

1 Inleiding

1.1 Aanleiding

Het gebruik van elektronische communicatiemiddelen (ICT), zoals e-mail, sms-berichten, internetwebsites, msn en sociale netwerken als Hyves, Facebook en LinkedIn, heeft een vaste plaats ingenomen in het leven van veel mensen. Een toenemend deel van de dagelijkse communicatie verloopt op elektronische wijze. Afspraken worden gemaakt via e-mailberichten, agenda's worden online bijgehouden, informatie wordt gevonden op websites en (vrienden)netwerken worden gevormd en onderhouden op speciaal daarvoor bestemde websites. Het onderhouden van contacten met familie of vrienden die op wereldreis zijn of ergens ver weg wonen, is door de elektronische communicatiemiddelen een stuk eenvoudiger geworden. Wanneer een internetverbinding, om wat voor reden dan ook, niet functioneert, kan dit een hoop ongemak of zelfs stress opleveren. Veel gebruikers ervaren zo'n onderbreking als een belemmering in het uitvoeren van hun dagelijkse bezigheden. Elektronische communicatiemiddelen zijn daarom niet meer weg te denken uit het dagelijkse leven.

Ook de overheid maakt gebruik van elektronische communicatiemiddelen. Dit is een wenselijke ontwikkeling: nu het gemak van de elektronische communicatiemiddelen eenmaal ontdekt is, willen mensen ook op deze wijze met de overheid kunnen communiceren. Een overheidsorgaan zonder website, waar je alleen onder kantooruren, telefonisch of door het afleggen van een bezoek, informatie kunt verkrijgen, is niet meer van deze tijd. De overheid wil ook zelf gebruik maken van deze middelen. Zo beschikken overheidsorganen over websites, houden bestuurders weblogs bij of vriendennetwerken op Facebook of Hyves. Ook is het bijvoorbeeld mogelijk om elektronisch aangifte te doen of elektronisch een klachtenformulier in te vullen. In de Wet ruimtelijke ordening (Wro) is de verplichting opgenomen om bestemmingsplannen ook elektronisch bekend te maken en beschikbaar te houden.¹ De overheid wil elektronische communicatiemiddelen ook inzetten om beleidsdoelen te bereiken. Volgens de rijksbrede 'ICT-agenda' zou ICT cruciaal zijn om van Europa de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie ter wereld te maken, zoals afgesproken tijdens de Europese Raad in Lissabon in 2000.² Verder zou ICT kunnen bijdragen aan de aanpak van een aantal

1 De Wro gebruikt de term: verzenden langs elektronische weg. Deze verplichting, uitgewerkt in art. 1.2.3 van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro), is op 1 juli 2009 in werking getreden.

2 *Kamerstukken II* 2003/04, 26 643, nr. 47, p. 5.

hardnekkige problemen.³ Het toenmalige kabinet Balkenende II wilde dan ook de mogelijkheden van ICT beter benutten, en de ICT-basis op orde houden en versterken. Een van de middelen die het hiervoor wilde inzetten, was de modernisering van de overheidsdienstverlening door gebruik te maken van ICT. Het streven was destijds dat in 2007 65% van de publieke dienstverlening via internet plaats zou kunnen vinden, en dat de administratieve lasten van burgers en bedrijven met 25% verminderd zouden worden.⁴

Maar deze vooruitgang in het gebruiksgemak van elektronische communicatiemiddelen en de plannen met deze middelen van de overheid, roepen tegelijkertijd een aantal vragen op. Wat is de status van de ‘krabbels’ van de minister-president op Hyves? Onder welke voorwaarden kan een e-mailbericht naar de overheid verzonden worden? Waarom staat er onder veel e-mailberichten een disclaimer terwijl die niet staat onder papieren brieven? Welke informatie moet een overheidsorgaan op een website plaatsen, zijn daar regels voor en, zo nee, zouden die er moeten zijn? En moet de informatie die de overheid via internet beschikbaar stelt, ook via bepaalde zoektermen of via een bepaald stramien gevonden kunnen worden? En kun je vertrouwen op informatie die de overheid via een website beschikbaar maakt, of mag de overheid zich verschuilen achter een disclaimer op de website? Moet de informatie die door de overheid op een website is geplaatst, ook bewaard worden?

Als de overheid met gebruikmaking van elektronische middelen besluiten neemt, is er dan ook een recht op inzage in de wijze waarop de gebruikte software werkt? Moet een overheidsorgaan alle e-mailberichten (waaronder spam) die het ontvangt, bewaren? En hoe zit dat met reacties van mensen op weblogs van bestuurders? En als deze berichten bewaard moeten worden, op welke wijze moeten ze dan bewaard worden? Willen we ze over 20 jaar nog kunnen lezen, terwijl het aannemelijk is dat de soft- en hardware die dan gangbaar is, nu nog niet bestaat? En andersom: de software die nu gebruikt wordt, draait dan op geen enkele computer meer. En wordt het nu, door het gebruik van elektronische communicatiemiddelen, ook eenvoudiger om toegang tot overheidsinformatie te verkrijgen?

En ten slotte, op welke wijze is gewaarborgd dat de overheid zich houdt aan de normen die gelden voor het verstrekken van (elektronische) informatie?

In deze studie worden de juridische implicaties van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen in de communicatie tussen overheid en

3 Als voorbeelden worden genoemd veiligheid op straat, verkeersdrukte, slecht werkende ketens in de zorg, en tekorten aan leraren in het onderwijs. *Kamerstukken II* 2003/04, 26 643, nr. 47, p. 5.

4 *Kamerstukken II* 2003/04, 26 643, nr. 47, p. 17.

burger onderzocht. Maar wat wordt er precies met overheidscommunicatie bedoeld?

De commissie Wallage onderscheidt in haar rapport de volgende vormen van overheidscommunicatie.⁵ Ten eerste de uitingen die als *overheidsvoorlichting* kunnen worden gekwalificeerd; hieronder wordt verstaan mondelinge of schriftelijke informatie van de overheid aan de burger, die feitelijk, zakelijk van aard is. Ten tweede onderscheidt de commissie *communicatie als instrument*. Die is gericht op het beïnvloeden van de burger door communicatie, en betreft bijvoorbeeld voorlichtingscampagnes die als zodanig duidelijk herkenbaar zijn en die pogen de publieke opinie te beïnvloeden in een maatschappelijk gewenste richting. Ten derde noemt de commissie de *tweezijdige contacten tussen overheid en burger*. Deze contacten zijn divers van aard en afhankelijk van de fase van het beleidsproces. Ten vierde wordt genoemd de *woordvoering namens de politieke leiding* van een ministerie. Dit onderscheidt de commissie van de voorgaande vormen van overheidscommunicatie. Het gaat hier bijvoorbeeld om imagobescherming van een bewindspersoon, om ‘spindoctoring’, pogingen tot politieke regie.⁶

Vanuit een ander perspectief kan worden gekeken naar de behoefte van de burger om met de overheid te communiceren. Daarbij kunnen volgens Bovens, in zijn preadvies ‘Informatierechten, over burgerschap in de informatiemaatschappij’, verschillende rollen van de burger worden onderscheiden: de burger als onderdaan, als citoyen en als maatschappijlid.⁷

Als *onderdaan* heeft de burger rechtszekerheid nodig, zoals van oudsher gewaarborgd door het legaliteitsbeginsel. Dit houdt in dat materiële normen zijn te vinden in of te herleiden naar een wet in formele zin.⁸ De commissie Wallage onderscheidt ook de burger als onderdaan, die onderworpen wordt aan maatregelen die de overheid genomen heeft.

