

7 Samenvatting en conclusies

7.1 Inleiding

In deze studie worden de juridische implicaties van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen in de communicatie tussen overheid en burger onderzocht. Het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door de overheid heeft de wijze waarop gecommuniceerd wordt, veranderd. 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 Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze regeling is besproken in hoofdstuk 3. Verder worden er in meer en meer wetten verplichtingen opgenomen om elektronisch te communiceren. Voorbeelden hiervan zijn de Wet ruimtelijke ordening (Wro), waarin de verplichting staat om bestemmingsplannen elektronisch bekend te maken en beschikbaar te houden, de wijziging van de Bekendmakingswet, waardoor 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 op verschillende manieren door de overheid gebruikt. Niet alleen om informatie te verstrekken en te verkrijgen, maar ook 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.

Dit leidt tot de volgende 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. Hierbij zijn 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.
- en ten derde de normen die van toepassing zijn op het opslaan van de informatie.

Ten slotte komt aan de orde op welke wijze gewaarborgd kan worden dat de overheid zich ook aan de normen voor informatieverstrekking houdt.

In hoofdstuk 2 zijn de grondslagen van een recht op toegang tot overheidsinformatie onderzocht. In hoofdstuk 3 is 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 is in hoofdstuk 4 onderzocht welke normen van toepassing zijn op de elektronische verstrekking van informatie, de communicatie door de overheid. In hoofdstuk 5 kwam 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 de 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? Vervolgens kwam in hoofdstuk 6 aan de orde op welke wijze gewaarborgd kan worden dat de overheid zich aan deze normen houdt. Wat is bijvoorbeeld een informatiecommissaris, en biedt deze figuur meerwaarde? Ten slotte volgen in dit zevende hoofdstuk een samenvatting en conclusies. De vraag wordt beantwoord of het gebruik van informatie- en communicatietechnologie tot wijziging van de bestuursrechtelijke normen die van toepassing zijn op elektronische overheidscommunicatie en informatieverstrekking moet leiden.

Het gebruik van elektronische communicatiemiddelen wordt getoetst aan een drietal eisen die voortvloeien uit rechtsstatelijke beginselen als rechtszekerheid, legaliteit, machtenscheiding, democratie en bescherming van grondrechten. Dit zijn:

- *Transparantie en toegang tot informatie.* Dit betreft zowel de transparantie die de werking van de elektronische communicatiemiddelen aangaat, als de toegang die burgers moeten hebben om op gemakkelijke wijze over de informatie te kunnen beschikken die nodig is om hun positie te kunnen bepalen. Deze transparantie maakt de elektronische communicatiemiddelen waar de overheid gebruik van maakt, en de wijze waarop deze worden gebruikt, ook 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 en 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 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, en ten derde de 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. Als dit gewaarborgd is, dan bevordert dit het beginsel van de rechtszekerheid en de dienende overheid.

– *Vertrouwelijkheid.* De burger kan er zeker van zijn dat het overheidsorgaan dat gebruik maakt van elektronische communicatiemiddelen, op een zorgvuldige wijze met persoonlijke gegevens omgaat. Dit heeft te maken met de bescherming van grondrechten. Daarbij bevordert dit de werking van het beginsel van de rechtszekerheid.

7.2 De grondslagen van een recht op toegang tot overheidsinformatie

Als eerste werd, als uitvloeisel van de eis van transparantie en toegang tot overheidsinformatie, onderzocht wat de grondslagen zijn van een recht op toegang tot overheidsinformatie.

Het recht op toegang tot overheidsinformatie is een fundamenteel beginsel van een moderne democratische rechtsstaat. 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 informatiekanaalen moet volgens hem ‘in steen gebeiteld staan’. Ook de commissie Franken komt tot het oordeel dat de zich snel ontwikkelende informatiesamenleving veranderingen met zich mee brengt, 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. Wegens de door haar geschetste afname van het belang van het geschreven recht kan het legaliteitsbeginsel niet meer volledig de

legitimiteit van overheidshandelen waarborgen. Transparantie kan dit wel en zou volgens haar aanvullend moet 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, mits 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 deze auteurs het er over eens zijn dat een recht op toegang tot overheidsinformatie in een moderne democratische rechtsstaat een fundamenteel recht is. De Nederlandse Grondwet geeft in art. 110 slechts 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 ontvangstrecht wel gekoppeld aan het recht op vrijheid van meningsuiting. Vrijheid van meningsuiting kan namelijk, zoals Schuijt terecht 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. Het lijkt er echter op dat deze vaste jurisprudentie opschuift, in die zin dat ontvangstvrijheid 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 in een democratische samenleving en gebaseerd 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 Hof gaat met deze beslissing een stap verder 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.

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 rol. In dit geval is het motief een bijdrage leveren aan het publieke debat. De uitspraak geeft dan ook 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.

Hierboven staat 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 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 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. Zoals Bovens en de commissie Franken vaststellen, heeft een recht op toegang tot informatie te maken met de maatschappelijke positie van burgers. Dit geldt meer en meer, nu de samenleving zich ontwikkelt naar een informatiemaatschappij. Burgers die geen toegang hebben tot de verschillende informatiekanalen, worden daardoor belemmerd in hun functioneren in de samenleving.

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 als geheel onvoldoende onderkend. Dit lijkt ook niet in overeenstemming te zijn met de meest recente jurisprudentie van het EHRM, en met het Verdrag van Tromsø. Het recht op toegang tot overheidsinformatie moet dan ook als grondrecht worden opgenomen in de Grondwet.

7.3 Communicatie met de overheid

Elektronische communicatie met de overheid is gedeeltelijk gereguleerd in afdeling 2.3 van de Awb. Deze facultatieve regeling geeft regels ten aanzien van communicatie langs elektronische weg tussen burger en bestuursorgaan, maar schrijft deze vorm van communicatie niet voor.

