

## **2 Recht op toegang tot overheidsinformatie**

### **2.1 Inleiding**

In het inleidende hoofdstuk werd toegang tot overheidsinformatie, of transparantie, genoemd als een van de voorwaarden waaraan de elektronische communicatie tussen burger en overheid moet voldoen. Zo wordt voldaan aan de beginselen voor de democratische rechtsstaat. In dit hoofdstuk zal allereerst de vraag beantwoord worden of en waarom er een recht op informatie, op toegang tot overheidsinformatie zou moeten zijn. Zo kan bepaald worden hoe zwaar dit recht moet wegen en of de bestaande Nederlandse regels hier voldoende op toegesneden zijn.

### **2.2 Recht op toegang**

Om te onderzoeken in hoeverre een recht bestaat op openbaarheid van en toegang tot overheidsinformatie, wordt een aantal standpunten weergegeven, wordt de (inter)nationale regelgeving besproken en wordt een conclusie getrokken over de noodzaak om dit recht grondwettelijk vast te leggen.

Nederland kent geen recht op toegang tot overheidsinformatie. Art. 110 Grondwet bepaalt weliswaar dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid betracht volgens regels bij de wet te stellen, maar dit artikel geeft de burger geen aanspraak op informatie. Het artikel legt een inspanningsverplichting op aan de overheid, maar geeft burgers geen afdwingbaar recht. Openbaarheid is in Nederland dan ook niet te beschouwen als een grondrecht waar een burger zich op kan beroepen. Op 29 oktober 2004 gaf de toenmalige Minister van Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties een persbericht uit, met als kop 'Kabinet komt met nieuwe wetsvoorstellen Grondrechten in het digitale tijdperk'. Het persbericht besloot met de woorden dat er in 2001 een voorstel voor een nieuw grondrecht op toegang tot bij de overheid berustende informatie voor advies aan de Raad van State was voorgelegd, en dat besluitvorming hierover zal plaatsvinden nadat een kabinetsstandpunt over de evaluatie van de Wet openbaarheid van bestuur is uitgebracht. Die evaluatie van de Wob is in januari 2004 gepresenteerd door onderzoekers van de Universiteit van Tilburg. Een kabinetsstandpunt naar aanleiding van deze evaluatie is er echter niet gekomen. Het lijkt er echter op dat een dergelijk grondrecht via de jurisprudentie van het EHRM wel tot stand komt. Deze ontwikkeling wordt hieronder besproken.

### 2.2.1 Verschillende standpunten

In deze paragraaf worden standpunten van verschillende auteurs besproken over de vraag in hoeverre het nodig is om een recht op toegang tot overheidsinformatie vast te stellen. Doel van de bespreking is om zicht te krijgen op de argumenten die in deze discussie worden aangevoerd. De publicaties worden in chronologische volgorde besproken.

Bovens gaat in een preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor de Wijsbegeerte van het recht in op de vraag of het wenselijk is om een grondrecht op informatie te formuleren.<sup>55</sup> Allereerst onderscheidt hij drie klassieke elementen van het burgerschapsideaal die terug zijn te voeren tot de historische lagen van de rechtsstaat. Deze zijn de burger als onderdaan, als *citoyen* en als lid van de maatschappij.

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. De invulling van normen vindt niet altijd plaats in een wet in formele zin. In de informatiemaatschappij is daarom de eis van kenbaarheid belangrijker dan de eis van de wettelijke grondslag. Cruciaal voor de rechtszekerheid is volgens Bovens dat de materiële normen niet meer in een wet staan opgenomen, maar dat burgers tegenover de overheid een recht krijgen op (elektronische) informatie over hun juridische positie. Burgers zouden op eenvoudige en snelle wijze inzicht moeten kunnen krijgen in voor hen relevante regelgeving, beleidsregels, jurisprudentie, standaardregelingen en andere vormen van zelfregulering.<sup>56</sup>

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 wordt immers erkend als een zeer belangrijke voorwaarde voor een effectieve democratische controle van het overheidsoptreden. Door elektronische informatieverstrekking vallen er hier voor de burger enkele fysieke en financiële drempels weg. Informatisering biedt dan ook een kans om het debat tussen goed geïnformeerde burgers dichterbij te brengen. Dit betekent wel dat de openbaarheid zich ook zou moeten uitstrekken tot dataverzamelingen, modellen en achtergrondstudies, ook als ze niet gebruikt zijn.<sup>57</sup>

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.

---

55 Bovens 1999.

56 Bovens 1999, p. 107.

57 Bovens 1999, p. 109.

Toegang tot informatie is daarom te beschouwen als een primair sociaal goed.<sup>58</sup> De overheid dient daarom als producent van informatie deze niet alleen voor een ieder beschikbaar te stellen, maar ook een universele toegang tot algemene informatiekkanalen te garanderen. Op grond hiervan concludeert Bovens dat toegang tot informatie niet alleen maar een kwestie van overheidshygiëne is, zoals de Wob dat nu is. Openbaarheid ziet ook op het maatschappelijk functioneren van burgers, en zou daarom thuis horen in het eerste hoofdstuk van de Grondwet.

Verder onderscheidt Bovens drie groepen informatierechten: de *primaire*, die de burgers directe aanspraak geven op rechtstreekse toegang tot feitelijke (overheids)informatie, de *secundaire*, die burgers aanspraak geven op ondersteuning door de overheid bij het verkrijgen van toegang tot cruciale informatiekkanalen en de *tertiaire*, die burgers ondersteuning bieden bij het verkrijgen van informatie in hun horizontale verkeer met andere burgers en private rechtspersonen.<sup>59</sup>

Aan toegang onderscheidt Bovens ook drie aspecten: een *fysieke* kant, de informatie moet bekeken en gelezen kunnen worden, een *financiële* kant, de kosten van het raadplegen van informatie moeten geen drempel opwerpen en een *intellectuele* kant, de verstrekte informatie moet overzichtelijk en begrijpelijk zijn. Voor dit laatste aspect noemt Bovens als oplossing de inzet van expertsystemen, verwijzingen en zoekmachines die aansluiten bij de informatiebehoefte van de burger.

Bovens' conclusie is dat het primaire en secundaire informatierecht grondwettelijk verankerd zou moeten worden. De ontwikkeling van deze rechten zou ertoe bijdragen dat de informatiemaatschappij geen maatschappij wordt waarin de toegang tot informatie het privilege is van een bepaalde sociale klasse.<sup>60</sup>

De commissie Franken bespreekt in haar rapport artikelen uit de Grondwet die een relatie hebben met een eventueel grondrecht op overheidsinformatie. Het betreft allereerst art. 7, waarin de vrijheid van meningsuiting is opgenomen, en art. 22, derde lid, waarin staat dat de overheid voorwaarden moet scheppen voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrijetijdsbesteding van burgers. Het bevorderen dat burgers over relevante overheidsinformatie beschikken, moet volgens de commissie eveneens tot de zorg voor het maatschappelijk welzijn van de burgers worden gerekend.<sup>61</sup> Verder noemt de commissie art. 66, dat de openbaarheid van vergaderingen van de Staten-

---

58 Bovens 1999, p. 109, waarbij Bovens verwijst naar Van Hoven 1994, p. 363-371.

59 Bovens 1999, p. 111.

60 Bovens 1999, p. 122.

61 Commissie Franken, p. 180.

Generaal regelt, art. 68 over de inlichtingenplicht van ministers en staatssecretarissen aan de Kamers, art. 80 over de openbaarheid van adviezen van adviescolleges, art. 88, art. 89, derde lid, en art. 95, waarin de bekendmaking van wetten, algemene maatregelen van bestuur en verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties is geregeld. Art. 110 wordt behandeld, waarin staat dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid betracht volgens regels bij de wet te stellen. En ten slotte art. 121, dat bepaalt dat terechtzittingen en rechterlijke uitspraken in het openbaar plaatsvinden.

