

**Bestuursrecht, e-mail en internet**  
**Bestuursrechtelijke normen voor elektronische**  
**overheidscommunicatie**

© 2011 A.M. Klingenberg/ Boom Juridische uitgevers

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veeleelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.*

*Voor zover het maken van reprografische veeleelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

ISBN 978-90-8974-405-0  
NUR 823  
[www.bju.nl](http://www.bju.nl)



# **RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN**

## **Bestuursrecht, e-mail en internet Bestuursrechtelijke aspecten van elektronische overheidscommunicatie**

### **Proefschrift**

ter verkrijging van het doctoraat in de  
Rechtsgeleerdheid  
aan de Rijksuniversiteit Groningen  
op gezag van de  
Rector Magnificus, dr. F. Zwarts,  
in het openbaar te verdedigen op  
donderdag 10 februari 2011  
om 16.15 uur

door

Aline Margreet Klingenberg  
geboren op 22 maart 1971  
te Emmen

Promotor: Prof. mr. L.J.A. Damen

Beoordelingscommissie: Prof. mr. dr. H.E. Bröring  
Prof. mr. dr. J.H. Jans  
Prof. dr. W.J.M. Voermans

## Voorwoord

Het is klaar. Toen Leo Damen mij aanstelde als docent bij de vakgroep bestuursrecht en vroeg of ik ook zou willen promoveren, heb ik heel duidelijk ‘nee’ geantwoord op zijn vraag. Maar toen na enkele jaren beide kinderen naar de basisschool gingen, vond ik dat ik tijd genoeg over had voor het schrijven van een proefschrift. Dat bleek enigszins optimistisch ingeschat. Mijn dochter heeft er onbewust wel mede voor gezorgd dat het af gekomen is. Al in een vroeg stadium vroeg zij mij een keer verontwaardigd waarom mensen met kinderen een boek moeten schrijven (in plaats van een spelletje met haar te doen). Deze vraag liet mij zien dat je met multitasken iedereen te kort doet. We zijn dat spelletje gaan doen.

Promoveren is niet een eenzame bezigheid. Er is dan ook een hele lijst van mensen die ik moet bedanken. Enkele daarvan: Ten eerste mijn ouders. Zij geven mij de zekerheid dat, welke keuze ik ook maak, zij achter mij staan. En ze staan ook altijd klaar om in te springen indien nodig. Mijn moeder heeft het hele manuscript een keer doorgelezen en er – toch nog – verschillende taal- en typefouten uitgehaald.

Jaap Henk Hoepman heeft uiterst geduldig al mijn vragen over encryptie, bits, bytes, authenticatie en verder alles wat technisch was beantwoord en verder veel nuttige suggesties gedaan. Student-assistent Nicole Hoogstra heeft registers gemaakt en de noten verbeterd. Al wat langer geleden heeft Frederick Leentfaar als student-assistent mij vooruitgeholpen met het stuk over de elektronische handtekening. Rhoda Schuling maakte de Engelse vertaling van de verkorte samenvatting. Voor het feit dat Leo Damen, na mijn aanvankelijke nee, toch de begeleiding van mijn proefschrift op zich genomen heeft dank ik hem. De leden van de beoordelingscommissie dank ik voor hun bereidwilligheid om in deze commissie zitting te nemen.

Tot slot: Remco, Edo en Tirza. Jullie vormen de drijvende kracht in alles wat ik doe.

Aline Klingenberg  
Groningen, 12 november 2010



# Inhoudsopgave

<b>1 Inleiding</b>	<b>1</b>
1.1 Aanleiding	1
1.2 Vraagstelling	6
1.3 Beoordelingsmaatstaf	7
1.4 Toelichting begrippen elektronische, openbare communicatie	13
1.4.1 Communicatie	13
1.4.2 Openbare of niet-openbare communicatie?	14
1.4.3 Elektronische communicatie	18
1.5 Belang van het onderzoek	19
1.6 Opbouw van het boek	21
<b>2 Recht op toegang tot overheidsinformatie</b>	<b>23</b>
2.1 Inleiding	23
2.2 Recht op toegang	23
2.2.1 Verschillende standpunten	24
2.2.2 Internationaal recht	30
2.2.2.1 Verdragsbepalingen	30
2.2.2.2 Jurisprudentie EHRM	31
2.2.2.3 Verdrag van Tromsø	37
2.2.2.4 Een Europees transparantiebeginsel	37
2.2.3 Nederlands recht	39
2.2.3.1 Nederlandse Grondwet	39
2.2.3.2 De bestuursrechter	41
2.2.3.3 De Nationale ombudsman	42
2.3 Samenvatting en conclusies	44
2.3.1 Samenvatting	44
2.3.2 Conclusies	47
<b>3 Algemene normen voor elektronische communicatie met de overheid</b>	<b>49</b>
3.1 Inleiding	49
3.2 Toepassingsbereik	50
3.3 Vormvoorschriften; schriftelijkheidseis en ondertekening	52
3.3.1 Het schriftelijkheidsvereiste	52
3.3.2 De ondertekening	55
3.3.2.1 Algemene omschrijving van de elektronische handtekening	57
3.3.2.2 De geavanceerde elektronische handtekening	59
3.3.2.3 De gekwalificeerde elektronische handtekening	61
3.3.2.4 Huidig stelsel	63
3.3.3 Conclusie vormvoorschriften schriftelijk en ondertekening	68
3.4 Uitgangspunt van nevenschikking	71
3.4.1 Belastingwetgeving	72
3.4.2 Bekendmakingswet	75
3.4.3 Dienstenwet en Dienstenrichtlijn	76
3.4.4 Wet ruimtelijke ordening en Wet algemene bepalingen omgevingsrecht	78
3.4.5 Overig	80
3.4.6 Conclusie nevenschikking	81
3.5 Kenbaar maken dat elektronisch verkeer mogelijk is	82
3.5.1 Toepassing art. 2:15 Awb	83
3.5.2 Conclusie kenbaar maken	87



3.6 Nadere eisen aan en consequenties van het gebruik van de elektronische weg	87
3.6.1 Conclusie nadere eisen	89
3.7 Betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid	90
3.7.1 Conclusie betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid	94
3.8 Begin en einde termijn	95
3.8.1 Conclusie begin en einde termijn	98
3.9 Samenvatting en conclusies	99
3.9.1 Samenvatting	99
3.9.2 Conclusies	103
<b>4 Algemene normen voor elektronische communicatie door de overheid</b>	<b>107</b>
4.1 Inleiding	107
4.2 Elektronisch verstrekken van overheidsinformatie	107
4.2.1 Wettelijke verplichtingen	110
4.2.1.1 Informatie inzake wetgeving	111
4.2.1.2 Informatie inzake de uitvoerende macht	117
4.2.1.3 Informatie inzake de rechterlijke macht	131
4.2.2 Beleid rijksoverheid	132
4.3 Bescherming persoonlijke levenssfeer	134
4.3.1 Wettelijk kader	134
4.3.1.1 Verhouding Wbp en Wet openbaarheid van bestuur	138
4.3.1.2 Standpunt College bescherming persoonsgegevens	138
4.3.2 Jurisprudentie	139
4.3.3 Conclusie	151
4.4 Samenvatting en conclusies	153
4.4.1 Samenvatting	153
4.4.2 Conclusies	156
<b>5 Bewaren en opslaan van elektronische overheidsinformatie</b>	<b>159</b>
5.1 Inleiding	159
5.2 Toepassingsbereik Archiefwet	161
5.2.1 Het overheidsorgaan	162
5.2.2 De zorgdrager	164
5.2.3 Archiefbescheiden	165
5.2.4 Openbaarheid van archiefbescheiden	167
5.2.5 Conclusie	169
5.3 Kernplicht Archiefwet	169
5.3.1 Bewaren van informatie	169
5.3.2 Digitale duurzaamheid	171
5.3.3 Conclusie	175
5.4 Samenvatting en conclusies	176
5.4.1 Samenvatting	176
5.4.2 Conclusies	178
<b>6 Toezicht op informatieverstrekking</b>	<b>179</b>
6.1 Inleiding	179
6.2 Uitkomsten rechtsvergelijkend onderzoek	181
6.3 De meerwaarde van een informatiecommissaris	185
6.3.1 Inleiding	185
6.3.2 Voorlichting	188
6.3.3 Laagdrempelige beroeps/klachtinstantie	190
6.3.4 Conclusie	193
6.4 Vormgeving en bevoegdheden van een Nederlandse informatiecommissaris	194

6.4.1 Inleiding	194
6.4.2 Taken en bevoegdheden	194
6.4.2.1 Voorlichtingstaak	195
6.4.2.2 Geschilbeslechtingstaak	195
6.4.3 Vormgeving	196
6.4.3.1 Vormgeving als zelfstandig instituut	197
6.4.3.2 Onderbrenging bij Nationale ombudsman	197
6.4.3.3 Onderbrenging bij College bescherming persoonsgegevens	198
6.4.4 Conclusie	199
6.5 Conclusies	200
6.5.1 Samenvatting	200
6.5.2 Conclusies	201
<b>7 Samenvatting en conclusies</b>	<b>203</b>
7.1 Inleiding	203
7.2 De grondslagen van een recht op toegang tot overheidsinformatie	205
7.3 Communicatie met de overheid	208
7.4 Communicatie door de overheid	213
7.5 Opslaan van informatie	218
7.6 Hoe wordt bevorderd dat de overheid zich aan deze normen houdt?	220
7.7 Eindconclusies	221
<b>Summary</b>	<b>225</b>
<b>Literatuurlijst</b>	<b>227</b>
<b>Jurisprudentieregister</b>	<b>233</b>
<b>Trefwoordenregister</b>	<b>237</b>
<b>Lijst van gebruikte afkortingen</b>	<b>241</b>