Het gaat bij deze regeling om berichten die langs elektronische weg verzonden worden. Wat een bericht is, wordt in afdeling 2.3 niet gedefinieerd. Een bericht in de zin van afdeling 2.3 kan elke mededeling zijn die een bestuursorgaan aan een burger of een burger aan een bestuursorgaan wil zenden. In afdeling 2.3 is niet voorgeschreven dat een bericht schriftelijk moet zijn. Hierdoor kan een bericht ook heel goed mondeling zijn, zoals een podcast, of uit beeld en geluid bestaan, zoals een film die door een bestuursorgaan op een website wordt geplaatst.

Ook het begrip verkeer langs elektronische weg wordt niet gedefinieerd. In de memorie van toelichting worden voorbeelden genoemd als e-mail, websites, intra- of internet en sms-berichten. Van verzending langs elektronische

weg is sprake indien het transport van het bericht volledig dan wel gedeeltelijk via elektronische middelen plaats vindt. Hierdoor vallen berichten die op een elektronische gegevensdrager langs conventionele weg worden verzonden (zoals een diskette die per post wordt verzonden), ook onder de regeling van afdeling 2.3.

Een elektronisch bericht hoeft niet per definitie schriftelijk te zijn. Alleen als het vormvereiste schriftelijk wordt gesteld, dan moet het bericht aan die eis voldoen. Over de vormvoorschriften schriftelijk en ondertekening is bepaald dat communicatie via de elektronische weg in beginsel gelijkwaardig is aan communicatie via de conventionele, papieren weg, mits zij dezelfde functies kan vervullen. Hiervoor wordt de term functionele equivalenten gebruikt. Een elektronisch bericht voldoet aan dit vormvereiste wanneer door middel van het bericht de boodschap kan worden overgebracht, en de gebruikte tekens met codering onder alle omstandigheden een gelijkwaardig resultaat opleveren.

Het gebruik van de elektronische handtekening in het bestuurlijk verkeer is op dit moment niet geheel probleemloos. Er zijn drie verschillende soorten elektronische handtekeningen: De eerste, de elektronische handtekening is blijkens art. 2, eerste lid van Richtlijn 1999/93/EG en art. 3:15a, vierde lid, BW: 'een handtekening die bestaat uit elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die worden gebruikt als middel voor authenticatie.' Deze relatief abstracte definitie houdt in dat elk (deels) elektronisch middel waarmee authenticatie kan plaats vinden, als elektronische handtekening kan worden beschouwd.

Naast deze algemene omschrijving kent Richtlijn 1999/93/EG de geavanceerde elektronische handtekening. Hiervan is blijkens art. 2, tweede lid, van de Richtlijn sprake indien de elektronische handtekening aan de volgende vier eisen voldoet:

- a. zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden;
- b. zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren;
- c. zij komt tot stand met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden; en
- d. zij is op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking heeft verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord.

De derde vorm wordt een gekwalificeerde handtekening genoemd. Dit houdt een geavanceerde elektronische handtekening in waarbij de identiteit van de ondertekenaar gegarandeerd en gecontroleerd kan worden door middel van certificaten die uitgegeven en gecontroleerd worden door de zogenaamde Trusted Third Parties (TTP's). Dit wordt ook de digitale handtekening genoemd.

In art. 2:16 Awb wordt deze laatste vorm, de gekwalificeerde elektronische handtekening uit het BW, van overeenkomstige toepassing verklaard voor zover de aard van het bericht zich daartegen niet verzet. Maar op dit moment is het in het verkeer tussen burger en bestuursorgaan nog niet algemeen mogelijk om van de gekwalificeerde elektronische handtekening gebruik te maken. Het middel DigiD voldoet noch aan de eisen die aan de gekwalificeerde handtekening, noch aan de eisen die aan de geavanceerde handtekening worden gesteld. Ook vergt het gebruik van een gekwalificeerde elektronische handtekening meer van de gebruiker dan het gebruik van een conventionele handtekening. Het is daarom de vraag of dit zware authenticatiemiddel nodig is in alle gevallen waarin een handtekening vereist is. Het ligt voor de hand om te differentiëren: bij bepaalde soorten berichten zou het bestuursorgaan heel goed aan de hand van de inhoud van het bericht, bijvoorbeeld door het gebruik van correspondentienummers, de identiteit van de afzender voldoende kunnen vaststellen. Hoe vaak wordt er in het geval van een op de conventionele wijze ingediend bezwaarschrift nagegaan of de handtekening daadwerkelijk afkomstig is van de indiener van het geschrift? Zo worden voor de elektronische communicatie zwaardere eisen gesteld dan in het geval van conventionele communicatie.

Uitgangspunt van afdeling 2.3 Awb is het principe van de nevenschikking. Dat houdt in dat de overheid ook altijd nog op de conventionele wijze bereikbaar moet zijn. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken in een bijzondere wet. En dit gebeurt reeds in de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Bekendmakingswet, de Dienstenwet en de Wet ruimtelijke ordening. Ondanks het beginsel van de nevenschikking wordt steeds meer elektronische communicatie de norm, en conventionele de uitzondering.

Berichten kunnen elektronisch verzonden worden, indien de geadresseerde heeft kenbaar gemaakt langs deze weg voldoende bereikbaar te zijn, art. 2:14, eerste lid, Awb. Bij een onbekend aantal geadresseerden, zoals bij besluiten van algemene strekking, kan dit niet. Daarom gold daarvoor dat de verzending van berichten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht, niet uitsluitend elektronisch gebeurt, art. 2:14, tweede lid, en art. 3:42, tweede lid, Awb. Op deze bepaling is inmiddels een uitzondering van kracht door de Bekendmakingswet. Gevolg van het feit dat elektronische communicatie meer en meer de regel wordt, is dat de voorwaarde voor het kenbaar maken van hun elektronische bereikbaarheid door burgers minder vaak geldt. Dit leidt tot de conclusie dat toegang tot elektronische communicatiemiddelen essentieel is om in de samenleving te kunnen functioneren. Burgers moeten gemakkelijk over deze middelen kunnen beschikken.