De commissie concludeert dan vervolgens ten aanzien van het belang van een grondrecht met betrekking tot overheidsinformatie dat de zich in snel tempo ontwikkelende informatiesamenleving veranderingen met zich mee brengt die het functioneren van de democratische rechtsstaat beïnvloeden. Toegang tot overheidsinformatie in brede zin neemt barrières weg voor meer directe vormen van controle door individuele burgers. Ook zou toepassing van elektronische informatievoorziening mogelijkheden bieden om op effectievere wijze invulling te geven aan het legaliteitsbeginsel en aan eisen als kenbaarheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

De conclusie van de commissie is, in navolging van Bovens,<sup>62</sup> dat in een veranderende samenleving waar informatie en de mogelijkheid om toegang tot die informatie te verkrijgen van overwegend belang is geworden om als burger adequaat te kunnen functioneren, de overheid de voorwaarden voor de effectuering van volwaardig burgerschap dient te blijven waarborgen. Er wordt nog onderscheid gemaakt tussen ‘de jure’ toegang hebben en ‘de facto’ toegang hebben. Dit laatste vereist dat de informatie ook voldoende toegankelijk wordt gemaakt. Toegang tot overheidsinformatie is naar het oordeel van de commissie in ieder geval van cruciaal belang geworden voor de politieke, juridische en sociale positie van burgers. De commissie pleit dan ook voor de invoering van een subjectief recht voor de burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie.

Op het rechtsvergelijkende onderzoek dat mede ten grondslag heeft gelegen aan de conclusies van de commissie Franken, is in 2007 een vervolg verschenen.<sup>63</sup> Dit onderzoek betrof de vraag of en, zo ja, welke ontwikkelingen in de digitale grondrechten in een aantal landen hebben plaatsgevonden sinds 2000 en welke gevolgen dit zou moeten hebben voor de Nederlandse wetgever. Het onderzoeksrapport is bij brief van 15 maart 2007 door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer aangeboden.<sup>64</sup> De hierboven genoemde conclusie van de commissie Franken

---

62 Commissie Franken, p. 188.

63 Koops, Leenes & De Hert 2007.

64 *Kamerstukken II 2006/07*, 27 460, nr. 5.

over een grondrecht met betrekking tot toegang tot overheidsinformatie, verandert door dit onderzoeksrapport niet.

Van Bijsterveld beschrijft in haar boek *The Empty Throne*<sup>65</sup> de opkomst van het begrip transparantie. Dit modewoord wordt volgens haar zeer veel gebruikt in zowel nationale als internationale fora, zowel op regionaal als op wereldwijd niveau. Ook in het lokale bestuur wint het terrein.<sup>66</sup> Van Bijsterveld is van oordeel dat transparantie de nieuwe tegenhanger/equivalent (counterpart) wordt van het legaliteitsbeginsel. Door een aantal door Van Bijsterveld geschetste ontwikkelingen voldoet het legaliteitsbeginsel, een van de kernbegrippen van de rechtsstaat, steeds minder aan de functies die het beginsel beoogt te vervullen.

Het legaliteitsbeginsel vormt een van de meest fundamentele beschermingen voor burgers tegen de uitoefening en misbruik van macht en is daarom een van de meest basale pijlers van de rechtsstaat. Het legaliteitsbeginsel houdt in dat in elk geval ingrijpen in de vrijheden en eigendommen van burgers alleen is toegestaan op grond van een algemeen geformuleerde regel, die voor een ieder gelijk van toepassing is en die (mede) is vastgesteld door een volksvertegenwoordiging. Dit laatste verbindt het legaliteitsbeginsel met democratie. Immers, alleen wanneer de volksvertegenwoordiging ermee instemt, kan de overheid ingrijpen in de vrijheden en eigendommen van de burger. Door het legaliteitsbeginsel worden continuïteit en stabiliteit gewaarborgd, wordt willekeur tegengegaan en worden rechtszekerheid en gelijkheid gewaarborgd. Door een uitbreiding van de taken en werkzaamheden van de overheid na de Tweede Wereldoorlog neemt de betekenis van wetgeving echter af. Dit uit zich door meer delegatie van wetgevingsbevoegdheden of door het opnemen van vage termen in wetgeving waardoor discretionaire bevoegdheden worden gecreëerd. Deze discretionaire bevoegdheden kunnen vervolgens weer worden ingevuld met beleidsregels. Daarbij vinden meer en meer overheidsinterventies plaats door positief overheidsoptreden, zoals subsidies. Een groot aantal overheidstaken wordt inmiddels ook uitgevoerd door private (rechts)personen of zelfstandige bestuursorganen.

Ook op internationaal gebied, binnen de EG maar ook op grond van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), neemt het belang van het geschreven recht (de verdragen) af. Binnen de EG door een grote discretionaire bevoegdheid om al dan niet te handelen en door de erkenning door het Hof van Justitie van het bestaan van *implied powers*. Het Hof erkent dat instellingen bevoegdheden mogen uitoefenen die zij niet hebben, ter ondersteuning van wel expliciet in het verdrag toegekende bevoegdheden. Het Europese Hof voor de Rechten van de

---

65 Van Bijsterveld 2002.

66 Van Bijsterveld 2002, p. 41 e.v.

Mens (EHRM) interpreteert de uitzonderingsgrond 'set by law' zo dat dit niet alleen geschreven regelgeving betekent.<sup>67</sup>

Ten slotte is er de ontwikkeling die Van Bijsterveld de diversifying state noemt. Deze ontwikkeling betreft het fenomeen waarbij algemeen verbindende regels niet meer via het traditionele wetgevingsproces opgesteld worden, maar waarbij de regels in de maatschappij gevormd worden. Te denken valt hierbij aan het algemeen verbindend verklaren van cao's, aan gedragscodes en aan andere mechanismes tot zelfregulering, zoals soms gecombineerd met systemen van certificatie en accreditatie.

Van Bijsterveld concludeert op grond van het voorgaande dat geschreven regelgeving (en dan met name wetgeving in formele zin en verdragen) aan belang inboet, zowel op nationaal als op internationaal gebied. Hierdoor kan het legaliteitsbeginsel niet meer de waarborgen bieden die het zou moeten bieden. Het transparantiebeginsel zou het door deze ontwikkelingen ontstane 'gat' kunnen opvullen en zou in haar visie een overkoepelend, leidend beginsel moeten zijn. Het legaliteitsbeginsel kan dan als een specialis van het transparantiebeginsel worden gezien. Transparantie is immers al verbonden aan een aantal belangrijke juridische waarden: volgens Van Bijsterveld waarborgt transparantie publieke herkenbaarheid en rechtszekerheid. Verder zorgt transparantie voor rechtsgelijkheid, hoewel niet in de mate waarin het legaliteitsbeginsel dit waarborgt. Ook is het een voorwaarde voor het afleggen van verantwoordelijkheid. Door de hierboven genoemde afname van het belang van het geschreven recht kan het legaliteitsbeginsel niet meer volledig de legitimiteit van overheidshandelen waarborgen. Transparantie kan dit wel door de drie door Van Bijsterveld genoemde karakteristieken van dit beginsel. De eerste is dat transparantie, in tegenstelling tot het legaliteitsbeginsel, de nadruk legt op inhoud in plaats van op vorm. Vervolgens ligt bij transparantie de nadruk niet op een bepaald moment, zoals het bekendmaken van een wet, maar op een voortdurend proces. En ten derde is transparantie niet per definitie gekoppeld aan handelingen van overheidsorganen. Het kan gekoppeld worden aan de activiteit in plaats van aan de bron van de activiteit. Nadeel van transparantie is dat het, in tegenstelling tot het legaliteitsbeginsel, geen normenhiërarchie biedt. Het beginsel van transparantie kan het legaliteitsbeginsel dan ook niet vervangen.

Van Bijstervelds conclusie is dat het beginsel van transparantie aanvullend moet werken op het legaliteitsbeginsel.

---

67 Bijvoorbeeld in het Sunday Times arrest, EHRM 24 april 1979. Het woord 'law' kan ook 'unwritten law' inhouden, mits het recht voldoende toegankelijk en voldoende precies is, zodat de burger de juridische consequenties van zijn gedragingen, tot op zekere hoogte en eventueel na inwinnen van juridisch advies, kan voorzien.