# 1 Inleiding

## 1.1 Aanleiding

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

Ook de overheid maakt gebruik van elektronische communicatiemiddelen. Dit is een wenselijke ontwikkeling: nu het gemak van de elektronische communicatiemiddelen eenmaal ontdekt is, willen mensen ook op deze wijze met de overheid kunnen communiceren. Een overheidsorgaan zonder website, waar je alleen onder kantooruren, telefonisch of door het afleggen van een bezoek, informatie kunt verkrijgen, is niet meer van deze tijd. De overheid wil ook zelf gebruik maken van deze middelen. Zo beschikken overheidsorganen over websites, houden bestuurders weblogs bij of vriendennetwerken op Facebook of Hyves. Ook is het bijvoorbeeld mogelijk om elektronisch aangifte te doen of elektronisch een klachtenformulier in te vullen. In de Wet ruimtelijke ordening (Wro) is de verplichting opgenomen om bestemmingsplannen ook elektronisch bekend te maken en beschikbaar te houden.<sup>1</sup> De overheid wil elektronische communicatiemiddelen ook inzetten om beleidsdoelen te bereiken. Volgens de rijksbrede 'ICT-agenda' zou ICT cruciaal zijn om van Europa de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie ter wereld te maken, zoals afgesproken tijdens de Europese Raad in Lissabon in 2000.<sup>2</sup> Verder zou ICT kunnen bijdragen aan de aanpak van een aantal

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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.<sup>8</sup> De commissie Wallage onderscheidt ook de burger als onderdaan, die onderworpen wordt aan maatregelen die de overheid genomen heeft.

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

---

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

6 Commissie Wallage, p. 31-32.

7 Bovens 1999, p. 106-110.

8 Bovens 1999, p. 107.

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

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

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

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

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

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

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

---

9 Bovens 1999, p. 109.

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



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

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

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

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

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

---

11 NRC Handelsblad 19 april 2008, Abortus als stopwoord.

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

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

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

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

## **1.2 Vraagstelling**

Het bovenstaande leidt tot de volgende centrale vraagstelling:

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

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

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

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

### **1.3 Beoordelingsmaatstaf**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

14 Van Ommeren 2003, p. 12.

15 Van Ommeren 2003, p. 18-19.

16 Scheltema 1989, p. 15.

17 Scheltema 1989, p. 15.

18 Scheltema 1989, p. 15-21.

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

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

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

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

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

---

19 Franken 1993, p. 18 e.v.

20 Franken 1993, p. 22.

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

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

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

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

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

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

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

---

21 Franken 1993, p. 22.

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

23 Franken 1993, p. 19.

24 Franken 1993, p. 18-19.

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

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

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

Integriteit van systemen zorgt voor rechtszekerheid.

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

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

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

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

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

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

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

---

25 Franken 1993, p. 19-20.

26 Franken 1993, p. 20.

27 Franken 1993, p. 20-21.

28 Franken 1993, p. 21.

29 Franken 1993, p. 21.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

## **1.4 Toelichting begrippen elektronische, openbare communicatie**

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

### **1.4.1 Communicatie**

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

---

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

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

32 Schuijt 2006, p. 22 - 23.

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

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

#### **1.4.2 Openbare of niet-openbare communicatie?**

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

37 Kaspersen 2008.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

### 1.4.3 Elektronische communicatie

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

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

---

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

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

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

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

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

## 1.5 Belang van het onderzoek

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

46 Rob en RvC 2008, p. 7.

47 Rob en RvC 2008, p. 5.

48 Rob en RvC 2008, p. 8.

49 Rob 2003, p. 38.

50 Rob 2003, p. 34.

51 Prins 2007, p. 118.

52 Prins 2007, p. 122.

53 Prins 2007, p. 130.



initiatief moeten kunnen nagaan of de overheidssystemen functioneren conform behoorlijkheidscriteria.<sup>54</sup>

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

## **1.6 Opbouw van het boek**

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

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

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

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

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

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

---

54 Prins 2007, p. 125.



## **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 parlamentslid werd ingediend bij het Hongaarse Constitutionele Hof. Het parlamentslid 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 parlamentslid 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 ontlenen 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.

## 3 Algemene normen voor elektronische communicatie met de overheid

### 3.1 Inleiding

Communicatie tussen burger en overheid is essentieel voor een goed functionerende overheid. Een *recht* op communicatie met de overheid bestaat niet. Dat communicatie plaatsvindt, wordt echter als vanzelfsprekend voorondersteld. Zonder communicatie immers geen contact, en zonder dit contact kan de overheid geen diensten verlenen, belasting heffen of informatie verstrekken, is er geen bestaansrecht voor de overheid. Zonder communicatie kan de burger bijvoorbeeld niet deelnemen aan inspraak, geen aanvragen, klachten of bezwaarschriften indienen. Veel burgers zijn voor allerlei zaken afhankelijk van de overheid, en daar tegenover staat dat de overheid voor het uitvoeren van haar taken afhankelijk is van informatie die zij van burgers krijgt. De wijze waarop communicatie plaatsvindt, is vaak gereguleerd in vormvoorschriften.

In haar rapport gaat de commissie Wallage wel uit van een recht van de burger op communicatie met de overheid. Volgens deze commissie dient de burger te allen tijde contact te kunnen zoeken met de overheid. De burger moet er ook op kunnen vertrouwen dat de overheid snel en adequaat antwoordt. Tevens moet de burger er op kunnen vertrouwen dat de communicatie open, feitelijk juist, begrijpelijk en integer is. Hierbij merkt de commissie op, dit recht op communicatie niet als een formeel in de wet te verankeren recht op te vatten, maar als een politiek-bestuurlijk uitgangspunt voor overheidscommunicatie.<sup>106</sup>

De elektronische communicatiemiddelen bieden een vlotte en laagdrempelige wijze van communiceren. Bestuurders en politici maken gebruik van deze middelen om hun profiel te vergroten en contact te kunnen hebben met burgers. Burgers maken hier ook gebruik van. Deze wijze van communiceren is vaak informeel van aard. Maar kunnen burgers, nu politici en bestuurders zich beschikbaar stellen voor deze laagdrempelige en informele wijze van communiceren, ook verwachten dat overheidsorganen in het algemeen op deze wijze te bereiken zijn? En: hoe ver moet de overheid gaan?

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd: allereerst wordt in paragraaf 3.2 ingegaan op het toepassingsbereik van de regeling in de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Vervolgens komen in paragraaf 3.3 de vormvoorschriften schriftelijk en ondertekening aan de orde. Dan wordt in paragraaf 3.4 ingegaan op het begrip nevenschikking, het uitgangspunt van de regeling, en in paragraaf 3.5 het kenbaar maken. Daarbij komt aan de orde wanneer verkeer langs

---

106 Commissie Wallage, p. 34.

elektronische weg is toegestaan. Aan welke voorwaarden dat verkeer moet voldoen wordt in paragraaf 3.6 beschreven, waarin de nadere eisen worden besproken. De voorwaarde dat het elektronisch verkeer moet voldoen aan de eisen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid wordt in paragraaf 3.7 besproken. Tenslotte komt het moment waarop, in verband met de termijnen, een elektronisch verzonden bericht als verzonden dan wel als ontvangen wordt beschouwd aan de orde in paragraaf 3.8. Een conclusie volgt ten slotte in paragraaf 3.9, waar de vraag beantwoord kan worden of de normen die van toepassing zijn op elektronische communicatie met de overheid voldoen aan de rechtsstatelijke beginselen.

### 3.2 Toepassingsbereik

Afdeling 2.3 is op 1 juli 2004 in werking getreden en is aan de Awb toegevoegd om het gebruik van elektronische communicatiemiddelen tussen burger en bestuur te bevorderen, en wettelijke belemmeringen voor elektronische besluitvorming weg te nemen. Dit zonder afbreuk te doen aan waarborgen voor de rechtszekerheid en zorgvuldigheid van de besluitvorming. De essentie van afdeling 2.3 wordt gevormd door drie hoofdvragen: ten eerste wanneer verkeer langs elektronische weg is toegestaan, ten tweede aan welke voorwaarden het verkeer langs elektronische weg moet voldoen, om even betrouwbaar te zijn als conventioneel verkeer en ten slotte de vraag in welke gevallen verkeer langs elektronische weg kan worden gelijkgesteld met andere vormen van verkeer.<sup>107</sup>

Afdeling 2.3 is bedoeld om antwoord te geven op vragen als:

- kan een bestuursorgaan zijn besluiten ook in elektronische vorm vastleggen en bekendmaken?
- kan een burger per e-mail een vergunning aanvragen?
- kan een gemeentebestuur een ontwerp-bestemmingsplan ter inzage leggen door het op zijn website te plaatsen?<sup>108</sup>

Uit art. 2:13 Awb, waarin staat dat een bericht elektronisch kan worden verzonden, kan worden afgeleid dat elektronisch verkeer in de Awb niet dwingend wordt voorgeschreven. Alleen als van de elektronische weg gebruik wordt gemaakt, dan moeten de bepalingen van afdeling 2.3 in acht worden genomen. Het gaat hier dus om een facultatieve regeling.<sup>109</sup>

Art. 2:13 Awb bepaalt dat in het verkeer tussen burgers en bestuursorganen een bericht elektronisch kan worden verzonden, mits de bepalingen van afdeling 2.3

---

107 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 2.

108 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 1.

