worden zowel de redenen van het instellen van verscherpt toezicht, de maatregelen die de inspectie neemt en de duur van het verscherpte toezicht. In de dagbladers wordt gesproken van "de zwarte lijst".

⁷⁰ Advies Overheid.nl, *Openbaarheid van toezicht, Inventarisatie van de openbaarheid van informatie van toezichhouders*, Den Haag 2006.

⁷¹ A.R. Mackor stelt in een voordracht, getiteld 'Zorgplichten, zelfregulering en prestatie-indicatoren' 2006 (<http://www.ceg.nl/data/download>), dat het gebruik van zorgplichtbepalingen en daaraan gekoppeld prestatie-indicatoren onder meer het democratisch gehalte van de besluitvorming over de gezondheidszorg kan ondermijnen. Het mag duidelijk zijn dat ik haar zorg niet deel.

⁷² Zo omschreef de minister van VWS deze gegevens in NRC Handelsblad d.d. 6 april 2006, betreffende het rapport met de gegevens over 2004. Het eerste rapport, met de meetresultaten over 2003, dat verscheen in 2005, betrof een soort nul-versie.

⁷³ Advies Overheid.nl, a.w.. Uit dit onderzoek blijkt dat ongeveer in de helft van de onderzochte gevallen gegevens op individueel niveau worden bekendgemaakt.

Juist in concurrentieverhoudingen kan het voor betrokkenen bijzonder nadelig zijn, wanneer hun slechte prestaties algemeen worden bekendgemaakt. De bekendmaking kan dermate belastend zijn dat zij als onevenredig nadeel moet worden bestempeld: openbaarmaking van gegevens kan soms neerkomen op een sanctie die zwaarder is dan de overtreding vergt, ervan uitgegaan dat er inderdaad van een overtreding sprake is. Ook hier dient steeds een afweging te worden gemaakt: tussen het belang van publieke openbaarheid en het belang van de betrokkene (men vergelijk het eerder besproken afwegingskader van de Wob, dat als denkkader heel goed ook buiten de reikwijdte van die wet kan worden gehanteerd). Bezien dient te worden wanneer de sanctie van 'naming and shaming' op haar plaats is.

Naming and shaming is een betrekkelijk nieuwe loot aan de stam van de bestuurlijke sancties. Er is bestuursrechtelijk gezien alleen sprake van een sanctie indien sprake is van een bestuurlijke reactie op een *overtreding*, dat wil zeggen op een gedraging die in strijd is met het bij of krachtens enig wettelijk voorschrift bepaalde.

Opmerkelijk genoeg is er zelfs als er sprake is van een reactie op een overtreding nog enige discussie over mogelijk of naming and shaming wel een sanctie is in bestuursrechtelijke zin. Dat komt doordat doorgaans ervan wordt uitgegaan dat een bestuurlijke sanctie bestaat uit een wegens een overtreding opgelegde verplichting (bijv. het betalen van een boete) of onthouden aanspraak (bijv. het intrekken van een vergunning). Men vergelijk art. 5.0.2 lid 1 wetsvoorstel vierde tranche Awb.⁷⁴ Het aan de schandpaal nagelen is echter geen van tweeën. Bij het wetsvoorstel vierde tranche is met deze nieuwe sanctie blijkbaar geen rekening gehouden. Met Michiels meen ik dat naming and shaming waarbij een concrete betrokkene met naam en toenaam wordt genoemd, desondanks wel als een bestuurlijke sanctie moet worden aangemerkt, althans voorzover deze bestuurlijke maatregel plaatsvindt als reactie op een overtreding.⁷⁵

Beperkt rationele informatieverwerking

Is al deze informatie voor de met keuzevrijheid belaste burger werkelijk nodig? Bij het neerleggen of overlaten van keuzevrijheid lopen we, zo bleek hiervoor, tegen de grenzen van het menselijke bevattingsvermogen aan. Het adagium 'hoe meer keuzevrijheid hoe beter' staat op gespannen voet met wat de burger aankan. De burger blijkt maar in beperkt opzicht een rationele beslissers. Dat geldt niet alleen voor het nemen van beslissingen, het maken van keuzes, maar ook voor het verwerken van informatie. Individuele burgers kunnen niet met al te veel informatie uit de voeten.