In zijn proefschrift stelt Daalder dat er een duidelijk verband bestaat tussen de democratische rechtsstaat en een vorm van toegang tot overheidsinformatie. Uit de beginselen van democratie en de democratische rechtsstaat vloeit de noodzaak van openbaarheid en toegankelijkheid van overheidsinformatie voort. Naar zijn oordeel geeft het in de Grondwet opnemen van een dergelijk recht echter nog geen garantie dat dit recht in de praktijk voldoende kan worden geëffectueerd, gelet op de belangen die zich tegen openbaarheid verzetten. De van toepassing zijnde bepalingen uit internationale verdragen, art. 10 EVRM en art. 19 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR), voorzien niet in een dergelijk recht. Naar zijn opvatting biedt het opnemen van een dergelijk recht in de Grondwet dan ook niet meer waarborgen dan opneming in een wet in formele zin die voldoende waarborgen biedt dat dit recht ook in de praktijk zal worden geëffectueerd.<sup>68</sup>

Volgens Schuijt bestaat er een garingsrecht, op grond waarvan burgers het recht hebben om informatie te garen. Volgens Schuijt zijn de vrijheid van meningsuiting en het kunnen garen van informatie twee zijden van dezelfde medaille, die hij een recht op informatie- of communicatievrijheid noemt. De ene kant van de medaille is de vrijheid van meningsuiting. De betekenis van de vrijheid van meningsuiting moet volgens hem gevonden worden in enerzijds de vrije ontplooiing van de menselijke persoon en anderzijds het belang van het publieke debat in een democratische samenleving. Het begrip meningsuiting is zijns inziens te beperkt. Het gaat hier namelijk ook om het kunnen uiten van informatie in het algemeen. Het zou daarom beter zijn, om te spreken van uitingsvrijheid. De andere kant van de medaille is, dat wil de vrijheid om zich te uiten betekenis hebben, zij dan ook zou moeten omvatten de vrijheid van anderen om die informatie te ontvangen. Niet alleen omdat degene die van zijn uitingsvrijheid gebruik maakt, anders ‘een roepende in de woestijn’ zou zijn, maar ook omdat aan het uiten een proces van informatie inwinnen voorafgaat. Als voorbeeld van een verbod om informatie te ontvangen geeft hij het verbod van de Duitse bezetter in de Tweede Wereldoorlog om een radio in huis te hebben. Zonder radio kon men niet luisteren naar de BBC en radio Oranje, en was men aangewezen op de gecensureerde draadomroepuitzendingen vanuit Hilversum. Een actueel voorbeeld is het blokkeren (of het laten blokkeren door Google) van websites door de Chinese overheid. Het ontvangen van informatie bevat volgens Schuijt actieve en passieve aspecten.<sup>69</sup> Het passieve aspect is dan bijvoorbeeld het lezen van de krant of het surfen op internet. Het actieve aspect betreft de nieuwsgaring. Informatiegaring zou een betere term zijn, maar Schuijt

---

68 Daalder 2005, p. 23-24.

69 Schuijt 2006, p. 22.

is van oordeel dat nieuwsgaring meer is ingeburgerd en bovendien meer duidt op actuele informatie.

Schuijt geeft aan dat, wil de vrijheid om informatie te ontvangen en te garen, betekenis hebben, dit de trekken van een sociaal grondrecht zou moeten vertonen, dus met een zorgplicht voor de overheid. Dit impliceert dat de burgers ook daadwerkelijk de mogelijkheid moeten hebben de geboden informatie te ontvangen en te garen. De overheid zou in deze visie moeten zorgen voor een goede, ongestoorde kabel- en etherontvangst van de uitgezonden omroepprogramma's, voor openbare bibliotheekvoorzieningen en voor het beschikbaar stellen van overheidsinformatie.<sup>70</sup>

### **2.2.2 Internationaal recht**

In deze paragraaf wordt de (inter)nationale regelgeving en jurisprudentie ten aanzien van een recht op toegang tot overheidsinformatie besproken. In de internationale mensenrechtenverdragen is het recht op toegang tot overheidsinformatie niet expliciet geregeld. Wel is, zoals we hieronder zullen zien, in de mensenrechtenverdragen het garingsrecht gekoppeld aan het recht op vrijheid van meningsuiting. Dit werd door Schuijt ook al betoogd. Verder zal de jurisprudentie van de internationale mensenrechtshoven over dit punt hieronder besproken worden.

#### **2.2.2.1 Verdragsbepalingen**

In art. 19 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens staat dat een ieder het recht heeft op vrijheid van mening en meningsuiting. En dit recht omvat ook de vrijheid om door alle middelen en ongeacht grenzen inlichtingen en denkbeelden *op te sporen*, te *ontvangen* en *door te geven*.

In art. 19 van het Internationale Verdrag voor de Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) staat dat een ieder het recht heeft om zonder inmenging een mening te koesteren en te uiten. En dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te *garen*, te *ontvangen* en *door te geven*, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst of met behulp van andere media naar zijn keuze.

En in art. 10 van het EVRM staat dat een ieder recht heeft op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te *ontvangen* of te *verstrekken*, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.

---

70 Schuijt 2006, p. 28.



En ten slotte bepaalt het eerste lid van art. 13 van de American Convention on Human Rights dat:

‘Everyone has the right to freedom of thought and expression. This right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one's choice.’

### 2.2.2.2 *Jurisprudentie EHRM*

De internationale regelingen kennen een zogenaamd garingsrecht. Dit recht maakt in deze verdragen deel uit van het recht op vrije meningsuiting en houdt in dat een ieder de vrijheid heeft om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen en op te sporen. Volgens vaste jurisprudentie oordeelde het EHRM dat een garingsrecht niet hetzelfde is als een recht op toegang tot overheidsinformatie. Het Hof gebruikte hiervoor de volgende formulering:

‘The Court observes that the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him. Article 10 (...) does not, in circumstances such as those of the present case, confer on the individual a right of access to a register containing information on his personal position, nor does it embody an obligation on the Government to impart such information to the individual.’<sup>71</sup>

Hierin komt verandering door een ontvankelijkheidsbeslissing van het EHRM van 10 juli 2006, in de zaak *Sdružení Jihočeské Matky v. Tsjechië*.<sup>72</sup> In deze zaak overweegt het Hof, zoals hierboven, dat ontvangstvrijheid er voornamelijk op neer komt dat zij een Staat verbiedt te verhinderen dat een persoon informatie ontvangt die anderen aan die persoon willen verstrekken. Verder overweegt het Hof dat het moeilijk is om uit het EVRM een algemeen recht op toegang tot bestuursdocumenten af te leiden. Maar het Hof erkent wel dat de weigering om de gevraagde documenten te verstrekken een inbreuk is op het recht om informatie te ontvangen. Het Hof komt namelijk tot de conclusie dat een weigering door een overheidsorgaan om documenten te verstrekken een inbreuk

---

71 EHRM 26 maart 1987, § 74, nr. 9248/81, *NJCM-bulletin* 1988, p. 148 m.nt. ThLB (Leander v. Zweden), EHRM 7 juli 1989, § 52, nr. 10454/83, *LJN* AB9903, *NJ* 1991, 659 m.nt. EJD (Gaskin v. VK), EHRM 19 februari 1998, § 53, nr. 116/1996/735/932, *LJN* AD4547, *NJ* 1999, 690 m.nt. E.J. Dommering, *JB* 1998, 49 m.nt. AWH, *NJCM-bulletin* 1998, p. 848 m.nt. M.T. Kamminga, *M en R* 1998, 66 m.nt. J.M. Verschuuren (Guerra v. Italië), EHRM 19 oktober 2005, § 172, nr. 32555/96, *LJN* AU9986, *EHRC* 2005, 118, *NJ* 2009, 453 (Roche v. VK).

72 EHRM 10 juli 2006, nr. 19101/03, *NJCM-bulletin* 2007, p. 28 m.nt. Kranenborg (*Sdružení Jihočeské Matky v. Tsjechië*).

is op het recht om informatie te ontvangen. Die weigering moet namelijk voldoen aan de eisen die art. 10, tweede lid, EVRM stelt. Het Hof:

‘l’étendue du droit d’accès aux informations en cause est limitée par le libellé du paragraphe 2 de l’article 10 de la Convention.’

De eisen in het tweede lid van art. 10 houden in, dat in een beperking bij wet moet zijn voorzien, dat de beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving, en gebaseerd moet zijn op een van de in art. 10, tweede lid, genoemde gronden. Verder moet een beperking voldoen aan de eis dat deze voortkomt uit een ‘pressing social need’ en proportioneel is.