109 Zie ook over afdeling 2.3 Awb Groothuis 2010.

in acht worden genomen. Ingevolge het tweede lid van art. 2:13 Awb zijn er twee uitzonderingen op deze hoofdregel. De eerste uitzondering is dat bij of krachtens wettelijk voorschrift is bepaald dat art. 2:13, eerste lid, Awb niet van toepassing is. In de uitspraak ‘aanvraag MEP-subsidie’ wordt op deze uitzonderingsgrond ingegaan. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelt ten aanzien van deze uitzonderingsgrond, dat het uitsluiten van de werking van het eerste lid van art. 2:13 Awb uitdrukkelijk dient te geschieden.<sup>110</sup>

‘Het College overweegt dat uit de Memorie van Toelichting bij afdeling 2.3 valt af te leiden dat het uitsluiten van de werking van het eerste lid van art. 2:13 uitdrukkelijk dient te geschieden. Op p. 27 van de MvT is bij de toelichting op artikel 2:13, tweede lid, Awb sprake van een “verbod” bij de beschrijving van gevallen waarin elektronisch verkeer bij of krachtens de wet is uitgesloten. In de betrokken wet staat bepaald dat een aanvraag wordt ingediend “met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier” dat wordt vastgesteld bij ministeriële regeling. Deze Regeling schrijft voor dat een aanvraag wordt ingediend “met gebruikmaking van het origineel van een ondertekend formulier” dat is opgenomen in een bijlage bij de Regeling. Het College is van oordeel dat in beide wettelijke voorschriften niet een uitdrukkelijke bepaling valt te lezen die art. 2:13 Awb, eerste lid, zijn werking ontnemt.’

De tweede uitzondering is dat een vormvoorschrift zich tegen elektronische verzending verzet. Het vormvoorschrift moet dan een functie vervullen die langs de elektronische weg niet te bereiken is, zoals het aanplakken van een bord ‘onbewoonbaar verklaard’ aan een woning.<sup>111</sup>

Voor het toepassingsbereik van afdeling 2.3 is niet van belang of er sprake is van openbare of niet-openbare communicatie. Art. 2:13 Awb spreekt immers van het elektronisch verzenden van berichten in het verkeer tussen burgers en bestuursorganen. Daarbij maakt het niet uit of het verkeer tussen bestuursorgaan en een enkele burger betreft, of verkeer tussen bestuursorgaan en een onbepaald aantal burgers. Omdat dit hoofdstuk de normen uit afdeling 2.3 in het algemeen behandelt, zal het onderscheid tussen openbare en niet-openbare communicatie, zoals besproken in het inleidende hoofdstuk, hier verder niet gemaakt worden.

Plaatsing van de regeling in hoofdstuk 2 van de Awb, Verkeer tussen burgers en bestuursorganen, heeft als gevolg dat de regeling van toepassing is op alle handelingen van bestuursorganen, zoals ook privaatrechtelijke rechtshandelingen of feitelijke handelingen. Afdeling 2.3 is daarom ook van toepassing op andere bestuurshandelingen dan besluiten. Aanvankelijk was de regeling niet van toepassing op het beroep bij de bestuursrechter maar in art.

---

110 CBB 4 juni 2008, *LJN* BD4039, *JB* 2008, 212, m.nt. M.O.-V. (Aanvraag MEP-subsidie).

111 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 438, nr. 3, p. 37-38.

8:40a Awb is, met ingang van 1 juli 2010, afdeling 2.3 van overeenkomstige toepassing op het beroep bij de rechter verklaard. De (Nationale) ombudsman is in art. 1:1, tweede lid, onder f, Awb ook uitgezonderd van het begrip bestuursorgaan. Daarom is in art. 9:21 Awb bepaald dat op verkeer met een ombudsman hoofdstuk 2 van overeenkomstige toepassing is. Afdeling 2.3 is verder niet van toepassing op verkeer met de overige in het tweede lid van artikel 1:1 Awb uitgezonderde overheidsorganen.

### **3.3 Vormvoorschriften; schriftelijkheidseis en ondertekening**

Het uitgangspunt van de wetgever is dat communicatie via de elektronische weg in beginsel gelijkwaardig is aan communicatie via de conventionele, papieren weg, mits zij dezelfde functie kan vervullen. Om te onderzoeken of communicatie via de elektronische weg dezelfde functie kan vervullen als communicatie via de conventionele weg, moet gekeken worden naar vormvoorschriften als de ondertekening, en het begrip schriftelijk. Hierbij moet dan de vraag beantwoord worden welke functies die vormvoorschriften in het conventionele verkeer vervullen, dus waarom zij gesteld zijn, en hoe deze functie in het elektronisch verkeer vervuld kan worden. Voor die functie moet een vervanger gevonden worden, die in het elektronisch verkeer toepasbaar is. De memorie van toelichting gebruikt hier de term functionele equivalenten.<sup>112</sup>

#### **3.3.1 Het schriftelijkheidsvereiste**

Ten eerste het *schriftelijkheidsvereiste*. Welke functies heeft het schriftelijkheidsvereiste? Het schriftelijkheidsvereiste in de Awb valt blijkens de memorie van toelichting onder te verdelen in drie aspecten:

- het duidelijk maken wat tot uitdrukking wordt gebracht (communicatiefunctie);
- het vastleggen wat tot uitdrukking wordt gebracht (bewijsfunctie);
- het maken van onderscheid met mondelinge handelingen (afbakingsfunctie).<sup>113</sup>

Wanneer deze functies even goed of beter via elektronische communicatie vervuld kunnen worden, is de elektronische weg een functioneel equivalent van de conventionele weg. Wanneer deze functies niet door elektronische communicatie vervuld kunnen worden, doet de elektronische weg afbreuk aan

---

112 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 7.

113 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 7.



de functie van het schriftelijkheidsvereiste. Het ligt dan niet voor de hand de elektronische weg toe te staan.

Een belangrijke eerste vraag is wat onder ‘schriftelijk’ verstaan moet worden. Aanvankelijk wilde de wetgever alles waar ‘schriftelijk’ stond, aanvullen met ‘of elektronisch vastgelegd’. Uiteindelijk is echter gekozen voor een ruime, dynamische uitleg van het begrip schriftelijk. Daarbij wordt aangesloten bij een MDW-rapport waarbij als definitie van geschrift wordt gegeven: ‘iedere drager van verstaanbare leestekens die (in onderling verband) een gedachteninhoud vertolken. Irrelevant is op welk materiaal deze leestekens zijn aangebracht. Eveneens is het irrelevant of die leestekens bestaan in ons welbekende karakters dan wel in Chinese, in stenografische of in eigen gevormd geheimschrift.’<sup>114</sup> Schriftelijk kan dan ook worden opgevat als: weergave door middel van schrifttekens, ongeacht wat de drager van de schrifttekens is. De drager van die schrifttekens kan papier zijn, maar dus ook een diskette, de harde schijf van een computer of een andere elektronische informatiedrager.<sup>115</sup>

De elektronische wijze van communicatie moet dus evenals de conventionele wijze voldoen aan de communicatiefunctie, de bewijsfunctie en de afbakeningsfunctie. Deze laatste, de afbakeningsfunctie, is echter geen functie van het schriftelijkheidsvereiste, maar een eigenschap daarvan. De eis dat een bepaalde vorm van communiceren schriftelijk plaatsvindt (bijvoorbeeld het nemen van besluiten door een bestuursorgaan), wordt gesteld om de over te brengen boodschap duidelijk te maken en om deze boodschap vast te leggen. Dit wordt door de wetgever aangeduid als de communicatie- en bewijsfunctie. Doordat de boodschap schriftelijk is vastgelegd, onderscheidt deze zich van mondelinge communicatie. Dit is een onderscheidend kenmerk van deze vorm van communicatie en daarmee een eigenschap en geen functie. Bij de beoordeling of een bepaalde vorm van elektronische communicatie functioneel equivalent is, speelt de door de wetgever genoemde afbakeningsfunctie geen rol.

De bewijsfunctie, het vastleggen wat tot uitdrukking wordt gebracht, is in de elektronische context anders dan in een conventionele, schriftelijke situatie. Een boodschap die elektronisch wordt overgebracht, bestaat uit series van bits (bitstring). Een daarbij geleverde codering geeft aan in welke context de bits een betekenis krijgen.<sup>116</sup> Bits kunnen in verschillende contexten een andere betekenis krijgen. Zelfs in dezelfde context kunnen bits een andere betekenis krijgen. Vastleggen wat tot uitdrukking moet worden gebracht, is in de

---

114 MDW-Rapport Hulst, p. 8.

115 *Kamerstukken I 2003/04*, 28 483, C p. 1.

116 Open een PDF bestand met het programma Word: er ontstaat een onleesbaar document. Open hetzelfde PDF bestand met het programma Acrobat Reader: er ontstaat een afbeelding die de weergave van de ‘werkelijke inhoud’ van het bestand bevat. Het hangt dus af van de interpretatie van de bits, of een elektronisch overgebrachte boodschap leesbaar is.

elektronische context dan ook geen functie van het schriftelijkheidvereiste. Dit is meer een functie van de elektronische handtekening, die hierna besproken wordt. Hoewel een elektronische handtekening nog niks zegt over de vraag met welk programma je het document moet openen. Wel garandeert de elektronische handtekening dat het document niet veranderd is. De bewijsfunctie kan bij elektronische communicatie, zonder gekwalificeerde elektronische handtekening, dan ook niet gewaarborgd worden. Bij het beoordelen of een bepaalde vorm van elektronische communicatie functioneel equivalent is van de conventionele schriftelijke, speelt de bewijsfunctie dan ook geen rol.