De burger als *citoyen*, die bijdraagt aan het openbaar bestuur door middel van bijvoorbeeld verkiezingen en inspraak, heeft behoefte aan openbaarheid van het proces van beleidsvorming en wetgeving. Openbaarheid

5 De commissie Wallage is bij besluit van 26 april 2000 ingesteld om de regering, met het oog op de huidige en toekomstige ontwikkelingen op het terrein van de beleidsontwikkeling, de informatie- en communicatietechnologie, het medialandschap en de journalistiek, te adviseren over a: de toekomstige doelen, functies, coördinatie en organisatie van de overheidscommunicatie, alsmede de daarvoor benodigde financiële middelen; b: de inzet van nieuwe middelen en instrumenten op het gebied van de media en informatie; en c: de consequenties van het advies, bedoeld onder a en b, voor de werkwijze van de ministeries.

6 Commissie Wallage, p. 31-32.

7 Bovens 1999, p. 106-110.

8 Bovens 1999, p. 107.

wordt immers erkend als een zeer belangrijke voorwaarde voor een effectieve democratische controle van het overheidsoptreden.⁹

De commissie Wallage onderscheidt hier de burger als *staatsburger*. Als staatsburger heeft de burger de hoedanigheid van kiezer en van coproducent van beleid. In de rol van kiezer ligt het belang van de burger bij het verkrijgen van informatie ten einde geïnformeerd een stem uit te kunnen brengen bij verkiezingen. De burger moet beleid en daden van de gekozen bestuurders kunnen controleren. De commissie Wallage noemt dit de meest traditionele invulling van het staatsburgerschap.

In de rol van *coproducent van beleid* ligt het belang van de burger bij het verkrijgen van informatie met het doel betrokken te kunnen worden bij het formuleren van beleid of bij het nemen van verantwoordelijkheid voor zijn leefomgeving. Dit komt overeen met de burger als *citoyen*, zoals Bovens die onderscheidt.

Voor de burger als maatschappijlid is toegang tot informatie noodzakelijk om mee te kunnen doen in de maatschappij. Wie geen toegang heeft, loopt het risico maatschappelijk uitgesloten te worden, achterop te raken op de arbeidsmarkt en belemmerd te worden in de persoonlijke ontwikkeling. Toegang tot informatie is daarom te beschouwen als een primair sociaal goed.¹⁰

De commissie Wallage onderscheidt ten slotte nog de burger als *klant*, die informatie moet verkrijgen over de diensten en producten die hij van de overheid afneemt.

In het verlengde van bovenstaande opmerkingen over overheidscommunicatie moet bij het elektronisch verstrekken van informatie de vraag gesteld worden naar de vindbaarheid van deze informatie. Informatie die elektronisch openbaar gemaakt is, kan onvindbaar zijn terwijl de informatie formeel gezien openbaar is:

Een voorbeeld: ik was in november 2006 op zoek naar de stukken die betrekking hebben op het verbod om in Winschoten circussen met wilde dieren te houden, naar het gewijzigde Apv-artikel en de daarbij behorende raadsstukken. Gelukkig heeft de gemeente Winschoten een website, dus dat zou makkelijk te vinden zijn, dacht ik. Maar na een tijdje zoeken bleek dat ik er niet uit kwam. Na contact gezocht te hebben met een mij bekende Winschoter ambtenaar, bleek dat ik op de volgende wijze de stukken kon vinden: klik op 'bestuur en organisatie', dan op 'raad', dan op 'agenda raad', dan op 'archief van de agenda's van de gemeenteraad' en dan op de vergadering van '27-09-06', daar staan dan bij agendapunt 7 de stukken. Later heb ik nog eens gekeken en toen bleek dat er een zoekmachine op de website staat, waar als ik 'wilde dieren' invoerde, ik vier resultaten kreeg, met als laatste een link naar de vergadering van de gemeenteraad van 27-09-06, waar het raadsvoorstel en bijbehorende stukken te vinden waren. Vervolgens heb ik de zoekmachine op de website gebruikt om te zoeken naar de

9 Bovens 1999, p. 109.

10 Bovens 1999, p. 109, die verwijst naar Van Hoven 1994, p. 363-371.

Algemene plaatselijke verordening. Zoeken op apv, Apv, APV en Algemene plaatselijke verordening leverde geen link op naar de Apv van de gemeente Winschoten. Deze kon ik vinden door te klikken op 'beleid en ontwikkelingen', dan op 'verordeningen', dan op de 'verordeningen voor gemeentelijke heffingen' en daar stond, tussen de Afvalstoffenverordening en de Algemene subsidieverordening in, de Algemene plaatselijke verordening. Zijn deze stukken nu toegankelijk? En zijn deze stukken, die actief via internet openbaar gemaakt zijn, ook als openbaar te beschouwen wanneer het zo gecompliceerd is om er toegang toe te krijgen?

Informatie kan dus in juridische zin openbaar gemaakt zijn, maar op een zodanige wijze dat de burger er redelijkerwijs geen kennis van kan nemen. Uiteraard zou het zonder internet nog lastiger geweest zijn om deze informatie te verkrijgen. Maar omdat deze studie gaat over elektronische communicatiemiddelen, wordt die variant buiten beschouwing gelaten. De achterliggende vraag is dus of *openbaar* gelijk is aan *vindbaar*. Daarbij speelt een rol dat vindbaar een contextafhankelijk begrip is. Het hangt bijvoorbeeld af van de middelen die iemand gebruikt of van de kennis van het domein waarbinnen iemand zoekt.

In deze studie wordt het begrip openbaar maken als juridisch begrip gehanteerd. Met openbaar maken wordt bedoeld: het (door de overheid) voldoen aan verplichtingen om informatie waarover de overheid beschikt, bekend te maken aan burgers. Dit omvat zowel de bekendmakingsverplichtingen die in verschillende wetten staan, als de actieve openbaarheidsverplichting, als het openbaar maken op verzoek. Dus het op een juridische grondslag openbaar maken van overheidsinformatie. Openbaar maken is in deze zin een juridisch begrip. Toegankelijk betekent dat de informatie ook vindbaar is.

Een aspect van toegankelijkheid is in hoeverre openbaar gemaakte informatie te doorzoeken is, dus vindbaar is:

In een artikel in het NRC Handelsblad werd verteld over een onderzoekster, die opeens in een database voor voortplantingsgeneeskunde van het US Agency for International Development (USAID) geen gegevens over abortus meer kon vinden. Na een klacht liet de databasebeheerder haar weten dat van het woord 'abortus' een stopwoord was gemaakt. Een stopwoord, zoals de woorden 'the' en 'is' wordt door de zoekmachine genegeerd. Dit was gedaan nadat de regering Bush USAID had verboden om organisaties die abortus uitvoeren, te steunen. Ook mocht niet meer naar abortus worden verwezen en erover geadviseerd worden.¹¹ In dit geval greep de decaan van de medische faculteit waaraan de database verbonden was, in omdat hij van oordeel was dat het de taak van de faculteit was om kennis te genereren en te verspreiden en niet om die tegen te houden.