⁷⁴ Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 2.

⁷⁵ Zie over deze betrekkelijk nieuwe sanctie in het algemeen: F.C.M.A. Michiels, *Houdbaar handhavingsrecht*, (oratie UvT), Deventer 2006, p. 36 e.v. en D.R. Doorenbos, (oratie Radboud Universiteit 2006), (n.n.g.). Zie voorts F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming' in het markttoezicht, *NTB* 2007, p. 85 e.v. Zie voor de gezondheidszorg: Simons en Gevers, a.w., p. 1616 e.v.

Bij de invoering van de Zorgverzekeringswet moesten maar liefst zeven miljoen huishoudens een zorgverzekering kiezen. Maar weinigen bleken bereid veel tijd te steken in de bestudering van de offertes van de zorgverzekeraars.⁷⁶ Een zorgpolis is geen potje jam en er zijn veel meer dan zes smaken.

Er is een grens aan wat iemand kan verwerken, in het bijzonder in termen van tijd en inspanning: de administratieve lasten voor burgers en bedrijven neigen door de invoering van vraagsturing aanzienlijk toe te nemen.

Hieruit hoeft echter niet de conclusie te worden getrokken dat het daarom niet zinvol zou zijn aan te dringen op meer en omvangrijker actieve informatieverstrekking. Mij lijkt dat dan de tijdsgeest verkeerd zou worden verstaan. Een (beperkt) rationeel kiezende burger heeft maar tot op zekere hoogte direct behoefte aan informatie. Van belang is dat het niet steeds nodig is dat de burger daadwerkelijk van deze gegevens kennisneemt, al is dat uiteraard heel goed mogelijk. De genoemde prestatie-indicatoren van de Inspectie van de Gezondheidszorg bijvoorbeeld zijn voor buitenstaanders niet heel gemakkelijk te begrijpen. De gegevens zijn mijns inziens primair bedoeld voor de instellingen zelf. De gedachte is dat zij door onderlinge vergelijkingen (de 'benchmarks'), die openbaar zijn, gestimuleerd worden tot verbetering van hun prestaties. De burger profiteert daarvan, ook als hij niet zelf deze informatie tot zich neemt. Bovendien zijn professionele belangenbehartigers, zoals werkgevers, wel bereid en in staat om van dit soort informatie kennis te nemen en in hun afwegingen te betrekken. Voor de werkgever, die een collectief contract aanbiedt bijvoorbeeld, is de actief ter beschikking gestelde informatie uiterst relevant. Ook hier is de, al eerder genoemde, gedachte van de arbeidsdeling van belang: niet iedereen hoeft alles te doen. De mogelijkheid van kennisname door de burger fungeert vooral als stok achter de deur.

Ter illustratie: de financiële reserves van ziektekostenverzekeraars

Een aardig voorbeeld biedt de speurtocht naar de financiële reserves van ziektekostenverzekeraars. Individuele burgers plegen bij de keuze van hun ziektekostenverzekering vooral op de prijs te letten. Maar andere zaken zijn uiteraard ook relevant. Maatschappelijke organisaties, zoals een vakbond, graven dieper voordat zij hun leden een (collectieve) verzekering aanbieden. Ook in de parlementaire geschiedenis van de Zorgverzekeringswet is de nodige aandacht uitgegaan naar de solvabiliteit van de verzekeraar en is de vraag gesteld of de daaraan (op zichzelf terecht) gestelde hoge eisen niet in de weg staan aan de toelating van voldoende verzekeraars, wil de verzekerde een reële keuze kunnen maken.⁷⁷

In 2005, vlak voordat de nieuwe Zorgverzekeringswet in werking zou treden, werden in de Tweede Kamer vragen gesteld over de financiële reserves van de ziektekosten-

⁷⁶ De minister van VWS schatte de extra administratieve lasten voor de burger op 1 uur (NRC Handelsblad 20 november 2005). Het terugdringen van de administratieve lasten voor bedrijfsleven en burger was en is een van de aandachtspunten van de kabinetten Balkenende.