Art. 2:15, eerste lid, Awb bepaalt dat een bericht elektronisch aan een bestuursorgaan kan worden verzonden voor zover het bestuursorgaan heeft kenbaar gemaakt dat deze weg geopend is. Het bestuursorgaan kan hierin differentiëren, dus ten aanzien van het ene beleidsterrein de elektronische weg wel openstellen en ten aanzien van het andere niet. Ten aanzien van communicatie door de burger met de overheid lijkt deze eis onnodig formalisme en onduidelijkheid voor de burger in de hand te werken. De norm uit deze bepaling moet worden omgedraaid: elektronische communicatie is mogelijk, tenzij het overheidsorgaan met redenen omkleed aangeeft waarom dit niet mogelijk is.

Verder heeft het bestuursorgaan beleidsvrijheid ten aanzien van de nadere eisen die het kan stellen aan het gebruik van de elektronische weg. Beslissingen die het bestuursorgaan ten aanzien van de nadere eisen neemt, zijn echter niet appellabel. Ten onrechte, omdat nu niet aan de bestuursrechter de vraag kan worden voorgelegd welke nadere eisen nog redelijk zijn en welke niet meer. Wel kan hierover worden geklaagd bij een klachtvoorziening, en uiteindelijk in veel gevallen bij de Nationale ombudsman. Uitgangspunt hierbij was blijkens de parlementaire geschiedenis dat de conventionele, papieren wijze van communicatie altijd nog voorhanden was. Nu dit uitgangspunt van de nevenschikking op een aantal gebieden verlaten is, zal de wetgever moeten terugkomen van de beslissing om het stellen van nadere eisen niet-appellabel te maken. Veel nadere eisen zullen geen besluit, maar een voorbereidingshandeling in de zin van art. 6:3 Awb inhouden. Het laten vervallen van art. 8:4, aanhef en onder k, Awb zal dan ook als gevolg hebben dat die nadere eisen die als een besluit in de zin van de Awb zijn aan te merken en die bovendien de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treffen, appellabel zijn. Dit is gerechtvaardigd door het verminderen van het belang van het beginsel van de nevenschikking, en het gegeven dat elektronische communicatie de norm wordt.

In de art. 2:14, derde lid, en 2:15, derde lid, Awb is de algemene eis gesteld dat elektronische berichten op een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier verzonden worden. De regeling van de elektronische handtekening in art. 2:16 Awb is een nadere invulling van de eis van betrouwbaarheid, maar vervangt deze niet. Het begrip betrouwbaarheid wordt volgens de wetstoelichting ingevuld door de 'beginselen van behoorlijk IT gebruik' van Franken. Door gebruik te maken van een gekwalificeerde elektronische handtekening wordt in meer of mindere mate voldaan aan de beginselen authenticiteit, integriteit, onweerlegbaarheid en transparantie. Met de elektronische handtekening is niet voldaan aan de beginselen beschikbaarheid en flexibiliteit. De eis van beschikbaarheid heeft te maken met de toegankelijkheid van de elektronische systemen voor burgers: kan een ieder er gebruik van

maken? Ook heeft het te maken met de beschikbaarheid van elektronische informatie voor burgers. Aan de eis van flexibiliteit wordt voldaan wanneer het technologische systeem waarvan gebruik gemaakt wordt, op eenvoudige wijze is aan te passen aan nieuwe gebruikseisen. Patenten en auteursrecht kunnen hier echter in de weg staan. De conclusie kan daarom getrokken worden dat, om te voldoen aan de eis van flexibiliteit, de technologische systemen die door de overheid worden gebruikt, alleen aan deze wettelijk norm voldoen wanneer daarin gebruik wordt gemaakt van open standaarden.

Een volgend aspect is dat volgens de memorie van toelichting de verzender van het elektronische bericht moet instaan voor de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid daarvan. Dit geldt zowel voor berichten die door de burger naar het bestuursorgaan worden verzonden, als voor berichten die door het bestuursorgaan naar de burger worden verzonden. Dit leidt tot de conclusie dat disclaimers die op een groot aantal websites van bestuursorganen staan en regelmatig onder e-mailberichten afkomstig van bestuursorganen te vinden zijn, in strijd zijn met art. 2:14 Awb. Indien het bestuursorgaan immers niet kan instaan voor de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van de elektronische berichtgeving, dan had het niet voor deze weg moeten kiezen. Dit geldt ook voor de technische kwaliteiten: kiest een bestuursorgaan ervoor om via een website met burgers te communiceren, dan moet dit bestuursorgaan ervoor in staan dat deze website in technisch opzicht goed functioneert en beschikbaar is. De risico's voor een niet functionerende website liggen aan de kant van het bestuursorgaan.

De eis van betrouwbaarheid geldt zowel berichten die door een bestuursorgaan naar een burger worden verzonden, als de omgekeerde situatie. Voor de laatste situatie ontstaat er een infrastructuur van de elektronische middelen tot authenticatie. Een systeem waarbij de burger kan vaststellen dat een bericht daadwerkelijk van de overheid afkomstig is, ontbreekt. In de situatie dat een bestuursorgaan op elektronische wijze berichten naar een burger verstuurt, moet ook hierbij de betrouwbaarheid en dan met name de authenticiteit van de berichten gewaarborgd zijn.

Bij communicatie door de overheid met de burger is deze eis echter nieuw. Bij veel overheidscommunicatie is de eis niet gesteld dat deze ondertekend is. Door de eis van betrouwbaarheid wordt er, afhankelijk van de aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het gebruikt wordt, een vorm van authenticatie van overheidscommunicatie ingevoerd die voorheen niet bestond.