11 NRC Handelsblad 19 april 2008, Abortus als stopwoord.

Deze casus illustreert dat de wijze waarop toegang kan worden verstrekt tot publieke databases, afhankelijk kan worden gemaakt van politieke opvattingen van het overheidsorgaan. Bij openbare databases (die gegevens bevatten), moet op een neutrale wijze toegang tot deze gegevens verstrekt worden. Moet dan een zoekmachine die een dergelijke database toegankelijk maakt, ook openstaan voor controle door het publiek?

Het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door de overheid verandert de wijze waarop gecommuniceerd wordt. Boodschappen kunnen op veel meer verschillende wijzen en tijdstippen dan voorheen tot uiting worden gebracht. Elektronische communicatie met de overheid is gedeeltelijk gereguleerd in afdeling 2.3 van de Awb. Deze regeling wordt besproken in hoofdstuk 3. Daar zal blijken dat er met betrekking tot de elektronische communicatie door de overheid al verschillende stappen zijn gezet.

Verder worden er in meer en meer wetten verplichtingen opgenomen om elektronisch te communiceren. Voorbeelden hiervan zijn de Wro, waarin de verplichting staat om bestemmingsplannen elektronisch bekend te maken en beschikbaar te houden, de wijziging van de Bekendmakingswet, waardoor bijvoorbeeld voor de bekendmaking van wetten de elektronische bekendmaking bepalend is in plaats van de schriftelijke (papieren), en de Dienstenwet, waarin de oprichting van een centraal, elektronisch loket geregeld is.

De elektronische communicatiemiddelen worden dus op verschillende manieren door de overheid gebruikt. Niet alleen om informatie te verstrekken en te verkrijgen, maar ook, zoals hierboven genoemd, om beleidsdoelen te bereiken. Op dit moment lijkt het gebruik van deze middelen slechts gereguleerd te zijn in afdeling 2.3 van de Awb en in een aantal bijzondere wetten. De vraag is of het gebruik van elektronische communicatiemiddelen meer gereguleerd zou moeten worden dan nu het geval is en, zo ja, waarom en op welke wijze.

1.2 Vraagstelling

Het bovenstaande leidt tot de volgende centrale vraagstelling:

Welke zijn de bestuursrechtelijke normen voor elektronische overheidscommunicatie, zijn ze in het licht van de gangbare beginselen van de democratische rechtsstaat nog adequaat en, zo nee, tot welke wijzigingen zou dit moeten leiden?

De bestuursrechtelijke normen die van toepassing zijn op overheidscommunicatie, staan in afdeling 2.3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en in verschillende bijzondere wetten. Deze komen in de

verschillende hierna volgende hoofdstukken aan de orde. Hierbij zijn drie onderdelen te onderscheiden: allereerst de normen die van toepassing zijn op de communicatie *met* de overheid. Ten tweede de normen die van toepassing zijn op communicatie *door* de overheid. Ten derde de normen die van toepassing zijn op het *opslaan van* de informatie. En ten slotte komt aan de orde op welke wijze bevorderd kan worden dat de overheid zich ook aan deze normen houdt.

Wat verstaan moet worden onder elektronische overheidscommunicatie, en wanneer er al dan niet sprake is van openbare communicatie, wordt in paragraaf 1.4 van deze inleiding besproken. Welke beginselen de gangbare beginselen van de democratische rechtsstaat zijn, wordt hierna in paragraaf 1.3 besproken.

1.3 Beoordelingsmaatstaf

Bij de beantwoording van de normatieve vraag in de probleemstelling speelt allereerst de vraag naar de maatstaf waarlangs de bestuursrechtelijke normen voor overheidscommunicatie gelegd worden. Een deel van deze normen is ontwikkeld in de context van de conventionele, papieren wijze van communiceren. Een ander (kleiner) deel van deze normen is ontwikkeld met het oog op elektronische communicatie.

Aan de normen voor overheidscommunicatie liggen bepaalde (rechtsstatelijke) waarden ten grondslag. In deze studie zal worden onderzocht of de waarden, die tot uitdrukking moeten komen in de verschillende bestuursrechtelijke normen die van toepassing zijn op (elektronische) overheidscommunicatie, ook daadwerkelijk bereikt worden.

Het bestuursrecht moet aan de bepalende waarden, de grondbeginselen, van de democratische rechtsstaat voldoen. In een rechtsstaat gaat het er om, een stelsel van waarborgen vast te stellen tegen overheidshandelen, en dan met name tegen de uitvoerende macht.¹² Hierdoor wordt de vrijheid van de burger gewaarborgd. Juist het bestuursrecht reguleert het gedrag van de uitvoerende macht en deze bepalende waarden moeten daarom in het bestuursrecht verankerd zijn.

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male vatten de belangrijkste elementen van het rechtsstaatideaal als volgt samen: als eerste bezit de uitvoerende macht alleen die bevoegdheden die haar uitdrukkelijk door de Grondwet of door een andere wet zijn toegekend en zij houdt zich aan die wettelijke regels, dit is de *wetmatigheid van bestuur*. Vervolgens moet de overheid de fundamentele mensenrechten respecteren, de *grondrechten*. Als derde mogen de overheidsbevoegdheden niet zijn geconcentreerd in één hand maar moeten zij

12 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 35.

worden verdeeld over verschillende organen die elkaar controleren en in evenwicht houden, *machtsevenwicht*. En ten slotte moet het handelen van de uitvoerende macht aan de onafhankelijke rechter kunnen worden voorgelegd om te beoordelen of het rechtmatig was, *rechterlijke controle*.

Burkens e.a. noemen ook als rechtsstatelijke eisen het *legaliteitsbeginsel*, de *machtsverdeling*, het waarborgen van *grondrechten* en *rechterlijke controle*.¹³ Daarbij merken zij op dat deze eisen nauw met elkaar samen hangen en elkaar deels overlappen.

Van Ommeren noemt deze vier eveneens als kernelementen van de rechtsstaat, waarover alom overeenstemming bestaat.¹⁴ Om als rechtsstaat te kunnen worden aangemerkt moet de staat de waarden van de rechtsstaat, te weten vrijheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, realiseren. Deze drie waarden worden gerealiseerd door middel van de vier beginselen die het instrumentarium vormen.¹⁵

Scheltema noemt ook vier beginselen, die volgens hem in het algemeen worden aanvaard als de fundamentele waarden van de democratische rechtsstaat.¹⁶ Dit zijn het *rechtszekerheidsbeginsel*, het *gelijkheidsbeginsel*, het *democratiebeginsel* en het beginsel van de *dienende overheid*. Bij deze beginselen horen eisen. Deze eisen vormen geen waarden op zichzelf, maar dienen om de beginselen tot hun recht te laten komen. Er bestaat een doelmiddelen verhouding tussen de beginselen en de daaruit voortvloeiende eisen.¹⁷ In de hiernavolgende opsomming worden de beginselen en de daarbij door Scheltema geformuleerde eisen weergegeven.¹⁸

Het *rechtszekerheidsbeginsel* houdt voorspelbaarheid van intermenselijke verhoudingen in. Ten aanzien van de overheid betekent dit dat de burger gevrijwaard moet worden van onberekenbaar en willekeurig handelen door de overheid. Als eisen die nodig zijn om het rechtszekerheidsbeginsel te kunnen effectueren, noemt Scheltema de legaliteits; overheidsop treden moet op een wettelijke grondslag berusten en de wet moet zodanige regels stellen, dat de burger weet wat hij van de overheid kan verwachten. Deze wet is van te voren kenbaar gemaakt en de fundamentele rechten van de burger worden in de wet omschreven en gewaarborgd. Ook houdt het rechtszekerheidsbeginsel volgens Scheltema in dat er onafhankelijke rechtspraak is.