Voorhoof noemt deze uitspraak een onmiskenbare erkenning van de toepassing van art. 10 EVRM in geval van een weigering van toegang tot overheidsinformatie.<sup>73</sup> Hij merkt op dat van een absoluut recht op toegang tot informatie op grond van art. 10 geen sprake is. Ook kan de overheid op grond van deze bepaling niet worden verplicht om op eigen initiatief informatie openbaar te maken. Het Hof is met deze beslissing echter wel een stap verder gegaan dan het beschouwen van het recht op informatie als een instructienorm. Door de afwijzing van een verzoek tot toegang tot een overheidsdocument te beschouwen als overheidsinmenging in de zin van art. 10, tweede lid, vestigt art. 10 daarmee een afdwingbare verplichting die directe aanspraken in het leven roept op toegang tot overheidsinformatie.<sup>74</sup>

Het Inter-American Court of Human Rights<sup>75</sup> is stilliger dan het EHRM. In een arrest van 19 september 2006 bepaalde dit Hof dat art. 13 van de American Convention on Human Rights een algemeen recht op overheidsinformatie inhoudt. In deze zaak, van Reyes e.a. v. Chili,<sup>76</sup> oordeelde het Hof dat art. 13, waarin het recht ‘to seek and receive information’ beschermd is, de rechten beschermt van alle personen die om toegang tot overheidsinformatie verzoeken. In r.o. 77 oordeelde het Hof:

‘that by expressly stipulating the right to “seek” and “receive” “information”, article 13 of the Convention protects the right of all individuals to request access to State-held information, with the exceptions permitted by the restrictions established in the Convention. Consequently, this article protects the right of the individuals to receive such information and the positive obligation of the State to provide it, so that the individual may have access to such information or receive an answer that includes a justification when, for any reason permitted

---

73 Voorhoof 2006, p 293.

74 Voorhoof 2006, p. 294.

75 American Convention te vinden via de website van het in Washington zetelende Office of International Law van de Organization of American States, [http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties\\_and\\_agreements.htm](http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/DIL/treaties_and_agreements.htm).

76 Inter-American Court of Human Rights 19 september 2006, Series C no. 151.

by the Convention, the State is allowed to restrict access to the information in a specific case. The information should be provided without the need to prove direct interest or personal involvement in order to obtain it, except in cases in which a legitimate restriction is applied. The delivery of information to an individual can, in turn, permit it to circulate in society, so that the latter can become acquainted with it, have access to it, and assess it. In this way, the right to freedom of thought and expression includes the protection of the right of access to State-held information, which also clearly includes the two dimensions, individual and social, of the right to freedom of thought and expression that must be guaranteed simultaneously by the State.'

Volgens het Hof gaat door het openbaar maken van overheidsinformatie deze informatie onderdeel uitmaken van het maatschappelijk debat en kan daarom het recht op vrijheid van meningsuiting niet zonder een recht op toegang tot overheidsinformatie. Verder overweegt het Hof in r.o. 87:

'Democratic control by society, through public opinion, fosters transparency in State activities and promotes the accountability of State officials in relation to their public activities. Hence, for the individual to be able to exercise democratic control, the State must guarantee access to the information of public interest that it holds. By permitting the exercise of this democratic control, the State encourages greater participation by the individual in the interests of society.'

In de zaak van *Stoll v. Zwitserland* wordt vervolgens door het EHRM in r.o. 43, onder de paragraaf 'B. International law and practice', de zaak van *Reyes v. Chili* aangehaald om het belang van toegang tot overheidsinformatie te onderstrepen.<sup>77</sup>

Het EHRM zelf gaat weer een stap verder in een arrest van 14 april 2009.<sup>78</sup> In dit arrest werd door een Hongaarse burgerrechtenvereniging (*Társaság a Szabadságjogokért*) verzocht om informatie met betrekking tot een klacht, die door een Hongaars parlements lid werd ingediend bij het Hongaarse Constitutionele Hof. Het parlements lid diende een constitutionele klacht in, inhoudende een verzoek tot een onderzoek naar de grondwettigheid van een aantal amendementen op het Hongaarse wetboek van strafrecht, ten aanzien van drugsgerelateerde delicten. Het verzoek om deze informatie te verkrijgen werd afgewezen, met de motivering dat de informatie persoonlijke informatie betrof. Daarin stonden persoonlijke gegevens en opinies, zodat daaruit conclusies getrokken konden worden over zijn persoonlijkheid. Het feit dat het parlements lid een constitutionele klacht indiende, impliceerde volgens het

77 EHRM 10 december 2007, nr. 69698/01, *LJN* BC3389, *RvdW* 2008, 445, *NJ* 2008, 236 m.nt. E.J. Dommering, *EHRC* 2008, 23 m.nt. 1: Senden, 2: Janssen (*Stoll v. Switzerland*).

78 EHRM 14 april 2009, nr. 37374/05, *LJN* BJ2197, *RvdW* 2009, 1198, *EHRC* 2009, 74 m.nt. Hins, *NJ* 2010, 209 m.nt. E.J. Dommering, *NJCM-bulletin* 2009, p. 639 m.nt. Kranenborg (*Társaság a Szabadságjogokért v. Hongarije*).

Hongaarse Constitutionele Hof geen toestemming tot openbaarmaking van deze klacht. Appellant beroept zich op art. 10 EVRM, waaruit zou volgen dat het ontvangen en verspreiden van informatie een voorwaarde is voor de vrijheid van meningsuiting. De afwijzing van het verzoek om de informatie te verkrijgen zou het voor appellant niet mogelijk maken om deel te nemen aan het publieke debat over de kwestie. Het Hof stelt allereerst vast dat

‘the public has a right to receive information of general interest. Its case-law in this field had been developed in relation to press freedom which serves to impart information and ideas on such matters.’

Volgens het Hof is extra toezicht vereist, wanneer de maatregelen die de betrokken overheidsorganen nemen, de participatie van de pers betreffen. De pers moet immers beschouwd worden als een van de ‘watchdogs’ van de maatschappij. Gelet op dit belang kan er dus geen sprake zijn van willekeurige weigeringsgronden:

‘the law cannot allow arbitrary restrictions which may become a form of indirect censorship should the authorities create obstacles to the gathering of information.’

Het betreft hier echter niet een verzoek om informatie door de pers, maar door een burgerrechtenvereniging. Hierover stelt het Hof vast:

‘The Court has repeatedly recognised civil society’s important contribution to the discussion of public affairs. (...) It may therefore be characterised, like the press, as a social “watchdog”. (...) In these circumstances, the Court is satisfied that its activities warrant similar Convention protection to that afforded to the press.’

Het onderwerp waarover de informatie verzocht werd, de constitutionnalité van strafwetgeving, is volgens het Hof zonder twijfel een zaak van publiek belang. Dus:

‘the Court finds that the applicant was involved in the legitimate gathering of information on a matter of public importance. It observes that the authorities interfered in the preparatory stage of this process by creating an administrative obstacle. The Constitutional Court’s monopoly of information thus amounted to a form of censorship. Furthermore, given that the applicant’s intention was to impart to the public the information gathered from the constitutional complaint in question, and thereby to contribute to the public debate concerning legislation on drug-related offences, its right to impart information was clearly impaired.’

Het Hof stelt daarom vast dat de weigering de informatie te verstrekken, een inbreuk op art. 10 EVRM oplevert. Vervolgens is het de vraag of deze inbreuk een gerechtvaardigde beperking is, als bedoeld in het tweede lid van art. 10

EVRM. Het Hof oordeelt dat in deze beperking is voorzien bij wet en dat de beperking plaats vindt met het oog op een legitiem doel. De beperking is echter niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Het Hof stelt vast dat

‘the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of “freedom to receive information” (...) and thereby towards the recognition of a right of access to information.’

Daarbij merkt het Hof op dat

‘the right to freedom to receive information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish of may be willing to impart to him. (...) It considers that the present case essentially concerns an interference – by virtue of the censorial power of an information monopoly – with the exercise of the functions of a social watchdog, like the press, rather than a denial of a general right of access to official documents.’

Verder stelt het Hof vast dat

‘the State’s obligations in matters of freedom of the press include the elimination of barriers to the exercise of press functions where, in issues of public interest, such barriers exist solely because of an information monopoly held by the authorities. The Court notes at this juncture that the information sought by the applicant in the present case was ready and available (...) and did not require the collection of any data by the Government. Therefore, the Court considers that the State had an obligation not to impede the flow of information sought by the applicant.’

Dan moeten vervolgens het recht op het vergaren van informatie en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen elkaar afgewogen worden. Hierover constateert het Hof:

‘the Court finds it quite implausible that any reference to the private life of the MP, hence to a protected private sphere, could be discerned from his constitutional complaint. (...) However, the Court considers that it would be fatal for freedom of expression in the sphere of politics if public figures could censor the press and public debate in the name of their personality rights, alleging that their opinions on public matters are related to their person and therefore constitute private data which cannot be disclosed without consent. These considerations cannot justify, in the Court’s view, the interference of which complaint is made in the present case.’

Het Hof merkt nog op dat beperkingen als de onderhavige diegenen die in de media of in gerelateerde gebieden werkzaam zijn, kunnen ontmoedigen om zaken als de onderhavige te gaan onderzoeken. Hierdoor zijn zij niet meer in staat om hun rol als ‘public watchdog’ te vervullen. De beperking is dan ook

niet noodzakelijk in een democratische samenleving en levert een schending op van art. 10 EVRM.