⁷⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 763, nr. 4, p. 13.

tenverzekeraars. De Nederlandsche Bank had in haar kwartaalbericht onthuld dat vier zorgverzekeraars eind 2003 niet aan de vermogensvoorschriften voldeden. De minister van Financiën weigerde desgevraagd de namen van de vier verzekeraars bekend te maken. De Nederlandsche Bank mag over individuele verzekeraars, banken en pensioenfondsen geen informatie geven.⁷⁸ Wel sprak de minister de geruststellende woorden dat de vier zorgverzekeraars inmiddels weer aan de eisen voldeden. De relevante vraag is uiteraard hoe de polishouders er achter kunnen komen dat hun verzekeraar mogelijk onvoldoende vermogen heeft. Ook die vraag werd in de Kamer gesteld. De minister antwoordde: "Polishouders kunnen, evenals anders geïnteresseerden, te allen tijde de publieke verslagstaten bij de betreffende ziektekostenverzekeraar opvragen. De publieke verslagstaten bestaan uit een jaarverslag met enkele aanvullende gegevens waaronder de solvabiliteitspositie van de betreffende verzekeraar."⁷⁹

Door een dagblad (NRC Handelsblad) werd enige onderzoeksjournalistiek verricht. Daarmee kwam men een heel eind: drie van de vier namen werden achterhaald.⁸⁰ Er blijken namelijk wel andere, meer omslachtige, wegen te zijn om deze namen te vinden, ook al mag DNB ze niet prijsgeven. Een ieder heeft een wettelijk inzage-recht in de verslagstaten van de (zorg)verzekeraars, maar niet van de banken en pensioenfondsen. De verzekeraar is verplicht de openbaar te maken stukken, de staten, op al zijn kantoren in Nederland voor een ieder ter inzage te leggen. Dat volgt uit *bijzondere* wetgeving.⁸¹ Ik wil dat benadrukken, aangezien ik hierboven voor actieve openbaarmaking heb gewezen op het belang van de bijzondere wettelijke openbaarmakingsbepalingen.

Dit voorbeeld laat zien hoe belangrijk openbaarheid van informatie is om tot een goede beoordeling te kunnen komen, maar ook dat voor de meeste individuele burgers het veel te veel gevraagd is deze informatie in hun afwegingen te betrekken, nog daargelaten de inspanningen die moeten worden gepleegd om de gewenste informatie te bemachtigen. Voorts is van belang dat veel relevante informatie geen overheidsinformatie is, maar zich elders bevindt (ook DNB, hoewel bestuursorgaan, valt voor de betreffende werkzaamheden niet onder de werking van de Wob). Verder illustreert dit voorbeeld het belang van Kamervragen en van een vrije pers die zorgvuldige gebruik maakt van onderzoeksjournalistiek. Dat alles levert een aanzienlijke bijdrage aan de openbaarheid van de nodige informatie. Ten slotte laat het voorbeeld goed zien dat er ook nogal wat belangen zijn die zich verzetten tegen openbaarmaking. Zo is in het bovengenoemde voorbeeld niet voor niets dat DNB en de minister weigeren de namen van de individuele verzekeraars te noemen. Juist in concurrentieverhoudingen kan het voor betrokkenen bijzonder nadelig zijn wanneer de ongunstige vermogenspositie of andere bedrijfsgeheimen algemeen worden bekendgemaakt.

⁷⁸ Vgl. tegenwoordig art. 1:89 Wet financieel toezicht (Wft); ingevolge art. 3:79 lid 6 Wft mag DNB de verslagstaten niet openbaar maken.

⁷⁹ Aanhangsel Handelingen II 2004/05, nr. 1371.

⁸⁰ NRC Handelsblad 17 december 2005.

⁸¹ Art. 72 lid 6 Wet toezicht verzekeringbedrijf 1993; overigens sinds 1 januari 2007 vervangen door art. 3:72 lid 9 Wet op het financieel toezicht.