13 Burkens e.a. 2006, p. 49.

14 Van Ommeren 2003, p. 12.

15 Van Ommeren 2003, p. 18-19.

16 Scheltema 1989, p. 15.

17 Scheltema 1989, p. 15.

18 Scheltema 1989, p. 15-21.

Het *gelijkheidsbeginsel* houdt in, dat in een rechtsstaat de overheid handelt zonder aanzien des persoons en dat de rechtsregels voor iedereen gelijk zijn. Hiervoor is nodig volgens Scheltema de eis dat het overheidsoptreden door algemeen geformuleerde regels wordt bepaald, en de eis van de scheiding van de machten.

Door het *democratiebeginsel* wordt een wijze van besluitvorming aangegeven, waardoor bepaald kan worden welke taken de overheid te vervullen heeft. Hierdoor kan een ieder gelijke mogelijkheden hebben om invloed uit te oefenen op het overheidshandelen. Hiervoor moet volgens Scheltema voldaan zijn aan de eis dat ieder via het kiesrecht invloed heeft op de samenstelling van vertegenwoordigende lichamen en daarin ook mag worden gekozen, dat regels voor overheidsoptreden door de vertegenwoordigende lichamen worden vastgesteld en de eis dat vertegenwoordigende lichamen het bestuursoptreden controleren, gepaard gaande met een verantwoordingsplicht van het bestuur.

Het beginsel van de *dienende overheid* tenslotte houdt in, dat het bij de werkzaamheden van de overheid nooit om een doel op zich gaat, maar om het zo goed mogelijk bevorderen van het belang van de leden van de samenleving. Daarop moeten alle overheidsactiviteiten zijn gericht. Handelingen die niet tot dat doel kunnen bijdragen, moeten achterwege worden gelaten. Wat de doelstelling van de overheid is, wordt - middels het democratiebeginsel door de vertegenwoordigende lichamen vastgesteld. Dit beginsel kent twee eisen: de eis dat fundamentele voorwaarden voor een menswaardig bestaan als grondrecht gewaarborgd worden en de eis dat de overheid haar werkzaamheden doelmatig en doeltreffend inricht. De overheid behoort op de meest efficiënte wijze op te treden.

In zijn VAR preadvies 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen' formuleert Franken een aantal beginselen, die hij aanduidt als beginselen van behoorlijk IT-gebruik.¹⁹ Volgens Franken zijn deze criteria concretisering van de eisen van democratie en rechtsstatelijkheid, die in onze samenleving gelden.²⁰ Het zijn volgens hem toepassingen van waarden of rechtsbeginselen als informatievrijheid, vrijheid van meningsuiting, contractsvrijheid, openbaarheid van bestuur, bescherming van de persoonlijke levenssfeer of het verbod van discriminatie. In die zin zijn deze beginselen te vergelijken met de hierbovengenoemde eisen van Scheltema.

De overheid moet volgens Franken op de naleving van deze beginselen kunnen worden aangesproken. Als de overheid gebruik maakt van elektronische

19 Franken 1993, p. 18 e.v.

20 Franken 1993, p. 22.

communicatie dan wel beslissystemen, dan moeten deze systemen gecontroleerd kunnen worden door de burger, en deze beginselen vormen de criteria voor deze controle.²¹ Deze criteria zullen niet altijd volledig van toepassing zijn op het gebruik van elektronische communicatiemiddelen. Per informatie- of beslissingssysteem zal dit totale pakket van eisen moeten worden bezien.

In de memorie van toelichting bij afdeling 2.3 van de Awb worden de beginselen van Franken genoemd als een uitwerking van de open normen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid die in de Awb staan.²²

De beginselen en de motivering daarvan, die Franken formuleerde zijn:

Beschikbaarheid, slechts de geïnformeerde burger kan een mondige burger zijn. Informatie moet beschikbaar en toegankelijk zijn, wat niet wil zeggen dat informatie altijd gratis moet zijn. Elektronische communicatie is pas mogelijk als de diverse componenten van een informatiesysteem (apparatuur, software, verbindingsmiddelen) gestandaardiseerd zijn. Daartoe moeten normen worden gedefinieerd met betrekking tot de functies van de systemen en de wijze van interactie met en tussen deze systemen.²³ Aan deze standaarden die gelden voor het elektronisch berichtenverkeer, zijn volgens Franken aspecten verbonden die te maken hebben met mededingingsrecht en met intellectuele eigendom.

Communicatie is pas mogelijk als de diverse componenten van een informatiesysteem gestandaardiseerd zijn. Wordt echter een bepaalde standaard bindend opgelegd, dan mag deelname aan de toepasselijke systemen niet zonder openbare motivering worden beperkt tot bepaalde personen of groepen.²⁴

De beschikbaarheid is een voorwaarde voor het bereiken van rechtszekerheid. Verder bevordert dit de gelijkheid tussen mensen en maakt het onderdeel uit van de dienende overheid; het zo goed mogelijk bevorderen van het belang van alle leden van de samenleving. Ten slotte bevordert de beschikbaarheid van informatie de democratie, immers zonder informatie geen publiek debat, en zonder publiek debat geen democratie.

Vertrouwelijkheid, privacy van natuurlijke personen en misschien ook van rechtspersonen, is een reden tot beperking van de toegankelijkheid van systemen of tot geheimhouding van gegevens. Dit vloeit voort uit het grondrecht waarin de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is vastgelegd, art. 8 EVRM en art. 10 Grondwet. Dit is verder uitgewerkt in de Wbp en in verschillende

21 Franken 1993, p. 22.

22 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 15.

23 Franken 1993, p. 19.

24 Franken 1993, p. 18-19.

bijzondere wetten. Een uitvloeisel van deze eis is de eis dat een informatiesysteem beveiligd wordt.²⁵

Deze eis maakt deel uit van de rechtszekerheid. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer is een van de klassieke grondrechten.

Integriteit, dit betreft de inhoudelijke kwaliteit van een informatiesysteem. Het moet juist functioneren, correct en volledig zijn. De juistheid en volledigheid van de gegevens die ‘uit’ het systeem komen of die daarin zijn opgeslagen, moeten bij voortdoring kunnen worden gegarandeerd.²⁶ Overigens kan een systeem waarborgen dat wat er in gestopt wordt, er ook precies zo weer uit komt. Een systeem kan echter niet garanderen dat degene die de gegevens invoert, deze ook juist invoert.

Integriteit van systemen zorgt voor rechtszekerheid.