Door het reeds ingeburgerde gebruik van faxapparatuur is er inmiddels vrij veel jurisprudentie over het begin en einde van de termijn bij elektronische communicatie. Bij verzending van een elektronisch bericht naar een

bestuursorgaan geldt dat de verzender moet bijhouden of en wanneer een bepaald bericht verzonden is. Bij twijfel moet contact worden opgenomen met het bestuursorgaan om na te gaan of een bericht ontvangen dan wel verzonden is. Het bestaan van een plicht voor bestuursorganen om logfiles dan wel een verzend- of gespreksregistratie bij te houden valt nog niet uit de jurisprudentie af te leiden. Wel kan het ontbreken van een dergelijke registratie ertoe leiden dat de ontvangst van een bericht door het bestuursorgaan niet op een niet ongeloofwaardige wijze ontkend kan worden, maar in de beide aangehaalde uitspraken speelde naast het ontbreken van een ontvangstregistratie ook het niet op orde zijn van de dossiers een rol. De bewijspositie van de burger die gebruik maakt van elektronische communicatiemiddelen is voordeliger dan die van de burger die gebruik maakt van de conventionele weg. De vraag of alleen het ontbreken van een ontvangstregistratie op zich zelf kan leiden tot een ‘niet ongeloofwaardige ontkenning’, is nog niet beantwoord. De verplichting tot het bijhouden van een ontvangstregistratie door bestuursorganen moet echter worden aangenomen.

7.4 Communicatie door de overheid

Zijn de verschillende normen voor communicatie door de overheid, adequaat? Er bestaan verschillende publicatie-, bekendmakings- en openbaarmakingsverplichtingen. Meer en meer wordt informatie op elektronische wijze door de overheid bekendgemaakt.

Ten aanzien van informatie inzake de wetgever geldt het volgende. Voor wetten en andere algemeen verbindende voorschriften, afkomstig van de centrale overheid, is door wijziging van de Bekendmakingswet nu geregeld dat deze elektronisch bekend gemaakt worden. Algemeen verbindende voorschriften die afkomstig zijn van decentrale overheidsorganen kunnen naar keuze van het betrokken bestuursorgaan elektronisch bekend gemaakt worden. In alle gevallen is bij elektronische bekendmaking een voorziening getroffen voor burgers die een papieren versie wensen te ontvangen. Ook de openbaarmaking van informatie over de vergaderingen van vertegenwoordigende organen is wettelijk geregeld. Opmerkelijk is dat op decentraal niveau de verslaglegging van vergaderingen naar eigen inzicht van het betrokken orgaan geregeld kan worden. Uitwerkingen zoals het maken van video- en audioverslagen zijn strikt genomen niet in strijd met de wet. Maar dat lijkt te volgen uit het feit dat de wetgever bij het opstellen van de wettelijke bepalingen geen rekening gehouden heeft met nieuwe technieken. Het aanbieden van verslagen van vertegenwoordigende lichamen alleen op elektronische gegevensdragers, levert wegens het democratische belang van deze documenten een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel op, zolang niets geregeld is voor de mogelijkheid om

een papieren versie te krijgen. Het uitgangspunt is immers nog steeds dat niet iedereen over deze communicatiemiddelen beschikt. De wetgever dient dit te regelen en daarbij aandacht te besteden aan de mogelijkheid om een papieren versie van een verslag te verkrijgen.

Voor de rechterlijke macht geldt dat informatie die betrekking heeft op de rechterlijke macht, valt onder deze essentiële informatie. Deze wordt openbaar gemaakt vanuit democratische dan wel rechtsstatelijke motieven. Uiteraard moeten allereerst betrokkenen kennis kunnen nemen van de uitspraak van een rechter. Ook anderen moeten echter van deze uitspraken kennis kunnen nemen, zij vormen immers de uitleg van de regels van de maatschappij. Dit bevordert daarmee het legaliteitsbeginsel. Daarbij vormt openbaarheid van rechterlijke uitspraken en zittingen een waarborg voor het gelijkheidsbeginsel.

De genoemde bepalingen vormen een invulling van het legaliteitsbeginsel. Daarnaast vormen deze bepalingen de democratische rechtsstaat. De bepalingen die zien op de openbaarheid van vergaderingen van de wetgevende organen, hebben te maken met de democratische controle op deze organen. Bij een wetgevingsproces dat zich in beslotenheid afspeelt, is democratische controle immers niet mogelijk. Wanneer men niet weet wat er in de beslotenheid is overlegd, kunnen bestuurders en volksvertegenwoordigers daarvoor niet ter verantwoording geroepen worden door de burger. Hier dus niet alleen een rechtstreeks verband met het legaliteitsbeginsel, maar ook met het kiesrecht van de burger en het afleggen van verantwoordelijkheid aan de burger. Overheidsinformatie die onder deze bekendmakingsverplichtingen valt, hoort tot de kern van de democratie en de informatie wordt openbaar gemaakt vanuit democratisch en rechtsstatelijk oogpunt.

De bestuurlijke informatie betreft een grote verscheidenheid aan informatie en is niet eenvoudig te categoriseren. Hier is al minder sprake van overheidsinformatie waarvan de verstrekking geregeld wordt in wettelijke plichten. Het verstrekken van deze informatie is essentieel. Het bekendmaken van besluiten is nodig ter invulling van de rechtszekerheid. Het verstrekken van informatie over de totstandkoming van een besluit is nodig om invulling te geven aan het democratiebeginsel, of ter invulling van de individuele positie van de burger. Dit geldt ook voor de verschillende publicatieverplichtingen.

De invulling van art. 8 Wob levert onduidelijkheden op. Steeds is in het voorgaande vastgesteld dat het ter waarborging van de rechtsstatelijke waarden essentieel is dat de overheid informatie verstrekt. Het verdient daarom aanbeveling om in een wet te bepalen welke overheidsinformatie actief openbaar gemaakt moet worden. Vervolgens moet dit een verplichting zijn waar de burger het overheidsorgaan aan kan houden.