Voorzichtig kan hier dan ook de conclusie getrokken worden dat het Hof uit art. 10 EVRM een recht op toegang tot overheidsinformatie afleidt. Er moet dan aan drie voorwaarden zijn voldaan: ten eerste moet het verzoek afkomstig zijn van een ‘public watchdog’, dus de media of een andere instantie die een bijdrage levert aan de discussie over publieke of maatschappelijke belangen. Wanneer een instantie een ‘public watchdog’ is, blijkt echter niet duidelijk uit bovenstaand arrest. Ten tweede moet er sprake zijn van een informatiemonopolie. Is er sprake van een informatiemonopolie, dan levert dat volgens het Hof al een zekere vorm van censuur op. Nu geldt voor overheidsinformatie al snel dat die alleen bij de overheid te verkrijgen is, dus zal meestal sprake zijn van een informatiemonopolie. En ten derde moet de gevraagde informatie betrekking hebben op een publiek of maatschappelijk belang.

Het Hof maakt hier wel duidelijk dat het een stap zet in de richting van een recht op informatie, maar effectueert dit recht vervolgens alleen voor de zogenaamde waakhonden van de samenleving. Verder is in deze uitspraak relevant dat het hier informatie betreft die bij de rechterlijke macht berust. Aangezien de Wob van toepassing is op informatie die bij bestuursorganen berust, is informatie bij de rechterlijke macht uitgesloten van de werking van de wet. Een juridische procedure als hierboven, zou in het Nederlandse stelsel bij de bestuursrechter niet mogelijk zijn.<sup>79</sup>

Dit is anders wanneer de rechterlijke macht wordt verzocht om informatie in het kader van de hergebruikregeling, hoofdstuk V-A Wob. Het toepassingsbereik van deze regeling betreft overheidsorganen, waardoor ook de rechterlijke macht hieronder valt. Deze informatie wordt echter niet verstrekt met het oog op een publiek of maatschappelijk belang, waardoor het in de hierboven besproken uitspraak gestelde recht hierop niet van toepassing is.

---

<sup>79</sup> De beslissing van de rechterlijke macht om de informatie al dan niet te verstrekken is geen besluit van een bestuursorgaan, zodat een verzoeker die een dergelijke beslissing aan een rechter zou willen voorleggen, zich tot de burgerlijke rechter zou moeten wenden.

### **2.2.2.3 Verdrag van Tromsø**

Op 27 november 2008 stelt de Raad van Europa een (nog niet geratificeerd) verdrag vast, de Convention on Access to Official Documents (CETS No. 205). Op 18 juni 2009 wordt dit verdrag in Tromsø, Noorwegen, opengesteld voor ondertekening.<sup>80</sup> In de preambule wordt verwezen naar art. 19 van het IVBPR, en de artikelen 6, 8 en 10 van het EVRM. Vervolgens wordt overwogen in nr. 5 van de preambule dat transparantie van overheidsorganen (public authorities) van belang is in een pluralistische, democratische samenleving. Dan wordt overwogen dat de uitoefening van het recht op toegang tot officiële documenten:

- een bron van informatie biedt voor de burgers;
- het publiek in staat stelt om zich een mening te vormen over de maatschappij en over overheidsorganen;
- de integriteit, de efficiency, de effectiviteit van het openbaar bestuur aanmoedigt;
- het mogelijk maakt dat de overheid rekenschap kan afleggen;
- bijdraagt aan de legitimiteit van het openbaar bestuur.

In het eerste lid van art. 2 van dit verdrag staat dat ‘Each party shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities’.

Het Explanatory Report bij dit verdrag begint met de woorden:

‘The present Council of Europe Convention is the first binding international legal instrument to recognise a general right of access to official documents held by public authorities.’

Verderop in het Explanatory Report worden deze woorden nog eens herhaald. Het lijkt dan ook de bedoeling te zijn dat dit verdrag een recht op toegang vestigt onder de verdragsluitende landen.

### **2.2.2.4 Een Europees transparantiebeginsel**

In het gemeenschapsrecht ontwikkelt zich in jurisprudentie van het Hof van Justitie het transparantiebeginsel. Hierbij gaat het volgens Buijze & Widdershoven om de beschikbaarheid, toegankelijkheid en duidelijkheid van informatie over overheidshandelen.<sup>81</sup> Volgens hen is het een enigszins ongrijpbaar beginsel, dat instrumenteel van aard is. Het beginsel is op twee

---

80 Het Verdrag van Tromsø is ondertekend door België, Bosnië en Herzegovina, Estland, Finland, Georgië, Hongarije, Litouwen, Macedonië, Montenegro, Noorwegen, Servië, Slovenië en Zweden.

81 Buijze & Widdershoven 2010, p. 589.

terreinen al zodanig uitgekristalliseerd dat daaruit werkbare normen voortvloeien. Deze twee terreinen zijn ten eerste de openbaarheid van bestuur en ten tweede het aanbestedingsrecht en vormen van vergunningverlening door middel van een vergelijkende toets, dus het verdelen van schaarse vergunningen.<sup>82</sup>

Drahman noemt deze twee terreinen in haar preadvies het onderscheid tussen het transparantiebeginsel in brede zin en in enge zin.<sup>83</sup> Haar preadvies betreft het transparantiebeginsel in enge zin. Daaronder verstaat zij transparantie waarmee een eerlijke en onpartijdige procedure in het aanbestedingsrecht of bij vergunningverlening gegarandeerd kan worden.<sup>84</sup> Het Europese transparantiebeginsel wordt in die zin afgeleid uit de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag, waarin de vrijheid van vestiging en diensten vastgelegd is.<sup>85</sup> Deze vrijheid mag slechts beperkt worden indien de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie in acht worden genomen. En om deze gelijkheid te waarborgen is transparantie bij de selectieprocedure vereist. Onder het transparantiebeginsel in brede zin verstaat zij de toegang tot overheidsinformatie op grond van de Wob, en het streven naar meer openheid op constitutioneel niveau.

Prechal & De Leeuw noemen een aantal steeds terugkerende elementen waarmee het transparantiebeginsel ingevuld kan worden: helder taalgebruik, fysieke toegang tot informatie en de publicatie of kennisgeving van deze informatie, de voorspelbaarheid van het gedrag van overheidsorganen en consistentie in de interpretatie en toepassing van de wet.<sup>86</sup> Zij vermoeden dat door de verbinding van het transparantiebeginsel met andere rechtsbeginselen, (zij noemen het rechtszekerheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel) het nog onduidelijk is wat precies de invulling van het transparantiebeginsel is.

Dit Europees transparantiebeginsel is instrumenteel van aard. Het geldt op het niveau waarop beslissingen of besluiten genomen worden. Door transparantie krijgt betrokkene duidelijkheid over zijn rechtspositie, en duidelijkheid over zijn rechtspositie ten opzichte van anderen, die ook aanspraak maken op dezelfde overheidsmiddelen of besluiten. In deze zin is het transparantiebeginsel een middel om meer rechtszekerheid en –gelijkheid te verkrijgen. Zo leidt het tot een onpartijdige en eerlijke selectie- of besluitvormingsprocedure.

---

82 Buijze & Widdershoven 2010, p. 590.

83 Drahman 2010, p. 147.

84 Drahman 2010, p. 157.

85 Door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zijn dit artikel 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (Werkingsverdrag) geworden.

86 Prechal & De Leeuw 2007, p. 61.



De ontwikkeling van dit beginsel in de gemeenschapsjurisprudentie toont het belang van openbaarheid en toegankelijkheid van overheidsinformatie nogmaals aan.

### **2.2.3 Nederlands recht**

#### **2.2.3.1 Nederlandse Grondwet**

In Nederland bestaat niet een constitutioneel recht op toegang tot overheidsinformatie. Openbaarheid van bestuur is geregeld in art. 110 Grondwet, dat bepaalt:

De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.

Art. 110 staat opgenomen in hoofdstuk vijf van de Grondwet, waarin regels staan voor wetgeving en bestuur. Daardoor is deze bepaling te beschouwen als een instructienorm voor het bestuur. De wetgever stelt een wet vast, de Wob, en het bestuur moet zich aan die wet houden. Een afdwingbaar recht bevat deze grondwetsbepaling niet. De Wob bevat wel afdwingbare bepalingen. Tegen een weigering informatie te verstrekken kan een belanghebbende bezwaar en beroep instellen.