Authenticiteit, dit betreft de formele bewijskracht van computeroutput. Hier gaat het erom of verzonden berichten werkelijk van de afzender afkomstig zijn.²⁷ Maar authenticiteit kan ook betekenen dat de bron van (opgeslagen) gegevens bekend en geverifieerd is.

Authenticiteit en integriteit hebben met elkaar te maken. Ook de authenticiteit bevordert de rechtszekerheid.

Flexibiliteit, toepassingen van ICT moeten flexibel zijn, zij moeten gemakkelijk aan nieuwe of oude gebruikseisen kunnen worden aangepast.²⁸

Flexibiliteit heeft weer te maken met de eis van beschikbaarheid, die hierboven genoemd is. Dit maakt deel uit van het rechtszekerheid vereiste en van het vereiste van een dienende overheid.

Transparantie, de werking van ICT toepassingen moeten zichtbaar en voor de gebruiker begrijpelijk kunnen zijn. Transparantie van een juridisch informatiesysteem maakt controle mogelijk op het systeem en daarmee op de functionarissen die het gebruiken.²⁹

Transparantie bevordert de rechtszekerheid, de gelijkheid, de eis van de dienende overheid en de democratie.

Alle hierboven genoemde waarden, beginselen, voorwaarden of eisen zijn in meerdere of mindere mate van toepassing op de normen die elektronische

25 Franken 1993, p. 19-20.

26 Franken 1993, p. 20.

27 Franken 1993, p. 20-21.

28 Franken 1993, p. 21.

29 Franken 1993, p. 21.

communicatie tussen burger en overheid reguleren. Uit het voorgaande blijkt ook, dat zij met elkaar samenhangen. In het licht hiervan kunnen dan ook een drietal ‘samenvattende’ voorwaarden gedestilleerd worden. Deze drie samenvattende voorwaarden vormen de toetsingsmaatstaf voor dit onderzoek. Wordt aan deze voorwaarden voldaan, dan voldoet het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door de overheid aan de beginselen van de democratische rechtsstaat waarover, gezien het bovenstaande, alom overeenstemming bestaat. Ook de regelgeving die het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door de overheid reguleert, moet aan deze voorwaarden voldoen.

Het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door de overheid moet dan ook aan de volgende voorwaarden voldoen:

Transparantie en toegang tot informatie: dit betreft zowel de transparantie die de werking van de elektronische communicatiemiddelen betreft, als de mogelijkheden die burgers moeten hebben om op gemakkelijke wijze over de informatie kunnen beschikken die nodig is om hun positie te kunnen bepalen. Dit gaat dan ook over interoperabiliteit en beschikbaarheid voor de burger, deze moet gemakkelijk met de voorhanden zijnde communicatiemiddelen kunnen communiceren met de overheid en de gebruikte programmatuur moet gemakkelijk uitwisselbaar zijn. Hieruit vloeit eveneens voort dat burgers toegang hebben tot de communicatiemiddelen. Deze transparantie maakt de elektronische communicatiemiddelen waar de overheid gebruik van maakt, en de wijze waarop deze worden gebruikt, controleerbaar voor zowel de burger, de rechter als de vertegenwoordigende lichamen.

Is dit gewaarborgd, dan bevordert dit het beginsel van de rechtszekerheid, de democratie en de dienende overheid.

Integriteit en authenticiteit van de gebruikte elektronische communicatiesystemen als van de informatie: dit omvat ten eerste de authenticiteit, de eis dat de burger er op kan vertrouwen dat informatie daadwerkelijk van het overheidsorgaan afkomstig is en vice versa. Ten tweede omvat deze eis de digitale duurzaamheid, de overheid draagt er zorg voor dat de elektronisch opgeslagen informatie zo lang als nodig, of zo lang als dat wettelijk verplicht is, op een duurzame wijze opgeslagen is.

Als dit gewaarborgd is, dan bevordert dit het beginsel van de rechtszekerheid en de dienende overheid.

Vertrouwelijkheid, de eis dat de burger er zeker van kan zijn dat het overheidsorgaan dat gebruik maakt van elektronische communicatiemiddelen, op een zorgvuldige wijze met persoonlijke en vertrouwelijke gegevens omgaat.

Dit heeft te maken met de bescherming van grondrechten. Daarbij bevordert dit het beginsel van de rechtszekerheid.

In dit onderzoek zullen de bestuursrechtelijke normen die van toepassing zijn op elektronische overheidsinformatie, beoordeeld worden aan de hand van deze drie criteria.

Het eerste criterium, transparantie en toegang, ontwikkelt zich de laatste jaren tot een grondrecht. Omdat dit nieuw is, wordt deze ontwikkeling beschreven in een apart hoofdstuk 2.

Het criterium integriteit en authenticiteit komt in de verschillende hoofdstukken terug. Een apart hoofdstuk is gewijd aan de vraag naar de normen voor duurzaam bewaren van elektronische informatie, hoofdstuk 5.

Het criterium van vertrouwelijkheid wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk 4, dat de normen voor openbare elektronische communicatie betreft.

1.4 Toelichting begrippen elektronische, openbare communicatie

De opsomming in paragraaf 1.1 van de verschillende vormen van overheidscommunicatie die de commissie Wallage onderscheidt, laat zien dat het begrip overheidscommunicatie een breed begrip is. Wanneer is nu sprake van *elektronische communicatie*?

1.4.1 Communicatie

Ten eerste het begrip *communicatie*. In het Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal wordt onder communicatie verstaan: kennisgeving, verbinding, (gelegenheid tot) uitwisseling van gedachten.³⁰ Grosheide & De Cock Buning noemen als traditionele en elementaire omschrijving: informatie-uitwisseling tussen mensen. Deze omschrijving preciseren zij vervolgens als: de uitwisseling van betekenissen tussen individuele mensen door middel van een gemeenschappelijk systeem van symbolen.³¹ Er is in ieder geval sprake van een *zender*, iemand die een boodschap wil overbrengen, en er is sprake van iemand die de boodschap ontvangt, de *ontvanger*.³²

30 Van Dale Groot woordenboek der Nederlandse taal, veertiende uitgave 2005.

31 Grosheide & De Cock Buning 2007, p. 18.

32 Schuijt 2006, p. 22 - 23.

Het begrip communicatie wordt in deze studie in brede zin toegepast: eronder valt zowel de communicatie *mét* als de informatieverstrekking *dóór* de overheid.

Communicatie *met* de overheid kan beginnen doordat iemand een verzoek doet aan de overheid en de overheid op dat verzoek reageert. Communicatie kan ook op eigen initiatief van de overheid beginnen en tot een onbekende groep personen gericht zijn, communicatie door de overheid. Als dit laatste aan de orde is, dan wordt in deze studie de term informatieverstrekking gebruikt. Informatieverstrekking *door* de overheid is dan ook een vorm van communicatie. Zowel het brede begrip communicatie als de beperktere vorm daarvan, de informatieverstrekking, komen aan de orde.