De werkingssfeer van de Wob zal verruimd moeten worden naar overheidsorganen. Dit volgt uit het verdrag van Tromsø. Dit betekent dat informatie die betrekking heeft op het bestuurlijk functioneren van overheidsorganen die geen bestuursorganen in de zin van de Awb zijn, onder de werkingssfeer van de Wob komt te vallen.

Ten slotte bieden de relatieve weigeringsgronden uit de Wob, in samenhang met de marginale toetsing daarvan door de bestuursrechter het bestuur dusdanig veel ruimte dat niet meer kan worden gesproken van een weigeringsgrond die precies in de wet is vastgelegd. Uit art. 3, eerste lid, van het verdrag van Tromsø blijkt dat daarvan wel sprake moet zijn. Beter zou dan ook zijn de relatieve weigeringsgronden te vervangen door een formulering waaruit een intensieve rechterlijke toets kan plaats vinden. Ook volgens het arrest *Társaság a Szabadságjogokért* van het EHRM kan geen sprake zijn van ‘arbitrary restrictions’.

Bij het elektronisch verstrekken van informatie worden twee zwaar wegende rechten tegen elkaar afgewogen: het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt afgewogen tegen het recht op toegang tot overheidsinformatie. Meer specifiek zijn deze twee belangen in twee verschillende wetten beschermd: de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), waar het gaat om het verstrekken van informatie, en de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), die de bescherming van persoonsgegevens regelt.

Uit de wetsgeschiedenis van de Wbp blijkt dat de Wob een bijzondere regeling is die voor de Wbp gaat. Ook uit gemeenschapsjurisprudentie, het arrest *Bavarian Beer*, blijkt dat de openbaarheidsregeling voorgaat, en dat het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer binnen de openbaarheidsregeling voldoende gewaarborgd is. Daarbij blijkt uit dit arrest dat de toetsing aan art. 8 EVRM altijd een rol speelt. Uit jurisprudentie van de Afdeling blijkt dat deze bij de vraag of informatie met daarin persoonsgegevens openbaar mag worden gemaakt, niet toetst aan de Wbp. De conclusie kan dan ook getrokken worden dat, wanneer overheidsinformatie met daarin persoonsgegevens openbaar wordt gemaakt, het normenkader uit de Wob van toepassing is, en niet het kader uit de Wbp.

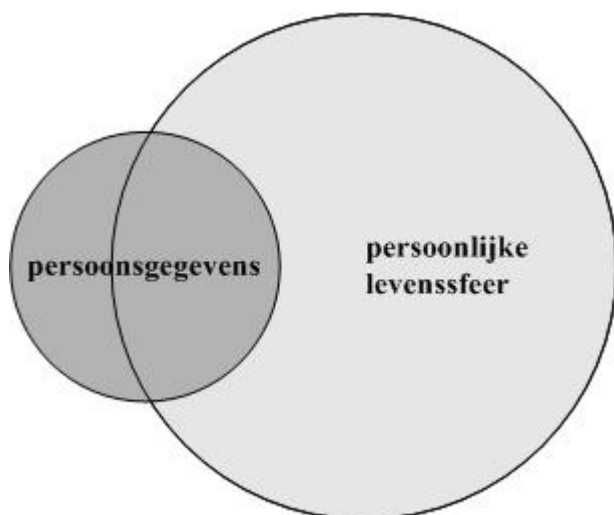
Uit het *Bank Austria* arrest van het GvEA blijkt dat uit het legaliteitsbeginsel niet kan worden afgeleid dat alleen dan openbaar mag worden gemaakt, wanneer specifiek in de bekendmaking van de informatie is voorzien. Dit zou volgens het Gerecht in strijd zijn met het beginsel volgens hetwelk besluiten in zo groot mogelijke openbaarheid worden genomen. De Afdeling merkt in de uitspraak betreffende het Nijkerkse afdelingshoofd art. 8 Wob aan als grondslag voor het openbaar maken van overheidsinformatie. Uit deze uitspraak kan evenwel niet worden afgeleid dat de Afdeling van oordeel is dat

overheidsinformatie alleen met een specifieke grondslag openbaar gemaakt kan worden. Het lijkt dan ook terecht om te oordelen dat overheidsinformatie in beginsel openbaar is, tenzij een zwaarwegende grond zich hiertegen verzet. Dit is ook in overeenstemming met het hiervoor besprokene, waarin geconcludeerd werd dat er een recht op toegang tot overheidsinformatie moet zijn.

Bij de afweging tussen het belang van openbaarheid en het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is allereerst van belang om vast te stellen dat niet elke openbaarmaking van een persoonsgegeven een inbreuk vormt op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Uit de jurisprudentie blijkt dat onderscheid gemaakt zou moeten worden naar de aard van het betrokken persoonsgegeven. Ondersteuning voor dit standpunt is eveneens te vinden in richtlijn 95/46 en in de Wbp, waarin ook onderscheid gemaakt wordt tussen ‘normale’ en ‘bijzondere’ persoonsgegevens, waarbij aan de laatste meer bescherming geboden moet worden. Dat niet elk persoonsgegeven op dezelfde wijze beschermd wordt, blijkt uit de uitspraak van de Afdeling over het al dan niet verstrekken van de adressen van de leden van de Leeuwardense bezwaarschriftencommissie. Er kan onderscheid gemaakt worden tussen persoonsgegevens waarvan openbaar maken een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer (i.c. de privé-adressen van de commissieleden), en gegevens waarvan openbaarmaking geen inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer (i.c. de namen van de commissieleden). Deze namen waren geen onderdeel van de procedure, want zij waren al openbaar gemaakt. Maar deze uitspraak illustreert wel dat het ene persoonsgegeven, i.c. een naam, minder bescherming nodig kan hebben dan het andere, i.c. een adres.