Dan blijft over als functie van het schriftelijkheidsvereiste de communicatiefunctie, het duidelijk maken wat tot uitdrukking moet worden gebracht. In een uitspraak van de rechtbank Zwolle, waar de rechtbank de vraag moest beantwoorden of een e-mailbericht een schriftelijke beëindiging van een arbeidsovereenkomst is als bedoeld in art. 16, derde lid, onder c, van de WW, oordeelde de rechtbank dat het e-mailbericht met de volgende inhoud: "Gisteren is de definitieve vaststellingsovereenkomst (inclusief de door u gewenste aanpassingen) per gewone post aan u toegestuurd.", niet anders kan worden opgevat als een akkoordverklaring van de werkgever met de door eiser voorgestelde wijzigingen. Derhalve is naar het oordeel van de rechtbank op dat moment een overeenkomst tussen partijen tot stand gekomen waarbij de arbeidsovereenkomst van eiser, onder de door eiser geamendeerde voorwaarden, is beëindigd. Nu, zoals gezegd, onder een schriftelijke overeengekomen beëindiging in de zin van artikel 16, derde lid, onder c van de Werkloosheidswet ook dient te worden begrepen een beëindiging per e-mail, heeft eiser zich terecht op het standpunt gesteld dat op dat moment de fictieve opzegtermijn een aanvang heeft genomen.<sup>117</sup> Verder oordeelt de rechtbank:

‘Voor zover verweerder bedoeld zou hebben meer in het algemeen te stellen dat aan een beëindiging van een arbeidsovereenkomst per e-mail bepaalde eisen zouden moeten worden gesteld merkt de rechtbank op dat in het onderhavige geval niet gebleken is dat er aanleiding zou kunnen zijn om te twijfelen aan de intenties van eiser en zijn werkgever, zoals naar voren komend uit de e-mailcorrespondentie, de authenticiteit van de overgelegde e-mails.’

De rechtbank lijkt hier, hoewel niet met zoveel woorden, aan te sluiten bij de communicatiefunctie van het schriftelijkheidsvereiste: wordt duidelijk wat tot uitdrukking moet worden gebracht. Daar is in dit geval sprake van, de e-mailwisseling tussen eiser en zijn voormalig werkgever leidde tot een resultaat waar beide partijen mee in konden stemmen. Het moment van overeenstemming in de e-mailwisseling was volgens de rechtbank het moment waarop de overeenkomst tot stand kwam en niet het (drie weken latere) moment waarop de

---

117 Rb. Zwolle 24 maart 2009, LJN BH7555 (Beëindigen arbeidsovereenkomst per e-mailbericht).

overeenkomst door beide partijen getekend werd. De rechtbank oordeelt dat er geen reden is te twijfelen aan de authenticiteit van de e-mailberichten en wijdt geen overwegingen aan het al dan niet ontbreken van een elektronische handtekening. Overigens wordt de geldigheid van deze per e-mailcorrespondentie tot stand gekomen overeenkomst niet door een van de partijen bij de overeenkomst aangevochten, maar door het UWV.

Het lijkt er dan ook op dat het vormvoorschrift ‘schriftelijk’ materieel kan worden ingevuld: wat is de bedoeling geweest van de partijen en kon die bedoeling door het elektronische communicatiemiddel verwezenlijkt worden. De hier boven besproken uitspraak is daar een illustratie van. Zolang partijen zelf de betrouwbaarheid, vertrouwelijkheid en authenticiteit van het bericht niet betwisten, is er voor de rechter geen reden om dit wel te doen. Het vormvoorschrift schriftelijk kan dan materieel worden ingevuld, en de rechter toetst dit niet ambtshalve.

De communicatiefunctie is daarmee geschikt om te kunnen beoordelen of een elektronische boodschap functioneel equivalent is aan de conventionele, schriftelijke wijze van communiceren. Communiceren door middel van een elektronische boodschap op dragerniveau, zonder context, is niet goed mogelijk. Er ontstaat immers pas een leesbaar bericht, indien de elektronische boodschap vergezeld gaat van een code, waaruit blijkt in welke context de boodschap gelezen kan worden. Zoals hierboven besproken, levert een elektronische boodschap op dragerniveau een onleesbare rij bits op. Wil een elektronische boodschap leesbaar zijn, dan is daarvoor niet alleen een drager met schrifttekens vereist (zoals in de conventionele situatie papier met schrifttekens), maar is ook vereist dat de boodschap de benodigde codering bevat, die duidelijk maakt in welke context de boodschap gelezen kan worden.<sup>118</sup>

Daarom wordt in dit onderzoek uitgegaan van de volgende uitleg van het begrip schriftelijk: een elektronisch bericht is functioneel equivalent van een conventionele, papieren boodschap, wanneer door middel van de gebruikte tekens de bedoelde boodschap overgebracht kan worden, en de gebruikte tekens met codering in alle omstandigheden een gelijkwaardig weergave door middel van schrifttekens oplevert.

### 3.3.2 De ondertekening

Ten tweede de *ondertekening*. Welke functies vervult, blijktens de memorie van toelichting, het vormvereiste van ondertekening?

De functies van een ondertekening zijn:

- de identificatie van de afzender van het bericht;

---

118 Een dergelijke codering kan een .doc extensie zijn, waarmee duidelijk gemaakt wordt dat de boodschap moet worden gelezen in het programma Word.

- de blijk van instemming met de inhoud van het bericht;
- het bieden van een waarborg tegen overhaast optreden.<sup>119</sup>

Om ook in een elektronische omgeving rechtsgeldig van handtekeningen gebruik te kunnen maken, is regelgeving ontwikkeld. De Nederlandse regelgeving vloeit voort uit Richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999, betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen. Deze richtlijn is geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek en in de Telecommunicatiewet. Via de schakelbepaling art. 3:15c BW en de uitwerking daarvan in art. 2:16 Awb is de regeling uit het BW ook van toepassing binnen het bestuursrecht. In art. 2:16 Awb is bepaald dat de artikelen 15a, tweede tot en met zesde lid, en 15b van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing zijn.

Art. 2:16 Awb strekt ertoe de elektronische handtekening gelijk te stellen met de handgeschreven handtekening. Het artikel bepaalt namelijk dat aan het vereiste van ondertekening is voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij voor authenticatie is gebruikt, voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt.<sup>120</sup>

Aan de hierboven genoemde functies (de identificatie van de afzender van het bericht, de blijk van instemming met de inhoud van het bericht en het bieden van een waarborg tegen overhaast optreden) wordt geacht te zijn voldaan indien een bericht met een elektronische handtekening is ondertekend. In elk geval blijkt uit deze functies dat de handtekening dient om de identiteit van de betrokkene of van het bericht vast te stellen. Authenticatie kan dan ook als een functie van de handtekening wordt beschouwd. Bij de twee andere door de wetgever aangeduide functies van een handtekening, de blijk van instemming en het bieden van een waarborg tegen overhaast optreden, is het maar de vraag in hoeverre deze functies door een elektronische handtekening worden gewaarborgd. Een elektronische handtekening wordt uiteindelijk door een apparaat geplaatst. Dit kan ook volledig automatisch, zonder medeweten van de 'eigenaar' van de handtekening gebeuren.

In de elektronische communicatie strekt de handtekening ook om te waarborgen dat het bericht gedurende de verzending niet gewijzigd is. Deze bewijsfunctie, het vastleggen wat tot uitdrukking moet worden gebracht, werd

---

119 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 8.

120 De termen authenticatie en authentificatie betekenen hetzelfde. Het begrip authenticatie wordt het meest gebruikt en staat in de Van Dale. Het begrip authentificatie wordt door de wetgever gebruikt, staat echter niet in de Van Dale. Ik zal het begrip authenticatie gebruiken, tenzij ik een wettekst citeer; dan volg ik de daar gebruikte terminologie.

door de wetgever als functie van de schriftelijkheidseis aangeduid, maar is meer een functie van de elektronische handtekening. Door gebruik te maken van een gekwalificeerde elektronische handtekening kan worden gewaarborgd dat het bericht onderweg niet is gewijzigd.

Vastleggen wat tot uitdrukking moet worden gebracht, is in de elektronische context dan ook geen functie van het schriftelijkheidvereiste, maar een functie van de elektronische handtekening. De bewijsfunctie kan bij elektronische communicatie zonder gekwalificeerde elektronische handtekening niet gewaarborgd worden.

De beoordeling of een bepaalde vorm van elektronische communicatie functioneel equivalent is voor de conventionele wijze, moet daarom ten aanzien van de elektronische handtekening plaatsvinden aan de hand van de identificatiefunctie (de identificatie van de afzender van het bericht) en de bewijsfunctie (het vastleggen van wat tot uitdrukking moet worden gebracht). Dit laatste betreft de integriteit van een bericht, de zekerheid dat het bericht onderweg niet gewijzigd is.

Wat onder een elektronische handtekening wordt verstaan, is in de hieronder besproken regelgeving vastgelegd. De genoemde functies spelen slechts een rol in een situatie waarin een elektronische handtekening ontbreekt en moet worden beoordeeld of het elektronische bericht aan de vormvereisten voldoet. Beoordeeld moet dan worden of er zekerheid bestaat over de identiteit van de afzender en de integriteit van het bericht.

### **3.3.2.1 Algemene omschrijving van de elektronische handtekening**

Wat onder *elektronische handtekening* wordt verstaan, staat in art. 2, eerste lid, van Richtlijn 1999/93/EG en in 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.