1.4.2 Openbare of niet-openbare communicatie?

Van openbare communicatie kan gesproken worden indien de zender de boodschap richt tot een in beginsel onbepaald publiek.³³ Van niet-openbare communicatie is sprake indien de zender de boodschap richt tot een of meer bepaalde personen. Om in Awb-termen te spreken: richt de boodschap zich tot één of meer belanghebbenden, dan is er sprake van niet-openbare communicatie. Richt de boodschap zich niet tot één of meer belanghebbenden, dan is sprake van openbare communicatie.³⁴

Bij elektronische communicatie is dit onderscheid tussen openbare en niet-openbare communicatie niet altijd eenvoudig te maken. Indien bijvoorbeeld via een intern netwerk van een bedrijf of instelling met 30.000 werknemers een bericht wordt verzonden, is hier dan sprake van openbare communicatie? In de jurisprudentie op dit punt, hoewel nog niet helemaal uitgekristalliseerd, ontstaat het beeld dat een website die zonder wachtwoord toegankelijk is, in elk geval openbaar is. Een website die met wachtwoord beveiligd is, is echter niet per definitie niet-openbaar.

Dit blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Amsterdam in een kort geding over de publicatie van foto's van kinderen van de koninklijke familie op de website van de vereniging voor pedofielen Martijn.³⁵ De rechtbank oordeelt hier over het al dan niet openbaar zijn van de website:

‘Voorshands is daarmee – de tegenstrijdigheid in de verklaringen van gedaagde in aanmerking nemend – voldoende aannemelijk dat op de website van gedaagde de in dit geding besproken foto's van kinderen van eisers in de openbaarheid zijn gebracht. Indien en voor zover zou blijken dat een deel van die foto's slechts toegankelijk is voor een beperkt aantal personen doet dit niet af aan die openbaarheid, reeds omdat niet is gesteld of gebleken

33 Grosheide & De Cock Buning 2007, p. 20.

34 Analoog aan de art. 3:41 en 3:42 Awb.

35 Rb. Amsterdam 1 november 2007, *LJN* BB6926 (Website Martijn).

dat die personen niet in staat zijn, nadat zij toegang tot die foto's hebben gekregen, die foto's verder te verspreiden. Bovendien is niet aangegeven hoe die groep is samengesteld, tot stand is gekomen en in samenstelling wordt beperkt.'

Van belang lijkt hier dan ook vooral te zijn het feit dat de informatie die op de (al dan niet besloten) website is geplaatst, zonder restricties verder verspreid zou kunnen worden. Verder is de groep personen die toegang krijgt tot het besloten gedeelte van de website, niet beperkt in samenstelling. Kennelijk vindt de rechtbank daarmee dat dit inhoudt dat een ieder toegang zou kunnen krijgen tot het besloten gedeelte en dat er daardoor sprake is van een openbaar toegankelijke website. Het karakter van de vereniging die de website exploiteert, speelt ook een rol in de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot schending van de persoonlijke levenssfeer en het portretrecht:

'Ten aanzien van de gestelde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de kinderen van eisers geldt het volgende. In zijn algemeenheid kan worden vastgesteld dat velen in onze samenleving pedofilie als seksuele gerichtheid afkeuren, openlijke uitingen daarvan ongewenst achten, en blootstelling van kinderen aan pedofiele gedragingen verwerpen. Dit neemt niet weg dat artikel 10 EVRM en artikel 7 Grondwet het publieke debat daarover beschermen, welke bescherming ook gedaagde toekomt. Tot die vrijheid van meningsuiting behoort niet alleen het uiten van de eigen mening, maar ook de vrijheid, binnen de beperkingen van de wet, de meningen van anderen te verspreiden. Zo goed als aan gedaagde die vorenbedoelde vrijheid van meningsuiting toekomt, hoeft anderzijds niemand te dulden dat in dat publieke debat de persoonlijke levenssfeer van hem of zijn kinderen wordt geschonden doordat hij, zonder dat hij zelf of het algemeen belang daar aanleiding toe geeft, betrokken wordt bij het debat over pedofilie. Reeds door het enkel tonen van een foto op een website als die van gedaagde, juist ook op een forumgedeelte daarvan, wordt het kind wiens foto op deze manier wordt verspreid, onder diegenen die dergelijke pagina's (plegen te) bezoeken in verband gebracht met pedofiele wensen en gedragingen. Dit is een ontoelaatbare inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van dat kind en van zijn ouders en in strijd met het portretrecht van dat kind.

(...)

Om die reden mag van gedaagde – anders dan wellicht van eigenaren of beheerders van websites die door hun aard niet op dergelijk misbruik en onbedoeld gebruik bedacht behoeven te zijn – worden verlangd dat zij bij het beheren van die website en van dat forum zodanige voorzieningen treft dat niet dankzij door haar geopende publicatiemogelijkheden personen, die de grenzen aan hun vrijheid van meningsuiting niet kennen, van die website gebruik kunnen maken om publicaties die inbreuken op de rechten van anderen opleveren te verspreiden.'

In een mondelinge (en dus ongepubliceerde) uitspraak van de politierechter in Assen uit augustus 2008 oordeelt de politierechter, dat de uitlatingen die een vrouw over haar ex-man heeft gedaan op haar besloten Hyves pagina, openlijk zijn gedaan. De politierechter oordeelde dat een besloten Hyves-pagina wel degelijk openbaar is, omdat de vrouw iedereen als 'vriend' kan toevoegen.³⁶

36 Omdat deze uitspraak niet gepubliceerd is, zijn de overwegingen van de politierechter niet na te gaan. Zie over deze uitspraak Arlman 2009.

Volgens Kaspersen heeft dit te maken met het bestanddeel ‘openlijk aangeslagen geschriften’ uit het tweede lid van art. 261 Strafrecht.³⁷ ‘Openlijk’ betekent volgens hem in een internetomgeving ‘toegankelijk voor derden’. Het begrip ‘openlijk’ kwalificeert volgens hem de handeling, terwijl het begrip ‘in het openbaar’ de plaats en de omstandigheid van het handelen aanduidt. Kaspersen stelt er sterk toe te neigen het eens te zijn met de politierechter, die kennelijk heeft willen oordelen dat het doen van een elektronische mededeling aan een redelijk onbepaalde groep personen, zich er niet tegen verzet om de smadende communicatie als openlijk aan te merken.

De rechtbank Amsterdam oordeelde in een strafzaak over de vraag of er sprake was van openbare belediging als bedoeld in art. 137c Wetboek van Strafrecht dat er, gelet op de aard van de internetsite, geen sprake was van opzet bij de verdachte om de uitlatingen in volledige openbaarheid te doen. De rechtbank vond het aannemelijk dat verdachte in ieder geval niet het opzet had de uitlatingen rechtstreeks te doen toekomen aan de groepen die hij tot onderwerp van die uitlatingen heeft gemaakt.³⁸

In hoger beroep verwerpt het Hof deze opvatting.³⁹ Het Hof oordeelt, onder verwijzing naar een eerder arrest, dat door gebruik te maken van internet welbewust wordt gekozen voor een medium met een groot potentieel publieksbereik.

‘Het Hof oordeelt dat daaraan niet afdoet dat internetgebruikers de Polincowebsite moesten aanklikken en aldus niet ‘ongevraagd’ met verdachtes uitlatingen in aanraking kwamen. Toegang tot de feitelijke inhoud van de website, in casu de gewraakte teksten, was vrij en werd niet met een wachtwoord beschermd. Bovendien blijkt uit zich in het dossier bevindende teksten dat de verdachte op de Polincowebsite meermalen heeft gewezen op de openbaarheid daarvan. Verdachtes opzet staat derhalve genoegzaam vast.’