Openbaarheid: slot

Het democratiebegrip van de Wob is tamelijk onbepaald. Het is een vrij vage notie. Tocht valt er wel iets uit af te leiden: namelijk dat het informatierecht van de Wob gericht is op het publieke belang – te weten het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering – en dat persoonlijke belangen van de verzoeker irrelevant zijn voor de beoordeling of een bepaald document openbaar moet worden gemaakt.

Het overlaten van keuzevrijheid aan de burger maakt actieve openbaarmaking van de benodigde informatie noodzakelijk. Dat de burger als individu slechts beperkt in staat is al die informatie te verwerken, behoeft geen reden te zijn om tegen meer actieve informatieverstrekking te zijn: veel van die informatie dient primair voor de betrokken instellingen zelf, teneinde onderlinge vergelijkingen te kunnen maken (benchmarking). Dat de burger de mogelijkheid heeft daarvan eveneens kennis te nemen, werkt vooral als stok achter de deur.

De bepalingen over actieve informatieverstrekking van de Wob komen hieraan niet tegemoet. Een verplichting tot actieve openbaarmaking vereist specifieke wetgeving, vooral wetgeving die betrekking heeft op bijzondere beleidsterreinen, die aangeeft welke informatie uit eigen beweging openbaar moet worden gemaakt. Teneinde dit te bewerkstelligen is een doordacht en stelselmatig wetgevingsbeleid nodig ten aanzien van de opname van (actieve) openbaarmakingsverplichtingen in bijzondere wetgeving, dat niet alleen betrekking heeft op overheidsinformatie maar ook op informatie van andere instellingen die een publieke of maatschappelijke taak vervullen.

5. Slotbeschouwing

Bestuursrechtelijke wetgeving wordt getypeerd door modes en trends. Dat is niet verwonderlijk. Wetgeving, zeker wetgeving in formele zin, is uiteindelijk het resultaat van een politieke afweging. In deze bijdrage is veel nadruk gelegd op de wetgeving die in het kielzog van de golf van marktwerking, privatisering en verzelfstandiging over ons heen is gekomen. Dat is een heel andere trend dan de golf van inspraak- en planningswetgeving die we eerder in Nederland hadden. De opkomst van dit type bestuurswetgeving is te beschouwen als een van de belangrijkste trends van de afgelopen decennia in de wetgevingswereld.⁸² De vraag die in deze bijdrage aan de orde kwam, is die naar de betekenis van de democratie-idee voor dit type wetgeving, het daarbij horende mensbeeld en de consequenties die daaraan zijn te verbinden voor de openbaarheid van bestuur.

In het vakgebied van het Staats- en bestuursrecht heeft men de neiging de idee van de democratie vooral formeel op te vatten als een regerings- en bestuursvorm. Dat gebeurt op zichzelf niet ten onrechte, maar ik ben in deze bijdrage van een iets meer in-

⁸² De betekenis van deze ontwikkeling voor het algemene bestuursrecht is nog onvoldoende doordacht. Zie voor een heel andere consequentie, namelijk voor de verlening van vergunningen, F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen. De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht*, (oratie VU), Deventer 2004.

houdelijk democratiebegrip uitgegaan, door de zelfbepaling door de burger tot uitgangspunt te nemen. Overigens ben ik zeker niet de enige in dit vakgebied die dat doet.⁸³

Kenmerkend voor wetgeving die vraagsturing beoogt te introduceren of te versterken, is dat zij een aanzienlijke mate van keuzevrijheid aan de burger toekent. Dit betekent dat beslissingen die tot voor kort door bestuursorganen werden genomen, nu voor een deel weer bij de burger wordt gelegd. Met andere woorden: de beslissingsbevoegdheid van het bestuursorgaan wordt ten dele weer bij de burger (terug)gelegd. In de moderne democratische rechtsstaat is dan ook steeds weer de hamvraag wie de keuzes maakt: overheid of burger?

Het idee achter dit soort wetgeving is dat mensen rationeel de beste leverancier kiezen. Het bieden van keuzevrijheid is dan ook verbonden met de geest van marktwerking en liberalisering, hoewel hieraan ook andere tradities van wetgeving met relatief veel keuzevrijheid voor de burger ten grondslag kunnen liggen. Niets voor niets wordt de markt wel *inherent* democratisch genoemd. Het gevaar van deze benadering is echter wellicht dat het de burger te veel reduceert tot consument.