Een garingsrecht, zoals hierboven besproken, is ook niet te vinden in art. 7 Grondwet, dat bepaalt dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet, en dat de wet regels stelt omtrent radio en televisie.

Naar aanleiding van het rapport van de commissie Franken is een kabinetsreactie opgesteld. In deze reactie schreef de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken, De Vries, namens het kabinet Kok II dat het gewenst is aan de in de Grondwet opgenomen grondrechtencatalogus een subjectief (grond)recht voor iedere burger op toegang tot bij de overheid berustende informatie toe te voegen. Verder schreef hij dat:

‘het kabinet van oordeel was dat het aanbeveling verdient om in de Grondwet een specifieke zorgverplichting voor de overheid in het leven te roepen ten aanzien van de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie. Transparantie van de overheid behoort tot de basisprincipes van de democratische rechtsstaat. Dit beginsel behoort naar het oordeel van het kabinet daarom thuis in de Grondwet. De beginselen van toegang en toegankelijkheid werken hierbij naar twee kanten. Inzicht in bij de overheid berustende informatie is enerzijds van cruciaal belang voor het persoonlijk en maatschappelijk functioneren van burgers in diverse

opzichten. De burger is hierdoor onder meer in staat om met dezelfde informatie als de overheid deel te nemen aan het democratisch debat. Anderzijds biedt transparantie mogelijkheden tot controle van de overheid, hetgeen uiteindelijk bijdraagt tot een in alle facetten beter werkende overheid. Artikel 110 van de Grondwet, dat een instructienorm voor de overheid bevat om openbaarheid te betrachten, doch geen subjectief recht van de burger op openbaarheid, is naar het oordeel van het kabinet te beperkt. Van belang is dat de Grondwet een subjectief recht voor burgers bevat op bij de overheid berustende informatie enerzijds, en een zorgverplichting voor de toegankelijkheid van deze informatie anderzijds.<sup>87</sup>

De nieuwe bepaling, die dit nieuwe recht en deze nieuwe zorgplicht zou bevatten, zou in hoofdstuk 1 van de Grondwet moeten worden opgenomen. Het zou daar in aanvulling op art. 110 Grondwet moeten staan, voor de hele overheid gelden, en niet alleen voor het bestuur. Het toenmalige kabinet was verder van oordeel dat er ten aanzien van dit voorstel sprake was van voldoende ‘constitutionele rijpheid’. Er zou namelijk sprake zijn van een codificatie van een in regelgeving en beleid neergelegd fundamenteel rechtsbeginsel. Tegelijkertijd zou dit voorstel een prikkel vormen om verder gaande initiatieven te ontplooiën met als doel een transparantere overheid.<sup>88</sup> Sindsdien is er op dit punt geen voortgang meer geweest.

Bij brief van 15 maart 2007 stuurde de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ter Horst een brief naar de Tweede Kamer waarbij ze een vervolg onderzoek aanbood naar de invloed van ontwikkelingen in de ICT en nieuwe technologieën op de grondrechten.<sup>89</sup> Het onderzoek betrof een internationaal vergelijkend onderzoek in diezelfde landen, die onderzocht zijn door de commissie Franken. In deze brief kondigde de minister aan ernaar te streven in de loop van het jaar 2007 concrete conceptvoorstellen te kunnen presenteren.<sup>90</sup> Deze voorstellen zijn echter niet gepresenteerd.

Bij koninklijk besluit van 3 juli 2009 is een Staatscommissie Grondwet ingesteld, met als taak de regering te adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet. Een van de onderwerpen waarover de Staatscommissie moest adviseren, was het onderwerp grondrechten in het digitale tijdperk.<sup>91</sup>

In het op 11 november 2010 uitgebrachte advies gaat hoofdstuk 8 over het onderwerp digitalisering van grondrechten.<sup>92</sup> Hierin beperkt de

---

87 *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, nr. 1, p. 30.

88 *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, nr. 1, p. 31

89 Dit in paragraaf 2.2.1 eveneens genoemde onderzoeksrapport, werd bij brief aan de Tweede Kamer aangeboden in *Kamerstukken II* 2006/07, 27 460, nr. 5.

90 *Kamerstukken II* 2006/07, 27460, nr. 5.

91 Koninklijk besluit van 3 juli 2009, nr. 09.001852.

92 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, via <http://www.staatscommissiegrondwet.nl/publicaties>, geraadpleegd 12 november 2010, p. 68-69 en 90-91.

Staatscommissie zich tot een advies over de actualisering van art. 7 (vrijheid van meningsuiting), art. 10 (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) en art. 13 (vertrouwelijke communicatie) van de Grondwet. Daarom gaat de Staatscommissie in haar advies niet in op de opneming in de Grondwet van een nieuw grondrecht op toegang tot documenten. Een aantal leden van de commissie betreurt deze beperking en doet in het advies een aanvullend voorstel tot het opnemen van een nieuw grondrecht op toegang tot documenten.

### **2.2.3.2 De bestuursrechter**

De bestuursrechter erkent geen plicht voor bestuursorganen om burgers actief en adequaat te informeren.<sup>93</sup> Een burger die voor het indienen van een aanvraag een inschatting van zijn rechtspositie wil maken, heeft alleen recht op gerichte informatie door het bestuursorgaan als sprake is van een appellabel bestuurlijk rechtsoordeel.

Hiervan is volgens de jurisprudentie alleen dan sprake in de zeldzame gevallen waarin het aanvragen van een besluit of het uitlokken van een handhavingsbesluit voor de burger onevenredig bezwarend is. In andere gevallen kan de burger alleen achteraf (nadat het betrokken bestuursorgaan een besluit heeft genomen) rechtszekerheid verkrijgen.

Brenninkmeijer maakt hier onderscheid tussen ex post rechtszekerheid en ex ante rechtszekerheid. Met ex post rechtszekerheid bedoelt hij die rechtszekerheid die verkregen wordt door het doorlopen van (mogelijk langdurige) juridische procedures. Met ex ante rechtszekerheid bedoelt hij rechtszekerheid aan het begin van de procedure. Hij constateert een verschil tussen de ex post rechtszekerheid, die 100% is, en de ex ante rechtszekerheid, die aanzienlijk minder groot is. Dit blijkt doordat de uitkomst van juridische procedures zich, ook door specialistische advocaten, steeds minder goed laat voorspellen.

Deze onwenselijke ex ante rechtsonzekerheid is een gevolg van een ‘zich steeds verder detaillierend juridisch universum’, met open normen, waardoor ‘zelfs juridisch deskundigen niet meer deskundig genoeg zijn om het recht te doorgronden’.<sup>94</sup> Voor het maatschappelijk functioneren van burgers is het dan ook noodzakelijk dat zij zich goed kunnen informeren. Een rechtsplicht hiertoe voor de overheid wordt door de bestuursrechter niet erkend.

Scheltema zegt over rechtszekerheid dat burgers zekerheid over hun rechtspositie niet ontlene aan de wet, maar zich wenden tot het bestuursorgaan met een verzoek om informatie over hun rechten of over de regelgeving.<sup>95</sup> Het

---

93 Pront-Van Bommel 2006, p. 149.

94 Brenninkmeijer 2005, p. 536, 538-539.

95 Scheltema 1997, p. 2.

doel, het bieden van rechtszekerheid, wordt door het legaliteitsbeginsel om die reden niet goed bereikt. Wetten bieden de burger geen zekerheid over zijn rechtspositie. Deze zekerheid ontleent de burger aan voorlichting door het bestuursorgaan.<sup>96</sup>

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het dan ook vreemd dat bestuursorganen niet door de bestuursrechter gehouden worden aan een plicht om burgers voor te lichten.