In een eerder arrest oordeelde dit Hof dat door gebruik te maken van het internet verdachte welbewust heeft gekozen voor een medium met een groot potentieel publieksbereik en dat via zijn website ook daadwerkelijk een groot publiek kon worden bereikt.⁴⁰

‘Daaraan doet volgens het Hof niet af dat internetgebruikers de website van verdachte moesten aanklikken en aldus ‘niet ongevraagd’ zoals bij het medium radio of televisie, met verdachte’s opinies in aanraking kwamen. Niet gebleken is dat de website bijvoorbeeld met een wachtwoord was beschermd. Het is een feit van algemene bekendheid dat het gebruik van internet een enorme vlucht heeft genomen en het hof ziet geen reden voor wat het

37 Kaspersen 2008.

38 Rb. Amsterdam, 2 juni 2008, *LJN* BD2977 (Openbaarheid Polinco website).

39 Hof Amsterdam, 23 november 2009, *LJN* BK4139, *NJFS* 2010, 29 (Openbaarheid Polinco website).

40 Hof Amsterdam, 20 juni 2008, *LJN* BD7024 (Belediging en discriminatie op weblog).

publieksbereik betreft een onderscheid te maken tussen radio en televisie enerzijds en internet anderzijds.’

De rechtbank Almelo oordeelt in kort geding dat een vader die foto’s van zijn kind op een voor iedereen toegankelijk gedeelte van zijn Hyves-profiel plaatst, inbreuk maakt op de privacy van het kind. De foto’s die hij op het afgeschermd gedeelte plaatst, dat slechts voor bekenden toegankelijk is, leveren niet een dergelijke inbreuk op.⁴¹

‘De voorzieningenrechter is van oordeel dat de man door het plaatsen van foto’s op een niet afgeschermd gedeelte van het internet inbreuk maakt op de (ook door het Verdrag inzake de rechten van het kind beschermde) privacy van zijn zoon. Daarbij komt dat zijn ex-vrouw gelet op haar werkzaamheden belang heeft bij het beschermen van haar persoonlijke levenssfeer en die van haar zoon. Anders is het met het plaatsen van foto’s door de man op het slechts voor zijn ‘vrienden’ toegankelijke gedeelte van zijn Hyves-profiel. De vrouw heeft niet aannemelijk gemaakt en niet valt in te zien dat daarvan hinder, leed, schade, onheil of ander ongerief dan wel een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de vrouw en de zoon te verwachten valt. De omstandigheid dat partijen werkzaam zijn in een omgeving die vraagt om afscherming van hun privacy en van die van hun zoon, leidt niet tot een ander oordeel. Dat in dat verband bijzonder gevaar te duchten valt van foto’s van de zoon op het afgeschermd Hyves-profiel van de man is door de vrouw niet verder geconcretiseerd en ook overigens niet direct aannemelijk.’

Een ondubbelzinnig antwoord op de vraag wanneer sprake is van openbare elektronische communicatie en wanneer niet, is op grond van de hierboven genoemde jurisprudentie niet te geven. De bovengenoemde uitspraken vormen de recente jurisprudentie waarin door een rechter geoordeeld is over het al dan niet openbaar zijn van een internetwebsite. Zij zijn echter niet goed met elkaar te vergelijken, omdat de strafzaken verschillende overtredingen betreffen, waarbij het in het ene geval gaat om openbare belediging (art. 137c, art. 266 Sr), en in een ander geval om openlijk tentoon gestelde geschriften (art. 261 Sr). De invulling van de begrippen openbaar en openlijk lijkt dan ook binnen de context van de respectievelijke delictomschrijvingen verschillend te zijn.

De uitspraken in kort geding betreffen de vraag of het plaatsen van foto’s op een al dan niet algemeen toegankelijk gedeelte van een website onrechtmatig is doordat dit een inbreuk op iemands persoonlijke levenssfeer of portretrecht zou betekenen. De aard van degene die de website exploiteert en van de bezoekers die daardoor mogelijk worden aangetrokken, speelt ook een rol in de overwegingen.

In elk geval kan worden vastgesteld dat communicatie via een website die door een ieder bekeken kan worden, kan worden aangemerkt als openbare

41 V.zr. Rb. Almelo, 15 oktober 2009, *LJN BK0555*, *NJF* 2009, 489 (Foto’s zoon op Hyves).

communicatie. Hierbij maakt het niet uit of de website makkelijk te vinden is, of zich in een ‘verborgen’ hoekje van het internet bevindt.

Overigens leidt de bovenstaande conclusie niet tot de a contrario redenering dat het opwerpen van drempels voldoende is om als een besloten website aangemerkt te worden. Bestaat de drempel uit simpelweg registreren, dan is er sprake van een openbare website. Iedereen kan zich immers registreren. Wanneer het niet slechts om registratie gaat, maar moet iemand worden geaccepteerd, dan kan het om een besloten website gaan. Wordt iedereen die zich aanmeldt automatisch geaccepteerd, zoals bij een Hyvespagina van een bekende Nederlander of politicus, dan moet worden geconcludeerd dat sprake is van een openbare internetwebsite. En ten slotte kan worden opgemerkt dat informatie die op een besloten gedeelte van een website geplaatst staat en die eenvoudig te verspreiden is, aangemerkt kan worden als openbare informatie.

1.4.3 Elektronische communicatie

In de Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt het begrip verkeer langs elektronische weg gebruikt. Wat moet onder verkeer langs *elektronische weg* worden verstaan? In de memorie van toelichting wordt geen specifieke definitie van het begrip elektronisch gegeven, maar worden enkele voorbeelden genoemd. Genoemd worden het gebruik van e-mail, websites, intra- en internet en sms-berichten. Ook verzending van faxberichten wordt genoemd. Uit de voorbeelden van het sms-bericht en de fax blijkt dat gebruikmaking van telefonische apparatuur ook onder de elektronische communicatie valt. Hierdoor vallen telefoongesprekken ook onder de werking van afdeling 2.3. Gezien de in de memorie van toelichting gegeven voorbeelden werd door de regering kennelijk gedacht aan elektronische communicatie die schriftelijk plaatsvindt, maar dit volgt niet expliciet uit de wetsgeschiedenis en ook niet uit de plaatsing in, en het opschrift van, afdeling 2.3. In de memorie van toelichting staat uitgelegd dat onder *verzenden* langs elektronische weg bijvoorbeeld zowel te begrijpen valt het versturen van een e-mailbericht als het plaatsen van een stuk op een website.⁴² Verzenden betreft dus zowel communicatie die zich richt tot een persoon, als ook communicatie die een openbare kennisgeving inhoudt. Wel vereist is dat de verzending van het bericht op elektronische wijze plaatsvindt.