Voor deze bijdrage heb ik voor mijn beschouwing over de keuzevrijheid van de burger gebruikgemaakt van inzichten uit andere wetenschappelijke disciplines, in het bijzonder de (sociale) psychologie. Dat heeft een reden. Deze inzichten *bevestigen* het alledaagse beeld dat er grenzen zijn aan wat de burger met betrekking tot zijn vrije keuzevrijheid aankan. Het is belangrijk dit te constateren, aangezien veel economische gezichtspunten, die hun neerslag krijgen in hedendaagse wetgeving, (nog) uitgaan van het principe 'hoe meer keuzevrijheid hoe beter'. Ten onrechte dus.

Keuzevrijheid impliceert ook in de mogelijkheid om te zwijgen, om weinig of niets te doen, of dat nu is uit loyaliteit, onverschilligheid, omdat het maken van een keuze teveel werk is, of om welke reden dan ook. Dit mensbeeld staat enigszins op gespannen voet met het burgerschapsconcept van het kabinet Balkenende II.

Wanneer in acht wordt genomen dat de hoeveelheid keuzevrijheid waarmee de burger om kan gaan, beperkt is, heeft dat gevolgen voor de reële mogelijkheden die de wetgever heeft om keuzevrijheid bij de burger neer te leggen en voor de balans die moet worden gevonden tussen de keuzeruimte van de overheid en die van de burger. Wetgever en bestuur stellen de randvoorwaarden en de grenzen. Er is dus sprake van een gebonden keuzevrijheid voor de burger. Dat is een heel verschil met een bestuur dat alles voorkookt.

Een belangrijke voorwaarde om goed gebruik te kunnen maken van deze keuzevrijheid is dat de markt voldoende doorzichtig is. De aandacht voor de keuzevrijheid van de burger is in deze bijdrage uitmondend in een pleidooi voor veel meer actieve openbaarmaking van (overheids)informatie. Het neerleggen van keuzevrijheid bij de burger vraagt mijns inziens om wetgeving waarin vooral ook een actieve openbaarmakingsplicht is opgenomen. Het is van belang een stelselmatig wetgevingsbeleid te ontwikkelen voor de verplichting tot actieve openbaarmaking. Dit beleid moet tot uit-

⁸³ Enzo Burkens c.s., a.w., p. 195.

drukking brengen waar en onder welke omstandigheden een verplichting tot actieve openbaarmaking moet gelden, hoe ver deze verplichting moet strekken en jegens wie zij moet gelden en wat de consequenties zijn van niet-naleving.

In een beschouwing over democratie en openbaarheid mag de Wob uiteraard niet onvermeld blijven. Het recht op openbaarmaking ingevolge de Wob dient uitsluitend het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering. Met name in de Wob is de verplichting tot openbaarmaking uit eigen beweging opmerkelijk genoeg betrekkelijk mager vormgegeven, wanneer we deze verplichting bezien naar de eisen van deze tijd. Benchmarking en verdergaande marktwerking vereisen doorzichtigheid. Nieuwe communicatievormen en -technieken hebben de weg daartoe eenvoudiger gemaakt. De overheid en het informatierecht kunnen niet achterblijven. De huidige Wob weerspiegelt echter nog het oude denken.

Dat de burger, de individu, niet steeds in staat is of bereid is om al die informatie op een adequate manier te verwerken, is geen reden om omvangrijke actieve informatieverschaffing zinloos te achten. Er gaat van benchmarking een enorme prikkel uit op de aanbieders. De mogelijkheid dat de burger zal switchen, werkt voor de aanbieders als een stok achter de deur.

Het is al met al noodzakelijk de keuzevrijheid van de burger op waarde te schatten en tegelijkertijd de samenleving van relevante informatie te voorzien, wil de burger zijn democratisch gegeven rol – die van zelfbepaling – waar kunnen maken. Dat is een publieke taak.