### **2.2.3.3 De Nationale ombudsman**

Anders dan de bestuursrechter erkent de Nationale ombudsman wel een rechtsplicht voor de overheid om burgers actief te informeren. De Nationale ombudsman concretiseert het belang van burgers om geïnformeerd te worden door de overheid als het *beginsel van actieve en adequate informatieverstrekking*, als een uitwerking van het zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>97</sup> De Nationale ombudsman past het zorgvuldigheidsbeginsel toe als een behoorlijkheidsnorm, waaraan hij overheidshandelen toetst. Een van de uitwerkingen van het zorgvuldigheidsbeginsel is het beginsel van actieve en adequate informatievoorziening. Dit vereiste houdt in dat bestuursorganen burgers met het oog op de behartiging van hun belangen actief en desgevraagd van adequate informatie voorzien.<sup>98</sup>

In een rapport van 22 augustus 2007 voegt de Nationale ombudsman daar nog aan toe dat dit vereiste impliceert dat de informatieverstrekking van een bestuursorgaan voldoende volledig en juist is, en dat de burger daarop moet kunnen vertrouwen.<sup>99</sup> In deze casus was een echtpaar uit Doetinchem vergeefs naar de legalisatiebalie van het Ministerie van Buitenlandse Zaken in Den Haag gereisd, om twee handtekeningen te halen. Het echtpaar had zich geruime tijd van te voren via de website op de hoogte gesteld van de sluitingstijden van de balie. Toen het echtpaar in Den Haag aankwam bleek de legalisatiebalie gesloten te zijn wegens een personeelsuitje. De mededeling hierover was twee weken van te voren op de website geplaatst, via de telefoonbeantwoorder van de balie gedaan en op aanplakbiljetten bij de balie. De Nationale ombudsman oordeelt hierover:

‘Nu dinsdag 3 oktober 2006 niet als (extra) sluitingsdatum werd genoemd toen verzoeker de website raadpleegde en de ingewonnen informatie hem evenmin aanleiding gaf om vlak voor zijn reis naar Den Haag te controleren of de balie niet alsnog was gesloten, mocht verzoeker

---

96 Scheltema 1997, p. 5.

97 Langbroek & Rijpkema (red.) 2004, p. 152 en p. 164-169.

98 Zie hiervoor onder meer No 13 april 2005, rapport 2005/113, No 29 november 2006, AB 2007, 50, m.nt. P.J. Stolk en No 2 april 2007, AB 2007, 191, m.nt. P.J. Stolk.

99 No 22 augustus 2007, AB 2007, 337, m.nt. P.J. Stolk.

ervan uitgaan dat de legalisatiebalie op die bewuste dag was geopend voor het publiek. Dat verzoeker naast de informatie op de website ook nog telefonisch informatie had kunnen inwinnen, doet aan het voorgaande niet af. Van een burger kan immers niet worden verlangd dat hij, nadat hij al informatie heeft ingewonnen via één bron, ook nog gebruik maakt van een andere bron om na te gaan of die informatie wel correct is.’

De Nationale ombudsman oordeelt dan ook dat de onderzochte gedraging niet behoorlijk was. De verzoeker mocht vertrouwen op de algemene informatie op internet over de openingstijden van de legalisatiebalie.

Een andere casus betrof een verzoeker die in de gemeentelijke informatiebrief en op de gemeentelijke website 5 mei niet tussen de sluitingsdata van het gemeentelijke afvalbrengstation had zien staan. Toen verzoeker op 5 mei afval naar het gemeentelijke afvalbrengstation bracht, bleek hij toch voor gesloten deuren te staan. Toen de verzoeker daarover klaagde, reageerde het college van burgemeester en wethouders dat de sluiting op 3 mei in het huis-aan-huisblad was vermeld. De Nationale ombudsman oordeelt hierover:

‘Uit de door verzoeker meegestuurde gemeentelijke informatiebrief van januari 2006 blijkt dat de sluiting van het afvalbrengstation op 5 mei 2006 niet was vermeld. Overige afwijkende openingstijden waren wel vermeld. Naar het oordeel van de Nationale ombudsman mocht verzoeker uitgaan van de juistheid van deze informatie, temeer daar ook op de voorafgaande avond op de gemeentelijke website geen gewag werd gemaakt van sluiting van het afvalbrengstation. Van een burger kan naar het oordeel van de Nationale ombudsman niet worden verlangd tevens van week tot week in het huis-aan-huisblad na te gaan of de informatie in de gemeentelijke informatiebrief en de gemeentelijke website correct is.’

Doordat in de gemeentelijke informatie van januari 2006 en op de gemeentelijke website niet was aangegeven dat het afvalbrengstation gesloten zou zijn, is de gedraging van het college van burgemeester en wethouders onbehoorlijk wegens strijd met het vereiste van actieve en adequate informatieverstrekking.<sup>100</sup>

Overheidshandelen dat niet aan het vereiste van actieve en adequate informatieverstrekking voldoet, is volgens deze norm van de Nationale ombudsman niet zorgvuldig. Deze behoorlijkheidsnorm behelst volgens Langbroek & Rijpkema enerzijds de plicht om in te gaan op verzoeken van burgers om informatie en anderzijds de plicht om burgers uit eigen beweging te informeren over handelingen van de overheid die hun belang raken. Concreet gezien impliceert deze norm volgens hen onder meer de plicht om brieven van burgers te beantwoorden, een ontvangstbevestiging te sturen, en een tussenbericht te sturen indien de behandeling van een aanvraag langer duurt dan aanvankelijk was voorzien.<sup>101</sup>

---

100 No 26 juni 2006, rapport 2007/132.

101 Langbroek & Rijpkema (red.) 2004, p. 164.

Het vereiste kan ook inhouden dat uitlatingen in de media door een bestuursorgaan onbehoorlijk zijn, indien door deze uitlatingen de indruk wordt gegeven dat vooruitgelopen wordt op de uitkomst van een nog lopend onderzoek.<sup>102</sup>

Ook kan dit vereiste inhouden dat een bestuursorgaan bij het kiezen voor of tussen wijzen van informatieverstrekking rekening moet houden met het bereik en de toegankelijkheid. Het vereiste impliceert dat de informatieverstrekking van een bestuursorgaan voldoende volledig en juist is, en dat de burger daarop moet kunnen vertrouwen.

De Nationale ombudsman erkent het bestaan van een rechtsplicht voor het bestuur om burgers actief en adequaat te informeren. Het beginsel van actieve en adequate informatieverstrekking maakt onderdeel uit van het zorgvuldigheidsbeginsel. Overheidshandelen dat hier niet aan voldoet, is niet behoorlijk. Het vereiste houdt in dat bestuursorganen burgers van adequate informatie voorzien. Dit houdt ook in dat de burger op de informatie moet kunnen vertrouwen. De bestuursrechter erkent zoals gebleken deze plicht voor overheidsorganen niet.

## **2.3 Samenvatting en conclusies**

### **2.3.1 Samenvatting**

Duidelijk is dat het recht op toegang tot overheidsinformatie in elk geval een fundamenteel beginsel van een democratische rechtsstaat is. In de informatiemaatschappij, waar meer en meer informatie elektronisch beschikbaar is, hoort het recht op informatie volgens Bovens thuis bij de klassieke grondrechten. Het recht op toegang tot overheidsinformatie en tot informatiekanalen moet volgens hem ‘in steen gebeiteld staan’.

Ook de commissie Franken komt tot het oordeel dat de zich in snel tempo ontwikkelende informatiesamenleving veranderingen met zich meebrengt, die het functioneren van de democratische rechtsstaat beïnvloeden. Toegang tot overheidsinformatie neemt barrières weg voor meer directe vormen van controle door individuele burgers en biedt mogelijkheden om op effectievere wijze invulling te geven aan het legaliteitsbeginsel en aan eisen als kenbaarheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid.

Van Bijsterveld concludeert dat transparantie publieke herkenbaarheid en rechtszekerheid waarborgt. Verder zorgt transparantie voor rechtsgelijkheid, en is het een voorwaarde voor het afleggen van verantwoordelijkheid. Door de door haar geschetste afname van het belang van het geschreven recht, kan het

---

102 No 29 januari 2008, rapport 2008/005.

legaliteitsbeginsel niet meer volledig de legitimiteit van overheidshandelen waarborgen. Transparantie kan dit wel en zou dan volgens haar aanvullend moeten werken op het legaliteitsbeginsel.

Daalder oordeelt dat uit de beginselen van democratie en de democratische rechtsstaat de noodzaak van openbaarheid en toegankelijkheid van overheidsinformatie voortvloeit. Naar zijn oordeel geeft het in de Grondwet opnemen van een dergelijk recht echter nog geen garantie dat dit recht in de praktijk voldoende kan worden geëffectueerd, gelet op de belangen die zich tegen openbaarheid verzetten. Hij meent dat art. 10 EVRM en art. 19 IVBPR geen recht op toegang tot overheidsinformatie bevatten. Naar zijn opvatting biedt het opnemen van een dergelijk recht in de Grondwet dan ook niet meer waarborgen dan opneming in een wet in formele zin die voldoende waarborgen biedt dat dit recht ook in de praktijk zal worden geëffectueerd.