Wanneer vindt nu verzending van een bericht langs elektronische weg plaats? In art. 2, aanhef en onder d, van de EG-Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie wordt onder communicatie verstaan: ‘informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door *middel van een openbare elektronische-communicatiedienst*. Dit omvat niet de

42 *Kamerstukken II 2001/02, 28 438, nr. 3, p 37.*

communicatie die via een omroepdienst over een elektronisch-communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt.⁴³ Elektronische communicatie in de zin van deze richtlijn bestaat derhalve uit het uitwisselen dan wel overbrengen van informatie middels een openbare elektronische communicatiedienst.

In dit licht valt dan ook het rapport van de Nationale ombudsman te plaatsen, waarin deze oordeelt dat bij het doen van belastingaangifte per diskette geen sprake is van een elektronische verzending. De diskette wordt immers in een envelop gedaan en op de brievenbus gedaan.⁴⁴ Hoewel het bericht op een elektronische gegevensdrager staat, vindt de verzending ervan niet plaats door middel van een elektronisch communicatienetwerk en is er daarom volgens de Nationale ombudsman geen sprake van verkeer langs elektronische weg. Bij het per post verzenden van een magnetische tape met daarop gegevens zou volgens deze opvatting dan ook geen sprake zijn van verkeer langs elektronische weg.⁴⁵

Ik ga er dan ook vanuit dat sprake is van berichtenverkeer langs elektronische weg, wanneer het transport van het bericht door middel van een elektronische communicatiedienst plaats vindt.

In deze studie wordt derhalve van de volgende definitie van *elektronische communicatie* uitgegaan: *de verzending van berichten, waarbij het transport van de berichten door middel van elektronische middelen plaats vindt.*

1.5 Belang van het onderzoek

Het belang van dit onderzoek heeft te maken met het belang van overheidsinformatie en communicatie.

In een gezamenlijk advies van de Raad voor het openbaar bestuur en de Raad voor Cultuur wordt ingegaan op het belang van een ordentelijke informatiehuishouding. De Raden gaan in op een structureel gebrek aan aandacht bij de overheid voor de informatiehuishouding. In de situatie dat de informatie opgeslagen is op papier, is dat nog niet zo heel erg. Papier is immers geduldig. Maar, zoals de Raden het formuleren: digitale gegevens verdampen

43 Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie).

44 No 12-9-2007 2007/195 (per post verzenden van een diskette).

45 CBB 21 februari 2006, *LJN AV3461*, *JB* 2006, 102 m.nt. Overkleeft-Verburg (Per post verzenden van een magnetische tape); de annotator meent dat hier wel sprake is van verkeer langs elektronische weg.

waar men bij staat. Een digitale chaos geeft in de regel geen tweede kans.⁴⁶ Dit leidt tot de consequentie dat de overheid mogelijk niet ‘in control’ is als het gaat om de informatiehuishouding, en tot de mogelijkheid dat er gaten in het geheugen van de overheid komen te zitten. Het verband tussen informatievoorziening en governance moet volgens de Raden worden gelegd.⁴⁷ Een democratische rechtsstaat veronderstelt kwaliteitseisen als authenticiteit, betrouwbaarheid en (duurzame) toegankelijkheid van overheidsinformatie.⁴⁸ Uiteindelijk zal het gebrek aan aandacht voor een ordentelijke informatiehuishouding volgens de Raden dan ook leiden tot een onvermijdelijke aantasting van belangrijke rechtsstatelijke waarden zoals transparantie, zorgvuldigheid, toegankelijkheid, verantwoording en verantwoordelijkheid.

In een eerder advies van de Raad voor het openbaar bestuur komt de Raad tot de conclusie dat het structureren van de informatiebetrekkingen een centrale voorwaarde is voor blijvende politieke sturing op de toekomst van het publieke domein in de informatiesamenleving.⁴⁹ Deze structurering moet volgens de Raad plaats vinden aan de hand van drie met elkaar samenhangende waarden: vertrouwen, openbaarheid en doelmatigheid. Met inachtneming van deze trias kunnen de technologische ontwikkelingen van de informatiemaatschappij bijdragen aan het functioneren van de overheid.⁵⁰

In een bijdrage aan een bundel ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van het instituut Nationale ombudsman signaleert Prins dat in ons land de politiek en de toepassende instanties binnen de overheid vooralsnog nauwelijks een kritische houding aan lijken te nemen ten aanzien van mogelijke kwetsbare kanten van technologische toepassingen en de betrouwbaarheid van de daarmee gegenereerde informatie.⁵¹ Door de toenemende verdringing van conventionele communicatie door elektronische communicatie verandert de wederzijdse relatie tussen burger en overheid. De overheid krijgt steeds meer informatie over de burger.⁵² Hierdoor wordt de burger als het ware transparant voor de overheid, maar de overheid steeds minder voor de burger. Veel informatie voor de burger blijft verscholen in het ‘backoffice’, of in de ‘systemen’ van de overheid.⁵³ De Nationale ombudsman heeft als taak het toetsen van overheidshandelen op behoorlijkheid. Prins geeft aan dat deze taak verbreed zou moeten worden, de Nationale ombudsman zou ook het loket moeten worden voor klachten van burgers over systemen van de overheid. De ombudsman zou ook op eigen

46 Rob en RvC 2008, p. 7.

47 Rob en RvC 2008, p. 5.

48 Rob en RvC 2008, p. 8.

49 Rob 2003, p. 38.

50 Rob 2003, p. 34.

51 Prins 2007, p. 118.

52 Prins 2007, p. 122.

53 Prins 2007, p. 130.

initiatief moeten kunnen nagaan of de overheidssystemen functioneren conform behoorlijkheidscriteria.⁵⁴

Het belang van dit onderzoek naar de bestuursrechtelijke normen voor elektronische overheidscommunicatie is dan ook, dat kan worden bepaald of in de huidige normen de fundamentele waarden van de democratische rechtsstaat bij elektronische communicatie nog gewaarborgd zijn.

1.6 Opbouw van het boek

In hoofdstuk 2 worden de grondslagen van een recht op toegang tot overheidsinformatie onderzocht.

In hoofdstuk 3 wordt een uiteenzetting gegeven van de algemene normen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) die gelden voor elektronische communicatie tussen burger en bestuursorgaan, de communicatie met de overheid.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 onderzocht welke normen van toepassing zijn op de elektronische verstrekking van informatie, de communicatie door de overheid.

In hoofdstuk 5 komt het elektronische informatiebeheer aan de orde. Verstrekken van overheidsinformatie heeft direct te maken met de wijze waarop de informatie bewaard wordt. Informatie die niet op juiste wijze opgeslagen wordt en daardoor niet meer te vinden of af te lezen is, is immers ook niet meer te verstrekken. Welke normen zijn van toepassing op het opslaan van elektronische informatie?

Dan komt in hoofdstuk 6 aan de orde op welke wijze bevorderd kan worden dat de overheid zich aan deze normen houdt. Wat is bijvoorbeeld een informatiecommissaris, biedt deze figuur meerwaarde, en moet het instituut archivaris bijvoorbeeld herzien worden en integreren met een informatiecommissaris?

Tenslotte bevat hoofdstuk 7 een slotbeschouwing. Dan kan ook de vraag beantwoord worden of het gebruik van informatie- en communicatietechnologie moet leiden tot wijziging van de bestuursrechtelijke normen die van toepassing zijn op elektronische overheidscommunicatie en informatieverstrekking.

54 Prins 2007, p. 125.