Het openbaar maken van overheidsinformatie met daarin persoonsgegevens levert onder omstandigheden dan ook geen inbreuk op op de persoonlijke levenssfeer, zoals ook blijkt uit de uitspraak *Bavarian Beer*. Hierin oordeelde het Hof van Justitie dat het openbaren van namen van personen, die als vertegenwoordigers van een bepaalde entiteit aan een vergadering deelnamen, geen inbreuk oplevert op de persoonlijke levenssfeer van deze personen. Ook de Afdeling oordeelt, in een bestendige lijn van jurisprudentie, dat het verstrekken van gegevens die te maken hebben met het beroepsmatig functioneren van betrokkenen, geen inbreuk oplevert op de persoonlijke levenssfeer van deze betrokkenen.

Dit leidt tot de volgende figuur:



Openbaar zijn persoonsgegevens die te maken hebben met beroepsmatig functioneren. Dit geldt niet voor alle persoonsgegevens, maar wel voor die gegevens die het maatschappelijk debat raken. Bijvoorbeeld informatie die te maken heeft met de integriteit van de overheid. Dit geldt ook voor informatie die te maken heeft met het personeelsbeleid, bijvoorbeeld over bonussen en circulatie in functies.

Verder zijn openbaar die besluiten, waarbij derden een belang kunnen hebben. Dit zullen voornamelijk besluiten zijn waar derden beroep tegen kunnen instellen. Het openbaar maken van deze informatie is geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Een uitzondering is de uitspraak met betrekking tot het openbaar maken van de naam van de aanvrager van een demonstratievergunning. Niet duidelijk is waarom de Afdeling tot deze afweging kwam; denkbaar is de bescherming van het recht op demonstratie maar dat blijkt niet uit de uitspraak. De uitzondering die de Afdeling maakte op het openbaar maken van een lijst met woonboten die illegaal een ligplaats innemen, past niet meer in de opvatting dat besluiten waar derden bezwaar en beroep tegen kunnen instellen, openbaar moet zijn. Immers, ook tegen een weigering om te handhaven kan geprocedeerd worden. Altijd geldt hier een proportionaliteits- en subsidiariteitseis. Informatie die niet bijdraagt aan het bereiken van het doel, dient niet openbaar gemaakt te worden. Dat wil zeggen dat het vermelden van een naam gerechtvaardigd kan zijn, maar het vermelden van overige persoonsgegevens niet meer.

In de beleidslijn ‘Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie’ worden alle besluiten in de zin van art. 1:3 Awb aangemerkt als basisinformatie van de democratische rechtsstaat, die actief openbaar gemaakt moet worden. Dit is niet juist. Er zijn beschikkingen die niet actief, integraal openbaar gemaakt moeten worden. Een voorbeeld hiervan zijn beschikkingen waarin een recht op een uitkering wordt vastgesteld, of beschikkingen over belastingheffing. Beschikkingen waartegen een derde bezwaar of beroep kan instellen, moeten wel openbaar zijn.

Het elektronisch verstrekken van overheidsinformatie met persoonsgegevens afhankelijk maken van toestemming van de betrokkene, zoals het Cbp voorstelt, leidt tot ongelijkheid en onduidelijkheid.

Beter is het om bij wet vast te leggen welke categorieën informatie door de overheid actief, elektronisch openbaar gemaakt worden. Art. 8 Wob zou dan ook uitgebreid moeten worden met een categorisering van de informatie die onder deze bepaling valt. Vervolgens moet de wet een mogelijkheid bieden om het bestuursorgaan, in zwaarwegende gevallen, om afscherming van persoonsgegevens te verzoeken. Het besluit dat het bestuursorgaan neemt op een dergelijk verzoek, moet openstaan voor bezwaar en beroep.

7.5 Opslaan van informatie

De Archiefwet is van toepassing op elektronisch opgeslagen informatie. Ook is toegang tot overheidsinformatie een van de twee hoofddoelen van de Archiefwet. De Archiefwet heeft een ruimer toepassingsbereik dan de Wob. Het aantal overheidsorganen dat onder de Archiefwet valt, is ruimer dan het aantal overheidsorganen dat onder de Wob valt. Het begrip archiefbescheid komt echter wel overeen met het begrip document dat in de Wob gebruikt wordt. In beide gevallen betreft het overheidsinformatie die bestemd is om onder het betreffende overheidsorgaan te berusten. De beperkingen aan de openbaarheid op grond van de Archiefwet zijn ook minder ruim dan de beperkingen die de Wob stelt. Het is destijds echter ook expliciet de bedoeling geweest om in de Archiefwet een grotere openbaarheid te realiseren dan op grond van de Wob. Bij dit expliciet vastgelegde wetgevingsdoel zijn vraagtekens te plaatsen. Juist bij actuele zaken kan de behoefte aan openbaarheid groot zijn. Juist dan kan er behoefte zijn aan het afleggen van rekenschap door het betreffende overheidsorgaan en niet pas na 20 jaar.

De kernplicht van de wet, uit art. 3, die inhoudt dat overheidsorganen verplicht zijn de onder hen berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren, geldt voor alle overheidsinformatie die bestemd is om onder het overheidsorgaan te berusten. Deze verplichting geldt dan ook voor de hele levenscyclus van overheidsbescheiden: vanaf het

ontstaan tot en met de vernietiging of blijvende bewaring.³²⁰ De Archiefwet is daarmee van belang voor het toegankelijk maken en houden van overheidsinformatie. Verder heeft het overheidsorgaan op grond van de Archiefwet de verplichting om bescheiden die onder het orgaan behoren te berusten, te verkrijgen.

Deze verplichting geldt ook voor overheidsorganen die niet onder de Wob vallen, maar wel onder de Archiefwet. Zij moeten de bescheiden in toegankelijke staat bewaren, maar hoeven geen toegang te verlenen, zolang de bescheiden niet zijn overgebracht naar een archiefbewaarplaats. Het verdient aanbeveling om de terminologie op elkaar af te stemmen: de Wob zou dan ook van toepassing moeten zijn op overheidsorganen.