Schuijt gaat in op het bestaan van een vergaringsrecht. Hij concludeert dat, wil de vrijheid om informatie te ontvangen en te garen, betekenis hebben, dit de trekken van een sociaal grondrecht zou moeten vertonen, dus met een zorgplicht voor de overheid. Burgers moeten ook daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om de geboden informatie te ontvangen en te garen. De overheid zou in deze visie moeten zorgen voor een goede, ongestoorde kabel- en etherontvangst van de uitgezonden omroepprogramma's, voor openbare bibliotheekvoorzieningen en voor het beschikbaar stellen van overheidsinformatie.

Uit de hierboven weergegeven standpunten kan de conclusie worden getrokken dat alle genoemde auteurs het er over eens zijn dat een recht op toegang tot overheidsinformatie een fundamenteel recht is in een democratische rechtsstaat.

De Nederlandse Grondwet geeft in art. 110 een inspanningsverplichting voor de overheid, die inhoudt dat deze openbaarheid moet betrachten. Deze bepaling geeft geen recht aan de burger op het ontvangen van overheidsinformatie. In art. 7 van de Grondwet wordt, in tegenstelling tot de mensenrechtenverdragen, het recht om informatie te vergaren niet genoemd.

In de mensenrechtenverdragen staat een vergarings- of ontvangstrech wel gekoppeld aan het recht op vrijheid van meningsuiting. Vrijheid van meningsuiting kan namelijk, zoals Schuijt betoogt, niet worden uitgeoefend zonder een recht op het kunnen vergaren van informatie. Ten eerste moet iemand informatie kunnen inwinnen om zich vervolgens te kunnen uiten, ten tweede moet de geuite informatie ook bij iemand terecht kunnen komen. Een vergaringsrecht houdt echter niet per definitie een recht op overheidsinformatie in.

Volgens vaste jurisprudentie oordeelde het EHRM altijd dat de ontvangstvrijheid van de burger geen verplichting inhoudt voor de overheid om

informatie te verstrekken. Deze vaste jurisprudentie verschuift, in die zin dat ontvangstvrijheid, (nog) onder beperkingen, wel een recht inhoudt op overheidsinformatie.

In een ontvankelijkheidsbeslissing uit 2006, in de zaak *Sdružení Jihočeské Matky v. Tsjechië*, oordeelde het EHRM, in lijn met voorgaande jurisprudentie, dat ontvangstvrijheid geen positieve verplichting op een staat legt om informatie te verstrekken. Maar het Hof erkende wel, en dat was nieuw, dat de weigering om de gevraagde documenten te verstrekken een inbreuk is op het recht om informatie te ontvangen. Een weigering om informatie te verstrekken moet dan ook voldoen aan de eisen die art. 10, tweede lid, EVRM stelt aan beperkingen op het recht van vrijheid van meningsuiting. Deze eisen houden in dat een beperking bij wet moet zijn voorzien, noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving en gebaseerd moet zijn op een van de in art. 10, tweede lid, genoemde gronden. Verder moet een beperking voldoen aan de eis dat deze voortkomt uit een ‘pressing social need’ en proportioneel is.

Het Inter-American Court gaat verder dan het EHRM. In de zaak *Reyes e.a. v. Chili* leest dit Hof, in het met art. 10 EVRM vergelijkbare art. 13 van de American Convention of Human Rights, een recht op toegang tot overheidsinformatie. Volgens dit Hof beschermt art. 13, waarin expliciet het recht ‘to seek and receive information’ beschermd is, de rechten van alle personen die om toegang tot overheidsinformatie verzoeken, en legt het de staat een positieve verplichting op om deze informatie te verstrekken. De burger moet of toegang krijgen tot de informatie of een gemotiveerde afwijzing ontvangen.

In een arrest van 14 april 2009, in de zaak *Társaság a Szabadságjogokért*, stelt het EHRM vast dat het recent stappen heeft gezet naar een ruimere interpretatie van het begrip vrijheid om informatie te ontvangen, en daarmee naar de erkenning van een recht op toegang tot informatie. Het Hof verwijst hier naar de zaak *Sdružení Jihočeské Matky v. Tsjechië*. In deze zaak constateert het EHRM dat het feit dat de gezochte informatie alleen maar bij een overheidsorgaan te verkrijgen is, een informatiemonopolie oplevert. Dit informatiemonopolie, in samenhang met de administratieve belemmeringen die het overheidsorgaan opwerpt bij het verkrijgen van de informatie, levert volgens het Hof een vorm van censuur op. Daarbij is van belang dat de verzoeker een burgerrechtenvereniging is, die volgens het Hof gelijk te stellen is met de pers, als ‘waakhond’ van de samenleving. Het motief waarmee de informatie is gevraagd, speelt hier dan ook een grote rol. In dit geval is het motief een bijdrage leveren aan het publieke debat. Deze uitspraak geeft geen duidelijkheid over de vraag of dit recht op toegang ook zou moeten gelden voor anderen dan de zogenaamde waakhonden van de samenleving: de pers of burgerrechtenverenigingen. Het Hof maakt wel duidelijk dat het een stap zet in de richting van een recht op informatie, maar effectueert dit recht vervolgens



alleen voor de zogenaamde waakhonden van de samenleving. Verder is relevant in deze uitspraak dat het hier informatie betreft die bij de rechterlijke macht berust. Aangezien de Wob van toepassing is op informatie die bij bestuursorganen berust, is informatie bij de rechterlijke macht uitgesloten van de werking van deze wet. Een juridische procedure als hierboven bedoeld, zou in het Nederlandse stelsel bij de bestuursrechter niet mogelijk zijn.

### 2.3.2 Conclusies

Moet nu het recht op toegang tot overheidsinformatie in de Grondwet worden opgenomen? Het recht wordt immers al ontleend aan een gewone wet. Van oudsher zijn (de klassieke) grondrechten die rechten waardoor burgers beschermd worden tegen overheidsop treden. Grondrechten moeten waarborgen dat de overheid zich onthoudt van het maken van bepaalde inbreuken op de vrijheid van burgers. De sociale grondrechten leggen een instructienorm op aan de overheid, bijvoorbeeld het bevorderen van werkgelegenheid, art. 19, of het zorgen voor de bewoonbaarheid van het land, art. 21. Deze zijn in beginsel, in tegenstelling tot de klassieke grondrechten, voor de rechter niet afdwingbaar.<sup>103</sup> De grondwetgever van 1983 vatte de klassieke grondrechten op als subjectieve rechten.<sup>104</sup> Dit houdt in dat door de grondwetsbepaling rechten worden toegekend aan rechtssubjecten. Een burger heeft hierdoor dus niet alleen een recht op onthouding door de overheid van bijvoorbeeld schending van zijn persoonlijke levenssfeer, als bedoeld in art. 10 Grondwet, maar heeft een individueel (en afdwingbaar) recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit gaat dan ook verder dan de opvatting dat klassieke grondrechten een onthoudingsplicht voor de overheid inhouden. Volgens Cliteur zijn er rechten die hij constitutionele rechten noemt. Het gaat hier volgens hem om rechten die of aangeduid worden als grondrechten of als mensenrechten, en die met elkaar gemeen hebben dat zij van meer fundamentele aard zijn dan de gewone rechten, die de burger aan alledaagse wetgeving ontleent.<sup>105</sup>

Hierboven is aangegeven dat een recht op toegang tot overheidsinformatie in elk geval kan worden aangeduid als een fundamenteel recht in de Nederlandse rechtsorde. Het EHRM erkent, blijkens de hierboven besproken jurisprudentie, langzaamaan een recht op toegang tot informatie.

Door te kijken naar de rollen die de burger in de maatschappij vervult, wordt des te meer duidelijk dat wat aangeduid wordt als een fundamenteel recht in de Nederlandse rechtsorde, voor de burger meer is dan dat. Burgers hebben overheidsinformatie nodig. Zij hebben informatie nodig om invulling te geven

---

103 Kortmann 2008, p. 402.

104 Kortmann 2008, p. 382.

105 Cliteur 2002, p. 162.

aan de democratie, ze hebben informatie nodig om een bijdrage aan de samenleving te kunnen leveren en ze hebben informatie nodig om in de maatschappij te kunnen functioneren.

Op dit moment staat in de Grondwet het verstrekken van informatie door de overheid slechts als inspanningsverplichting voor de overheid geformuleerd. Hierdoor wordt het belang van overheidsinformatie voor zowel de burger als de maatschappij niet voldoende onderkend. Dit is zowel niet in overeenstemming met de meest recente jurisprudentie van het EHRM, als met het Verdrag van Tromsø. Het recht op toegang tot overheidsinformatie zou dan ook als grondrecht moeten worden opgenomen in de Grondwet.