Dit is een relatief abstracte definitie, waarvan de begrippen niet volledig zijn ingevuld, getuige ook overweging 8 uit de preambule van Richtlijn 1999/93/EG, waarin staat: 'De snelle technologische ontwikkelingen en de wereldwijde omvang van het internet vereisen een aanpak die openstaat voor verschillende technologieën en diensten.' Onder een elektronische handtekening als bedoeld in art. 3:15a, derde lid, BW zou dus ook een ingescande handtekening die onder een brief geplakt is, kunnen worden verstaan. Ook kan volgens Lodder, Dumortier en Bol onder omstandigheden een e-mailbericht onder deze ruime definitie komen te vallen: 'Hierin zijn immers gegevens (de inhoud van het bericht) verbonden aan andere gegevens (de in de header opgenomen afzender) en deze gegevens kunnen gebruikt worden om de

identiteit van de verzender vast te stellen. Of de e-mail als handtekening kan worden gezien, zal mede afhangen van het gebruikte e-mailadres. (...) Niet veel ontvangers van een e-mail van bill-gates@hotmail.com zullen denken met de Microsoft-voorman van doen te hebben. Anders is dit voor e-mailadressen van medewerkers van bedrijven of overheidsinstellingen, voorzover althans de gebruikte namen herleidbaar zijn. Een bericht dat daadwerkelijk afkomstig is van het adres bill-gates@microsoft.com zal in dat licht op zichzelf als een elektronisch ondertekend bericht kunnen worden gezien.<sup>121</sup> Dat een e-mailbericht een elektronische handtekening kan zijn, wordt bevestigd op de website e-overheid. Hier staat: 'een gewone (bedoeld wordt gewone elektronische handtekening, AK) handtekening kan een e-mailbericht zijn waarin persoonsgegevens staan of een ingescande handtekening. Uiteraard moet deze handtekening voldoen aan art. 3:15a, vierde lid, BW, oftewel de elektronische handtekening moet bestaan uit elektronische gegevens die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens en die gegevens worden gebruikt als middel voor authenticatie.'<sup>122</sup>

Bij deze opvatting zijn nog wel wat kanttekeningen te plaatsen. Hier wordt namelijk geen onderscheid gemaakt tussen identificatie en authenticatie. Identificatie houdt in de vaststelling van de identiteit van een persoon. Ik ben ... Authenticatie houdt in het bewijzen van de identiteit van betrokkene, het waarborgen dat het klopt.<sup>123</sup> Authenticatie is in die zin te vergelijken met legitimatie, het bewijzen dat iemand de persoon is wie deze zegt te zijn.

Volgens Van Eecke en Dumortier duidt authenticiteit op zekerheid over de identiteit van de afzender en de herkomst van de berichten.<sup>124</sup> Authenticatie duidt op het garanderen van de waarachtigheid van informatie en Van Eecke onderscheidt bij het authenticatieproces technisch gesproken drie aspecten:

- ten eerste gaat het om het vaststellen van de oorsprong van de informatie, het kunnen achterhalen van de identiteit van de auteur van de informatie;
- ten tweede gaat het om het vaststellen van de integriteit van de informatie, om het verkrijgen van zekerheid over het feit of een bericht al dan niet op een ongeoorloofde wijze gewijzigd is;
- ten derde gaat het om de niet-loochening, of de onmogelijkheid tot ontkenning door de auteur dat een bericht van hem is uitgegaan.<sup>125</sup>

---

121 Lodder, Dumortier & Bol 2005, p. 25.

122 <http://www.e-overheid.nl/thema/juridisch/handtekeningen/>, geraadpleegd op 3 juni 2008.

123 Schellekens 2004, p. 15, hij schrijft: authentication is used here in the meaning of verification of identity of authority.

124 Van Eecke en Dumortier 1998, p. 233.

125 Van Eecke 2004, p. 275.

Het eerste aspect heeft betrekking op authenticatie in de zin van het bewijzen van de identiteit van de betrokkene. De twee daarna genoemde aspecten van authenticatie zijn anders en worden ook op een andere manier gerealiseerd. Ook de in het inleidende hoofdstuk genoemde beginselen van Franken van behoorlijk IT gebruik, worden deze drie aspecten apart genoemd. Het vaststellen van de oorsprong van de informatie is iets anders dan onweerlegbaarheid of onloochenbaarheid. Dit laatste is lastig te realiseren. Het ondertekenen bijvoorbeeld van een bericht in 2001 met een elektronische handtekening bevestigt de authenticiteit van het bericht. Maar die handtekening kan niet gebruikt worden om te bewijzen dat de ondertekenaar in 2009 dat bericht nog een keer getekend heeft, oftewel nog steeds achter de inhoud van het bericht staat. Niet alles wat geauthenticeerd is, is onweerlegbaar. Daarbij is een conventionele handtekening niet terug te trekken. Bij een elektronische handtekening kan dat wel, door het publiceren van de private sleutel door de houder van deze sleutel. Hierdoor kan de houder aangeven dat een ieder de handtekening had kunnen plaatsen, de sleutel is immers openbaar. Daarbij komt dat een elektronische handtekening ook volledig autonoom door een apparaat gezet kan worden, zonder medeweten van de houder. De onloochenbaarheid is daarom met een elektronische handtekening niet per definitie gegarandeerd.

Een e-mailbericht beschouwen als een elektronische handtekening is dan ook vergelijkbaar met het gelijkstellen van een naam onder een brief of een logo op een brief met een conventionele handtekening. Het e-mailadres is hooguit een middel voor identificatie. Het veld bij een e-mailadres waarin de naam staat, is te veranderen en daarom heeft een dergelijk bericht geen authenticerende eigenschappen, dat wil zeggen eigenschappen waarmee zekerheid gegeven kan worden over de afzender en de herkomst van het bericht. Dit voldoet ook niet aan de begripsomschrijving van de elektronische handtekening, waarin het gaat om elektronische gegevens die kunnen worden gebruikt 'als middel voor authenticatie'. Een e-mailbericht kan worden gebruikt als middel voor identificatie, niet als middel voor authenticatie.

### **3.3.2.2 De geavanceerde elektronische handtekening**

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.

Volgens Lodder, Dumortier en Bol is er sprake van een dergelijke geavanceerde elektronische handtekening wanneer gebruik wordt gemaakt van asymmetrische cryptografie. In zo'n geval spreekt men ook wel van een digitale handtekening. Onder encryptie wordt verstaan een proces waarmee klare, leesbare gegevens met behulp van een wiskundige berekening (algoritme) worden versleuteld in gecodeerde, niet leesbare gegevens.<sup>126</sup> Op deze manier worden de data of een bericht onleesbaar voor onbevoegden. Een sleutel geeft vervolgens toegang tot de versleutelde informatie.

Bij *symmetrische encryptie* wordt door beide partijen gebruik gemaakt van dezelfde geheime sleutel.

Bij *asymmetrische encryptie* wordt gebruikt gemaakt van een sleutelbaar bestaande uit een geheime, private sleutel, welke enkel bekend is bij de gebruiker, en een publieke sleutel, die kan worden gebruikt om berichten te versleutelen die vervolgens alleen door de eigenaar van de bijbehorende private sleutel weer ontcijferd kunnen worden. Deze publieke sleutel kan, zoals de naam suggereert, bij iedereen bekend zijn. Vaak kent niet iedereen alle publieke sleutels. Daarom worden er certificaten uitgegeven die de sleutels binden aan identiteiten. Deze private en publieke sleutel zijn aan elkaar verbonden. Door het gebruik van asymmetrische cryptografie is het beheren en distribueren van sleutels eenvoudiger geworden omdat de publieke sleutel niet geheim gehouden hoeft te worden, en de private sleutel nooit getransporteerd of aan anderen bekend gemaakt hoeft te worden. Bij communicatie kan gebruik worden gemaakt van volledige versleuteling door middel van de publieke sleutel wanneer de afzender van een bericht wil dat dit bericht enkel gelezen kan worden door de houder van de private sleutel. Naast encryptie kan asymmetrische encryptografie ook gebruikt worden voor het creëren van een digitale handtekening. Door een elektronische handtekening te plaatsen met de private sleutel kan worden gegarandeerd dat het bericht afkomstig is van de houder van deze sleutel, aangezien deze de enige is die beschikt over deze sleutel. Dit plaatsen van een handtekening kan, heel grof gezegd, gezien worden als het versleutelen van het bericht met de private sleutel (welke weer ontcijferd kan worden met de publieke sleutel). Ten opzichte van encryptie worden dus de rol van de private en de publieke sleutel omgedraaid. Wanneer zowel zender als ontvanger een private sleutel hebben en tevens elkaars publieke sleutel, kunnen

---

126 Lodder, Dumortier & Bol 2005, p. 15.



de vertrouwelijkheid, de integriteit en de authenticiteit van de communicatie in beide richtingen gegarandeerd worden.

Wanneer men gebruik maakt van de digitale handtekening is echter veelal niet het bericht zelf ondertekend, doch een unieke waarde<sup>127</sup> welke op basis van een wiskundig algoritme is toegekend aan het bericht. Op basis van het bericht wordt deze waarde (de hashwaarde) gegenereerd en vervolgens asymmetrisch ondertekend. Wanneer in het bericht iets gewijzigd wordt, verandert tevens de hashwaarde en daarmee de elektronische handtekening. Door deze procedure kan voldaan worden aan de volgende criteria voor de geavanceerde elektronische handtekening:

- zij is op unieke wijze verbonden aan de ondertekenaar, want versleuteld door middel van diens private sleutel;
- zij is tot stand gekomen door middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden, zijnde de private sleutel;
- zij is op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking heeft verbonden dat elke wijziging achteraf kan worden opgespoord.

Wanneer na ondertekening het bericht gewijzigd wordt, zal dit immers een andere hashwaarde opleveren, welke niet meer overeenkomt met die welke reeds versleuteld aan het bericht is gehecht.