De Regeling geordende en toegankelijke staat archiefbescheiden bevat normen voor het bewaren van elektronische archiefbescheiden. Deze regeling, die gebaseerd is op art. 12 van het Archiefbesluit 1995, is echter alleen van toepassing op het bewaren van archiefbescheiden die op grond van een selectielijst voor bewaring in aanmerking komen. Dat houdt in dat bescheiden die na een bepaalde periode vernietigd zullen worden, niet duurzaam bewaard hoeven te blijven. Het toepassingsbereik van deze regeling is te beperkt. Veel bescheiden die niet blijvend bewaard hoeven te blijven, blijven toch een flinke periode bewaard, vaak een aantal jaren. Er geldt geen verplichting om deze informatie op een digitaal duurzame wijze op te slaan en zo'n verplichting is wel wenselijk. Wellicht kan deze verplichting worden afgeleid uit art. 3 Archiefwet: overheidsinformatie die niet op een digitaal duurzame wijze bewaard wordt, wordt niet in een goede, geordende en toegankelijke staat bewaard. Het verdient echter aanbeveling om de normen uit de Regeling op alle overheidsinformatie van toepassing te verklaren. Het zou daarom aanbeveling verdienen om een dergelijke regeling in de Wob op te nemen. Ook blijkt hieruit het belang van samenvoeging van Wob en Archiefwet.

Duidelijk is dat toegang tot overheidsinformatie te maken heeft met de kwaliteit van de informatiehuishouding. Overheidsinformatie die op onjuiste wijze bewaard wordt, is ook niet goed toegankelijk. Het verlenen van toegang tot deze informatie kan daardoor illusoir worden.

320 Van Boven 2003, p. 16.

7.6 Hoe wordt bevorderd dat de overheid zich aan deze normen houdt?

De taken en bevoegdheden van de verschillende in het buitenland bestaande informatiecommissarissen worden op dit moment in Nederland niet door enig ambt vervuld. De vraag is of een informatiecommissaris in Nederland enige toegevoegde waarde zou hebben. Deze vraag wordt positief beantwoord. Ten eerste vindt op dit moment in Nederland op geen enkele wijze voorlichting plaats over de toegang tot overheidsinformatie. De Wob lijkt in Nederland niet echt te leven, zoals blijkt uit het gebruik dat van deze wet gemaakt lijkt te worden. In een democratische rechtsstaat moet een levende openbaarheidswet bestaan. Een instituut dat voorlichting geeft over de regelgeving, zowel aan burgers als aan overheidsorganen, zou in Nederland dan ook een goede aanvulling zijn. Daarbij kan een klimaat waarin de overheid open is, ook het vertrouwen in de overheid vergroten.

Naast een voorlichtende taak kan een informatiecommissaris ook een geschilbeslechtende taak hebben. Deze taak wordt op dit moment vervuld door het instellen van beroep bij de rechtbank, en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit systeem is niet ideaal, om de volgende redenen. Een rechter kan geen beleidsmatige uitspraken doen. Een rechter toetst bestuurshandelen waarbij sprake is van een discretionaire bevoegdheid, terughoudend, zoals wanneer een bestuursorgaan bij het weigeren van informatie gebruik maakt van een relatieve weigeringsgrond, die een belangenafweging impliceert. En tenslotte duurt een procedure bij de bestuursrechter enige tijd, waardoor van snelle geschilbeslechting niet kan worden gesproken.

Oprichting van een zelfstandig instituut is niet nodig. Onderbrenging van een informatiecommissaris bij de Nationale ombudsman, in de vorm van een substituut-ombudsman met als speciale taak het houden van toezicht op toegang tot overheidsinformatie is de meest voor de hand liggende keuze. Dit past het best bij de reeds bestaande werkwijze van de Nationale ombudsman, die bestaat uit voorlichten en adviseren.

Het Nederlandse openbaarheidsklimaat is op dit moment het meest gebaat bij betere voorlichting en advisering. Het geven van voorlichting aan zowel overheidsorganen als aan burgers, is ook een taak die uit het verdrag van Tromsø voortvloeit. Na het niet-bindende rapport dat eventueel door de Nationale ombudsman is uitgebracht, moet wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming open blijven staan. Met een dergelijke uitbreiding van taken van de Nationale ombudsman is het recht op toegang tot overheidsinformatie gebaat.

7.7 Eindconclusies

Allereerst is het in de informatiemaatschappij niet juist dat het verstrekken van informatie door de overheid slechts als inspanningsverplichting voor de overheid in de Grondwet geformuleerd staat. Hierdoor wordt het belang van overheidsinformatie voor zowel de burger als de maatschappij onvoldoende onderkend. Dit lijkt ook niet in overeenstemming te zijn met zowel de meest recente jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), als met het Verdrag van Tromsø. Het recht op toegang tot overheidsinformatie moet dan ook als grondrecht worden opgenomen in de Grondwet.

Welke normen zijn van toepassing op elektronische vormen van communicatie met de overheid en zijn deze normen adequaat?

De eis van een elektronische handtekening kan tot onnodig formalisme leiden. Afdeling 2.3 biedt bestuursorganen de ruimte om andere middelen te gebruiken om een bericht te authenticeren, en bestuursorganen moeten van deze ruimte om te differentiëren naar gelang de aard en de inhoud van het bericht gebruik maken.

Op het uitgangspunt van de nevenschikking bestaat al een groot aantal uitzonderingen. Tegelijkertijd blijkt dat ook door zachte dwang het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door de overheid wordt bevorderd. Daarom kan worden geconstateerd dat het gebruik van elektronische communicatiemiddelen de norm aan het worden is en dat de conventionele wijze van communicatie langzamerhand naar de achtergrond verdwijnt. Dit bevestigt het gelijk van de wetgever bij de keuze om algemene regels te stellen over het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door de overheid, ondanks de snelle technische ontwikkelingen op dit terrein. De wetgever wilde de ontwikkeling van normen op dit punt niet volledig overlaten aan de wisselwerking van praktijk en jurisprudentie, omdat dit naar verwachting zou leiden tot een periode van (rechts)onzekerheid die ongewenst lang zou duren. Dit is een terechte keuze geweest.