### **3.3.2.3 De gekwalificeerde elektronische handtekening**

Aan drie criteria voor de geavanceerde elektronische handtekening is volgens de wetgever voldaan wanneer men gebruik maakt van een digitale handtekening met asymmetrische encryptie. Er is echter nog geen zekerheid over de daadwerkelijke identiteit van de ondertekenaar. Men kan de identiteit van een ander hebben aangenomen, en zodoende ook optreden als deze ander. Hoe kan de identiteit van de ondertekenaar dus gegarandeerd en gecontroleerd worden? Bij de digitale handtekening kan hiervoor gebruik worden gemaakt van certificaten. In dat geval is er sprake van een geavanceerde elektronische handtekening die gebaseerd is op een gekwalificeerd certificaat, zoals genoemd in art. 5, eerste lid, van de Richtlijn. Een dergelijke handtekening wordt ook wel *gekwalficeerde handtekening* genoemd. Een derde (de trusted third party, hierna te noemen TTP) controleert de identiteit van de ondertekenaar en voorziet hem vervolgens van een certificaat dat deze identiteit bevestigt. In een dergelijk

---

127 De waarde is echter niet uniek. Er zijn namelijk oneindig veel berichten die dezelfde hashwaarde opleveren. Het is echter onmogelijk (het zou te veel tijd kosten) om twee berichten te construeren die dezelfde hashwaarde opleveren. Deze eigenschap heet *collision resistance*. Strikt genomen is de hashwaarde dus niet uniek, maar uniek genoeg.

certificaat staat een bevestiging in de vorm: de publieke sleutel van mevrouw X is K, en de bevestiging is vervolgens ondertekend met de private sleutel van de TTP. Vervolgens rijst de vraag in hoeverre deze certificaten op hun beurt betrouwbaar zijn. Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van een zogenaamde Public Key Infrastructure. Een dergelijke infrastructuur voorziet erin dat de ondertekende certificaten via meerdere van deze certificatie dienstverleners uiteindelijk bij een certificatie dienstverlener komt die vertrouwd wordt door de ontvanger van het bericht. In de praktijk zal een dergelijke keten van certificatie dienstverleners er als volgt uitzien:

Identiteit verzender wordt bevestigd door TTP A → Identiteit TTP A wordt bevestigd door TTP B → Identiteit TTP B wordt bevestigd door TTP C → [...] → Identiteit TTP X wordt bevestigd door TTP Y → Ontvanger heeft de sleutel van TTP Y in zijn bezit. Omdat de ontvanger alle TTP's vertrouwt wat betreft het correct uitgeven van certificaten heeft hij aldus zekerheid over de identiteit van de verzender.

In art. 3:15a BW wordt uitgegaan van deze derde vorm van de elektronische handtekening. In het eerste lid van dit artikel staat dat een elektronische handtekening slechts dezelfde rechtsgevolgen heeft als een handgeschreven handtekening indien de methode die daarbij is gebruikt voor authenticatie, voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens worden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval. Hieraan is blijkens het tweede lid voldaan wanneer de elektronische handtekening aan de volgende 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;
- d. zij is op zodanige wijze aan het elektronische bestand waarop zij betrekking heeft verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord;
- e. zij is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel ss, van de Telecommunicatiewet; en
- f. zij is gegenereerd door een veilig middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen als bedoeld in art. 1.1, onderdeel vv, van de Telecommunicatiewet.

Een elektronische handtekening die aan al deze eisen voldoet, is een gekwalificeerde elektronische handtekening. Nu hoeft blijkens het derde lid van art. 3:15a BW een elektronische handtekening niet per se een gekwalificeerde elektronische handtekening te zijn. Het derde lid bepaalt namelijk dat een

methode als bedoeld in het eerste lid, niet als onvoldoende betrouwbaar kan worden aangemerkt op de enkele grond dat de methode niet voldoet aan de onderdelen e en f uit het tweede lid, of niet is gebaseerd op een door een certificatie dienstverlener als bedoeld in artikel 18.16, eerste lid, Telecommunicatiewet afgegeven certificaat. Een geavanceerde elektronische handtekening kan ook dan als voldoende betrouwbaar worden aangemerkt.

#### **3.3.2.4 Huidig stelsel**

Het stelsel van elektronische handtekeningen zoals dit nu door de overheid ontwikkeld wordt, past als volgt binnen dit wettelijke systeem. Het stelsel DigiD kent de zekerheidsniveaus laag en midden. Bij het zekerheidsniveau ‘laag’ wordt door de burger gebruik gemaakt van een inlogcode, die bestaat uit een gebruikersnaam met een wachtwoord. Bij het zekerheidsniveau ‘midden’ wordt aan die inlogcode een authenticatie door middel van een sms bericht toegevoegd. Het zekerheidsniveau ‘hoog’ zou moeten voldoen aan de eisen die gesteld worden aan een gekwalificeerde elektronische handtekening. Hierin wil de rijksoverheid voorzien door het ontwikkelen van de eNik, de elektronische identiteitskaart. Hiermee zou het voor de burger mogelijk worden om versleutelde berichten te versturen. Deze is echter nog niet ingevoerd, en invoering lijkt op korte termijn ook nog niet te verwachten.

Is de combinatie van gebruikersnaam, wachtwoord en eventueel per sms ontvangen authenticatiecode voldoende om te kunnen dienen als geavanceerde of mogelijkere gekwalificeerde elektronische handtekening? Voldoet deze combinatie aan de criteria zoals eerder opgesomd? Zij:

– is *op unieke wijze verbonden aan de ondertekenaar*; aangezien vóór uitgifte van de gebruikersnaam/wachtwoord de identiteit van de aanvrager is gecontroleerd aan de hand van het BSN. Pas na aanvraag van deze gebruikersnaam/wachtwoord is het voor de ondertekenaar mogelijk de authenticatiemogelijkheden uit te breiden met een telefoonnummer. Wanneer dit telefoonnummer daadwerkelijk gebruikt wordt om een authenticatiecode naar te versturen, zal dit altijd pas zijn nadat eerst is ingelogd met de gebruikersnaam en het wachtwoord van de ondertekenaar. Alvorens gebruik te kunnen maken van beveiligingsniveau ‘midden’ zal dus altijd eerst ingelogd moeten zijn op basis van beveiligingsniveau ‘laag’. Controle op het gebruik van een gebruikersnaam/wachtwoord door een ander ontbreekt echter.

– maakt *identificatie van de ondertekenaar niet mogelijk*; op geen enkel moment in de aanvraagprocedure van een DigiD vindt individuele identificatie plaats. Zowel niet op het moment dat de DigiD inlogcode wordt aangevraagd als op het moment dat het telefoonnummer wordt opgegeven (hierbij wordt

uitgegaan van dezelfde persoon als die de DigiD inlogcode heeft aangevraagd). Iedereen kan immers met een BSN van een ander een DigiD aanvragen. Een belangrijke drempel ligt dan wel in het feit dat per post een wachtwoord thuisgestuurd wordt. Dit biedt echter ook geen afdoende waarborgen: denk bijvoorbeeld aan huisgenoten in studentenhuizen. Een DigiD aanvragen op een BSN van een ander is dan ook mogelijk, het activeren ervan door middel van de thuis gestuurde code werpt daarbij een belangrijke drempel op. Er kan echter gesteld worden, dat alleen wanneer op basis van bijvoorbeeld het in persoon laten zien van een legitimatiebewijs een DigiD code wordt verstrekt of een telefoonnummer wordt opgegeven, kan worden gezegd dat de identificatie voldoende is. In de toekomst is een dergelijk (elektronisch) identiteitsbewijs voorzien voor het beveiligingsniveau ‘hoog’.<sup>128</sup>

– *is tot stand gekomen met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden; wanneer de ondertekenaar zijn gebruikersnaam en wachtwoord voor zich zelf houdt, kan hier redelijkerwijs van worden uitgegaan. Het intypen van deze gegevens op een website, zoals de DigiD gebruikt wordt, biedt echter niet altijd voldoende waarborgen voor het onder uitsluitende controle houden van de middelen.*

– *is niet op zodanige wijze aan de gegevens waarop zij betrekking heeft, verbonden, dat elke wijziging achteraf kan worden opgespoord. Bij ondertekening door middel van een DigiD kunnen gegevens na ondertekening gewijzigd worden, aangezien de DigiD niet gegenereerd wordt op basis van het document dat ondertekend wordt.*

Een DigiD voldoet dan ook niet aan de eisen die gesteld worden aan een *geavanceerde elektronische handtekening*. Het biedt immers niet de mogelijkheid om berichten versleuteld te versturen. Een DigiD doet niet meer dan toegang bieden tot een website van de overheid. Een DigiD is niet verbonden aan het bericht, maar biedt een (beperkte) mogelijkheid tot identificatie en authenticatie van de afzender van het bericht.

Doordat de DigiD niet voldoet aan de eisen die gesteld worden aan een geavanceerde handtekening, kan de DigiD ook niet voldoen aan de eisen die gesteld worden aan een *gekwalficeerde handtekening*. Wil er sprake zijn van een gekwalficeerde elektronische handtekening, dan zal er, naast de mogelijkheid berichten versleuteld te versturen, gebruik moeten worden gemaakt van een zogenaamd gekwalficeerd certificaat. Deze mogelijkheid is er niet. Vooralsnog biedt DigiD dan ook niet de mogelijkheid te ondertekenen door middel van een gekwalficeerde elektronische handtekening. Hierin is voor de toekomst voorzien in het nog te ontwikkelen beveiligingsniveau ‘hoog’.

---

128 Zie ook: <http://www.digid.nl/burger/vraag-en-antwoord/zekerheidsniveaus/#irfaq1>

Waarschijnlijk zal dit niet via de DigiD gaan lopen, maar via de te ontwikkelen eNik, zoals hierboven genoemd. De beveiligingsniveaus ‘laag en midden’ maken gebruik van de combinatie van inloggen door middel van gebruikersnaam/wachtwoord en eventueel de authenticatie per sms. Strikt genomen is een DigiD ook niet te kwalificeren als elektronische handtekening. DigiD geeft geen functionaliteit om een handtekening vast te hechten of logisch te associëren aan een document. Een DigiD laat iemand inloggen bij een website, waarbij identificatie plaats vindt door het BurgerServiceNummer. Eventueel is een DigiD in een procesflow wel te beschouwen als een elektronische handtekening, wanneer het dan wel aan een bericht verbonden is.

Art. 2:16 Awb bepaalt dat aan het vereiste van ondertekening is voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die voor authenticatie is gebruikt, voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt. De artikelen 3:15a, tweede tot en met zesde lid, en 3:15b van het BW worden van overeenkomstige toepassing verklaard, voor zover de aard van het bericht zich daartegen niet verzet. Hiermee wordt verwezen naar de gekwalificeerde elektronische handtekening. Wanneer gebruik wordt gemaakt van een gekwalificeerde elektronische handtekening, dan wordt de methode voor authenticatie vermoed voldoende betrouwbaar te zijn. Het zesde lid van art. 3:15a BW bepaalt dat tussen partijen van het tweede en derde lid kan worden afgeweken.

Zoals hierboven al uiteengezet, is het momenteel niet of nauwelijks mogelijk om binnen het elektronisch bestuurlijk verkeer gebruik te maken van de gekwalificeerde elektronische handtekening, zoals geregeld in art. 3:15a, tweede lid, BW. Een dergelijk systeem moet namelijk door de overheid ondersteund worden, en tot op heden bieden de meeste overheidswebsites (als ze al iets aanbieden) alleen de mogelijkheid een DigiD te gebruiken. Een DigiD is een methode voor authenticatie. Bestuursorganen die ondertekening met dit middel ondersteunen, nemen kennelijk aan dat de methode die voor authenticatie wordt gebruikt, voldoende betrouwbaar is. Een andere methode van authenticatie, die door het bestuursorgaan voldoende betrouwbaar wordt geacht, voldoet eveneens. Dit is afhankelijk van de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het gebruikt wordt.

Het is daarom heel goed denkbaar dat een bestuursorgaan voor verschillende categorieën berichten waarbij ondertekening vereist is, verschillende voorwaarden zal gaan stellen ten aanzien van de elektronische handtekening. Het bestuursorgaan kan met betrekking tot de methode van authenticatie differentiëren naar gelang de aard van het berichtenverkeer.

Blijkens de laatste zinsnede van art. 2:16 Awb kunnen bij wettelijk voorschrift aanvullende eisen gesteld worden.

Uit jurisprudentie blijkt vooralsnog weinig informatie te verkrijgen over de wijze waarop de hierboven besproken regeling in de praktijk toegepast wordt. In elk geval is duidelijk dat het gebruiken van een gekwalificeerde elektronische handtekening op dit moment slechts op kleine schaal mogelijk is en voornamelijk voor beroepsbeoefenaars. De DigiD voldoet niet aan de eisen van een gekwalificeerde handtekening.

In 2006 oordeelt de rechtbank Maastricht dat een elektronisch ingediend bezwaarschrift moet zijn voorzien van een elektronische handtekening.<sup>129</sup> Het betreft een bezwaarschrift dat per e-mail tegen een besluit van de Informatie Beheer Groep was ingediend. Ambtshalve overweegt de rechtbank dat op grond van art. 6:5 Awb een bezwaarschrift dient te worden ondertekend. Eiseres diende haar bezwaarschrift in door een e-mailbericht dat verzonden was via hotmail. Daarom komt de rechtbank tot de conclusie dat niet is voldaan aan de vereisten die aan een elektronische handtekening op grond van art. 2:16 Awb jo art. 3:15a BW worden gesteld. Het bezwaarschrift moest daarom niet-ontvankelijk verklaard worden. De annotator bekritiseert deze uitspraak als een tamelijk rigide uitleg van afdeling 2.3 Awb, waarbij de rechtbank is voorbijgegaan aan art. 6:6 Awb waaruit blijkt dat een bestuursorgaan een bezwaarschrift niet-ontvankelijk kan verklaren wanneer niet aan het ondertekeningvereiste is voldaan.

Daarbij is de rechtbank in deze uitspraak voorbij gegaan aan de verschillende niveaus die er bestaan op het gebied van de elektronische handtekening. Zoals hierboven is aangegeven, zijn Lodder, Dumortier & Bol van mening dat een e-mailbericht onder omstandigheden aangemerkt kan worden als een elektronische handtekening. Had de studente in het e-mailbericht haar inschrijvingsnummer van de studiefinanciering vermeld, dan was er sprake van elektronische gegevens (het inschrijfnummer in het bericht) die zijn vastgehecht aan of logisch geassocieerd zijn met andere elektronische gegevens (de in de header van het e-mailbericht genoemde afzender) en die worden gebruikt als middel voor identificatie van de afzender. Een mailadres biedt echter geen zekerheid over de identiteit van de afzender. Een ieder kan op een willekeurige naam immers een mailadres aanmaken. Hieruit blijkt dat deze definitie van een elektronische handtekening discutabel is. Uit het mailbericht kan misschien de identiteit van de afzender afgeleid worden, er is daarmee nog geen zekerheid over deze identiteit. Met andere woorden, authenticatie, het verschaffen van zekerheid over de identiteit van de afzender, heeft niet plaats

---

129 Rb. Maastricht 27 maart 2006, *LJN* AW6886, *JB* 2006, 162 m.nt. M.O.-V (Hotmail bezwaar bij IBG).

gevonden. Het bestuursorgaan had echter wel, ingevolge art. 2:16 Awb, kunnen beslissen dat de methode die gebruikt werd voor authenticatie (hoe discutabel ook) voldoende betrouwbaar was, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht. Dit is geen rechtsregel van openbare orde, de rechter toetst hier niet ambtshalve aan.<sup>130</sup>

Verder is het ingevolge art. 2:15 Awb aan het bestuursorgaan om te bepalen of de elektronische weg geopend is, gelet op het gereed zijn van de organisatie en werkprocessen aan de kant van het bestuursorgaan voor het afhandelen van elektronisch verkeer. Zo moet het bestuursorgaan bijvoorbeeld ook een systeem inrichten om elektronische handtekeningen te kunnen lezen. Indien een bestuursorgaan een dergelijk systeem (nog) niet heeft, maar de elektronische weg voor het indienen van bezwaarschriften wel opengesteld heeft, kan het bestuursorgaan zelf bepalen of de indiener van het bezwaarschrift voldoende geïdentificeerd kan worden, bijvoorbeeld door het opgeven van een inschrijf- of correspondentienummer. Indien het bestuursorgaan van oordeel is dat er gebreken kleven aan het elektronisch ingediende bezwaarschrift, dan moet de indiener de gelegenheid krijgen dit gebrek te herstellen, zoals dit ook bij niet gemotiveerde pro forma bezwaarschriften gebruikelijk is. Indien er gebreken aan het bericht kleven omdat de betrouwbaarheid bijvoorbeeld in het geding is, of er vragen zijn ten aanzien van de authenticiteit van het bericht, kan het bestuursorgaan de indiener in de gelegenheid stellen om dit verzuim te herstellen op grond van art. 6:6 Awb.

De rechtbank in Zwolle gaat in een uitspraak niet in op deze vraag.<sup>131</sup> In deze zaak is door de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen een rijbewijs ongeldig verklaard. Belanghebbende dient tegen dit besluit per e-mailbericht een bezwaarschrift in. Dit bezwaar wordt ongegrond verklaard. In de beroepszaak oordeelt de rechtbank als volgt:

‘Niet duidelijk is of verweerster kenbaar heeft gemaakt dat de mogelijkheid van het elektronisch maken van bezwaar bestaat. Indien verweerster al de mogelijkheid van het elektronisch maken van bezwaar heeft geopend, voldoet eisers bezwaarschrift niet aan het vereiste van een (elektronische) handtekening. Verweerster heeft eiser echter niet in de gelegenheid gesteld om een verzuim te herstellen middels het alsnog schriftelijk indienen van een bezwaarschrift of het alsnog ondertekenen van het elektronische bezwaarschrift. Nu ervan mag worden uitgegaan dat het gebrek aan het bezwaarschrift desgevraagd zou zijn hersteld, ziet de rechtbank uit proceseconomische motieven aanleiding aan het voorgaande voorbij te gaan en te komen tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil.’

Ook hier gaat de rechtbank eraan voorbij dat een e-mailbericht onder omstandigheden kan voldoen aan de definitie van een elektronische handtekening als bedoeld in art. 3:15a, vierde lid, BW. De authenticiteit van het

---

130 Damen e.a. Bestuursrecht 2 2009, p. 231.

131 Rb. Zwolle 17 januari 2007, LJV AZ7162 (Elektronisch bezwaar bij CBR).

bericht kan op deze manier voldoende gewaarborgd zijn. Kennelijk bedoelt de rechtbank dat een gekwalificeerde elektronische handtekening ontbreekt. Overigens moet het bestuursorgaan wel voor de elektronische infrastructuur gezorgd hebben, die het mogelijk maakt om een bericht te voorzien van bijvoorbeeld een DigiD of een elektronische handtekening.<sup>132</sup> Terecht gaat de rechtbank aan dit gebrek voorbij, zodat het beroep inhoudelijk behandeld kan worden.

Dat het doel van een handtekening is het vaststellen van de identiteit van de indiener van een bezwaarschrift, blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam. In deze zaak verklaarde het college van burgemeester en wethouders van Rotterdam de indiener van een bezwaarschrift niet-ontvankelijk, omdat zij het (op conventionele wijze ingediende) bezwaarschrift niet had ondertekend. De rechtbank overweegt:<sup>133</sup>

‘...dat een niet-ontvankelijkheidsverklaring van het bezwaar in een dergelijk geval achterwege dient te blijven indien de identiteit van de indiener van het bezwaar op andere wijze kan worden vastgesteld dan wel aan diens identiteit niet kan worden getwijfeld. Indien geen ondertekend bezwaarschrift is ingediend, maar wel een ondertekend antwoordstrookje over het al dan niet bijwonen van de hoorzitting, dient verweerder een afweging te maken of hij in redelijkheid gebruik kan maken van zijn bevoegdheid om het bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren. (...) Er bevinden zich in het (bijstands)dossier van verweerder door eiseres ondertekende stukken waardoor er geen grond is om aan de authenticiteit van de handtekening op het antwoordstrookje te twijfelen. De rechtbank is van oordeel dat, nu de ondertekening van het antwoordstrookje voldoende is om aan te nemen dat de identiteit van de indiener van het bezwaarschrift bekend is en dit ondertekende antwoordstrookje voor het einde van de hersteltermijn door verweerder is ontvangen, verweerder niet in redelijkheid gebruik had kunnen maken van zijn bevoegdheid om het bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren.’