Het naar de achtergrond verdwijnen van het uitgangspunt van de nevenschikking heeft echter wel een aantal consequenties. Dit leidt namelijk tot de conclusie dat burgers gemakkelijk over elektronische communicatiemiddelen moeten kunnen beschikken. Zonder deze middelen wordt communicatie met de overheid immers steeds beperkter mogelijk, en zonder communicatie met de overheid wordt functioneren in de samenleving beperkt.

De bepaling dat elektronische communicatie alleen mogelijk is, wanneer betrokkenen hebben aangegeven langs deze weg bereikbaar te zijn, verliest hierdoor ook deels haar kracht. In een aantal gevallen geldt het vereiste van kenbaar maken door burgers niet meer, er wordt namelijk elektronisch

gecommuniceerd. De burger die dit niet wil, moet er extra moeite voor doen om op de conventionele wijze met de overheid te kunnen communiceren.

Hier steekt de jurisprudentie over art. 2:15, eerste lid, Awb tegen af. Hieruit volgt dat alleen elektronisch met de overheid kan worden gecommuniceerd, indien deze dat kenbaar heeft gemaakt. Deze eis lijkt voor de burger onnodig formalisme en onduidelijkheid in de hand te werken. Beter zou het zijn deze norm om te draaien: elektronische communicatie met de overheid is mogelijk, tenzij het overheidsorgaan met redenen omkleed aangeeft waarom dit niet mogelijk is.

Verder leidt de beperking van het uitgangspunt van de nevenschikking tot de conclusie dat art. 8:4, aanhef en onder k, Awb moet komen te vervallen. Indien elektronische communicatie de norm wordt, dan moeten burgers nadere eisen die op grond van art. 2:15, eerste lid, Awb aan deze communicatie gesteld worden en die hen rechtstreeks in hun belang treffen, voor de rechter kunnen brengen. De ongebreidelde beleidsvrijheid die het gevolg is van art. 2:15, eerste lid, Awb in samenhang met art. 8:4, aanhef en onder k, Awb is dan ook niet adequaat.

Ten slotte wordt in art. 2:14, derde lid, en art. 2:15, derde lid, de eis gesteld dat berichten op voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier verzonden worden. De verzender staat daarvoor in. Disclaimers op overheidswebsites en onder e-mailberichten die verzonden zijn door bestuursorganen, zijn dan ook in strijd met art. 2:14 Awb.

In het algemeen zijn bestuurspraktijk en rechtspraak op het gebied van de elektronische communicatie nog niet uitgekristalliseerd. De normen lijken echter, met een enkele uitzondering, voldoende mogelijkheden te bieden voor een uitgebalanceerde praktijk.

Het openbaar maken van verslagen van vertegenwoordigende lichamen alleen door het maken van een video- of audioverslag moet wettelijk geregeld worden.

De relatieve weigeringsgronden uit de Wob moeten geherformuleerd worden. De beleidsvrijheid die het bestuursorgaan hierdoor krijgt, in combinatie met de marginale toetsing daarvan door de bestuursrechter, is in strijd met de rechtszekerheid. De beslissing of overheidsinformatie openbaar is of niet, moet niet afhankelijk gemaakt worden van beleidsmatige of politieke inzichten van het bestuursorgaan, waar de terughoudende rechterlijk toetsing op zijn plaats is.

Art. 8 Wob moet worden uitgebreid met een categorisering van de informatie die actief openbaar gemaakt moet worden. Bij wet moet vervolgens worden vastgelegd welke categorieën informatie door de overheid actief, elektronisch openbaar gemaakt worden. Vervolgens moet de wet een mogelijkheid bieden om het bestuursorgaan, in zwaarwegende gevallen, om afscherming van persoonsgegevens te verzoeken. Het besluit dat het

bestuursorgaan neemt op een dergelijk verzoek staat open voor bezwaar en beroep.

Het toepassingsbereik van de Wob moet worden uitgebreid naar overheidsorganen. Dit volgt uit het verdrag van Tromsø en volgt uit de conclusie dat de Wob en de Archiefwet geïntegreerd moeten worden.

De Wob en de Archiefwet moeten worden geïntegreerd. De Archiefwet is van belang voor het toegankelijk maken van overheidsinformatie. De norm, die uit de Archiefwet voortvloeit en die inhoudt dat overheidsinformatie toegankelijk moet zijn, moet voor alle informatie gelden die bij de overheid berust. Voor alle overheidsorganen moet de verplichting gelden dat zij elektronische informatie op een duurzame wijze bewaren. Dus ook bescheiden die na een bepaalde periode vernietigd zullen worden, moeten gedurende de bewaarperiode daarvan, duurzaam bewaard blijven.

Onderbrenging van een informatiecommissaris bij de Nationale ombudsman, in de vorm van een substituut-ombudsman met als speciale taak het houden van toezicht op toegang tot overheidsinformatie, is de meest voor de hand liggende keuze. Met een dergelijke uitbreiding van taken van de Nationale ombudsman is het recht op toegang tot overheidsinformatie gebaat.

Als eindconclusie kan gezegd worden dat de normen die gelden voor communicatie met de overheid, op een enkele uitzondering na, voldoende basis bieden voor een adequate rechtspraktijk. Dit kan niet gezegd worden voor de normen die gelden voor de communicatie door de overheid, de informatieverstrekking. Hier moeten de nodige wettelijke aanpassingen plaats vinden om een adequate praktijk goed mogelijk te maken. Ten slotte zou het belang van toegang tot overheidsinformatie veel meer, door een daartoe op te richten instituut, voor het voetlicht gebracht moeten worden.