Deze uitspraak sluit aan bij de hierboven genoemde doelen van de elektronische handtekening en laat zien dat het bestuursorgaan ook op andere wijze kan nagaan of de identiteit van de indiener van een bepaald geschrift kan worden vastgesteld.

### **3.3.3 Conclusie vormvoorschriften schriftelijk en ondertekening**

Aan de vormvereisten, schriftelijk en ondertekening, wordt volgens de wetgever voldaan indien de elektronische wijze van communicatie functioneel equivalent is aan de conventionele wijze van communicatie. De vormvereisten schriftelijk en handtekening zijn in de elektronische communicatie wezenlijk anders dan in de conventionele, papieren wijze van communiceren.

---

132 Hierin voorzag de website van het CBR niet op 3 juli 2008.

133 Rb. Rotterdam 2 juli 2009, *LJN* BJ2435 (Bezwaar zonder handtekening).



De wetgever heeft ervoor gekozen om het begrip ‘schriftelijk’ ruim uit te leggen. Hierdoor wordt onder schriftelijk verstaan: weergave door middel van schrifttekens. Een elektronische drager met schrifttekens (bits) is echter niet te lezen zonder de daarbij horende codering, die aangeeft in welke context de informatie gelezen kan worden. Aan de ruime interpretatie van het begrip schriftelijk, in de zin dat elke drager die schrifttekens bevat, als schriftelijk wordt aangemerkt, moet worden toegevoegd dat een elektronische boodschap ook de codering dient te bevatten waaruit blijkt in welke context een bericht gelezen kan worden. Zonder deze codering is met een drager met elektronische schrifttekens (bits) immers niks te beginnen

Van functionele equivalentie bij de eis dat communicatie schriftelijk moet plaatsvinden, is sprake wanneer de elektronische wijze van communicatie evenals de conventionele wijze voldoet aan de communicatiefunctie, de bewijsfunctie en de afbakeningsfunctie. Deze laatste, de afbakeningsfunctie, is echter geen functie van het schriftelijkheidsvereiste, maar een eigenschap daarvan. De eis dat een bepaalde vorm van communiceren schriftelijk plaatsvindt (bijvoorbeeld het nemen van besluiten door een bestuursorgaan), wordt gesteld om de over te brengen boodschap duidelijk te maken en om deze boodschap vast te leggen. Dit wordt door de wetgever aangeduid als de communicatie- en bewijsfunctie. Doordat de boodschap schriftelijk is vastgelegd, onderscheidt deze zich van mondelinge communicatie. Dit is een onderscheidend kenmerk van deze vorm van communicatie en daarmee een eigenschap en geen functie.

De bewijsfunctie, het vastleggen wat tot uitdrukking wordt gebracht, is in de elektronische context anders dan in een conventionele, schriftelijke situatie. Een boodschap die elektronisch wordt overgebracht, bestaat uit series van bits (bitstring), waarbij de daarbij geleverde codering aangeeft in welke context de bits een betekenis krijgen. Bits kunnen in verschillende contexten dan ook een andere betekenis krijgen. Zelfs in dezelfde context kunnen bits een andere betekenis krijgen. Vastleggen wat tot uitdrukking moet worden gebracht, is in de elektronische context dan ook geen functie van het schriftelijkheidsvereiste, maar een functie van de elektronische handtekening. De bewijsfunctie kan bij elektronische communicatie zonder gekwalificeerde elektronische handtekening dan ook niet gewaarborgd worden. Bij het beoordelen of een bepaalde vorm van elektronische communicatie functioneel equivalent is van de conventionele schriftelijke, speelt de bewijsfunctie dan ook geen rol.

De beoordeling of een bepaalde vorm van elektronische communicatie functioneel equivalent is aan de conventionele schriftelijke wijze, moet daarom plaats vinden aan de hand van de communicatiefunctie. Dit houdt in dat elektronische communicatie een functioneel equivalent is van de conventionele

schriftelijke communicatie, indien door middel van de elektronische communicatie duidelijk gemaakt kan worden wat tot uitdrukking moet worden gebracht. Deze communicatiefunctie moet materieel ingevuld worden, dat wil zeggen dat zolang betrokkenen de middels het bericht overgebrachte boodschap niet betwisten, de boodschap geacht moet worden schriftelijk te zijn. De rechter toetst hier niet ambtshalve aan.

Het begrip functioneel equivalent is ook van toepassing op de elektronische handtekening. De functies van een ondertekening zijn: de identificatie van de afzender van het bericht, de blijk van instemming met de inhoud van het bericht en het bieden van een waarborg tegen overhaast optreden. Deze functies zijn ingevuld door de regeling van de elektronische handtekening in het Burgerlijk Wetboek en de Telecommunicatiewet. Door de schakelbepalingen 3:15c BW en 2:16 Awb is deze regeling ook van toepassing op elektronisch verkeer tussen burger en bestuursorgaan.

Het uitgangspunt van art. 2:16 Awb is dat aan het vereiste van ondertekening is voldaan door een elektronische handtekening, indien de methode die daarbij voor authenticatie is gebruikt voldoende betrouwbaar is, gelet op de aard en de inhoud van het elektronische bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt.

In de elektronische communicatie strekt de handtekening ook om te waarborgen dat het bericht gedurende de verzending niet gewijzigd is. Deze bewijsfunctie, het vastleggen van wat tot uitdrukking moet worden gebracht, werd door de wetgever als functie van de schriftelijkheidseis aangeduid, maar is meer een functie van de elektronische handtekening. Door gebruik te maken van een gekwalificeerde elektronische handtekening kan worden gewaarborgd dat het bericht onderweg niet is gewijzigd, oftewel dat de integriteit van het bericht gewaarborgd is.

Bij twee andere door de wetgever aangeduide functies van een handtekening, de blijk van instemming en het bieden van een waarborg tegen overhaast optreden, is het de vraag in hoeverre deze functies door een elektronische handtekening worden gewaarborgd. Een elektronische handtekening wordt uiteindelijk door een apparaat geplaatst. Dit kan ook volledig automatisch, zonder medeweten van de 'eigenaar' van de handtekening gebeuren.

De eisen die aan de elektronische handtekening dan wel aan het middel van authenticatie gesteld worden, kunnen differentiëren naar gelang de aard en de inhoud van het bericht.

Een elektronisch bericht is daarmee functioneel equivalent aan de vormvereisten schriftelijk en ondertekening indien daarmee de boodschap kan worden

overgebracht, de identiteit van de afzender kan worden vastgesteld (de authenticiteit) en indien de integriteit van het bericht vaststaat.

### 3.4 Uitgangspunt van nevenschikking

Een belangrijk uitgangspunt dat steeds in de regeling van afd. 2.3 terugkomt, is het uitgangspunt van de nevenschikking. Dit houdt in dat de toename van elektronisch verkeer niet ten koste mag gaan van diegenen die daar geen gebruik van kunnen maken. Er mag geen verdringing zijn van de conventionele weg, want voor diegenen die niet (kunnen) beschikken over de nieuwe communicatiemiddelen, moet de overheid nog via de conventionele, papieren weg bereikbaar zijn. De nevenschikking is een van de wezenlijke onderdelen van afdeling 2.3. en wordt op wettelijk niveau gegarandeerd. Dit blijkt uit art. 2:14, eerste en tweede lid, en art. 2:15, eerste lid.

Art. 2:14 bepaalt dat een bericht dat tot een of meer geadresseerden is gericht, elektronisch wordt verzonden voor zover de geadresseerde heeft kenbaar gemaakt langs deze weg voldoende bereikbaar te zijn. Het gaat hier bijvoorbeeld om beschikkingen. Het tweede lid bepaalt dat berichten die niet tot een of meer geadresseerden zijn gericht, niet uitsluitend elektronisch verzonden mogen worden. Deze bepaling betreft bijvoorbeeld de besluiten van algemene strekking, zoals verordeningen en beleidsregels. Deze mogen dus niet uitsluitend elektronisch verzonden worden en moeten ook altijd op de conventionele wijze aan personen die niet over internet beschikken, verzonden of bekendgemaakt worden, tenzij bij wet anders is bepaald. Art. 2:15, eerste lid, regelt dit voor het bestuursorgaan: de burger kan alleen van de elektronische weg gebruik maken, voor zover het bestuursorgaan deze weg heeft opengesteld.

Art. 3:42, tweede lid, Awb werd aanvankelijk ook beschouwd als bepaling waarin het uitgangspunt van de nevenschikking was neergelegd. Hierin is namelijk bepaald dat besluiten van algemene strekking niet elektronisch bekend gemaakt mogen worden. Van dit verbod kan bij wettelijk voorschrift worden afgeweken. In de Wet elektronische bekendmaking is deze bepaling gewijzigd.<sup>134</sup> Deze wijziging heeft tot gevolg dat besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht en die afkomstig zijn van de rijksoverheid, in beginsel in de elektronische Staatscourant worden bekendgemaakt. Besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht en die afkomstig zijn van een

---

134 Wetsvoorstel tot Wijziging van de Bekendmakingswet en enkele andere wetten in verband met de elektronische bekendmaking en beschikbaarstelling in geconsolideerde vorm van wetten, algemene maatregelen van bestuur, anders dan bij wet of algemene maatregel van bestuur vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht (Wet elektronische bekendmaking) *Kamerstukken II* 2006/2007, 31 084, nr. 2.

niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan, worden bekendgemaakt in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op andere geschikte wijze. Elektronische bekendmaking vindt uitsluitend plaats in een van overheidswege uitgegeven blad, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Deze wetswijziging is op 1 juli 2009 in werking getreden.

Het uitgangspunt van de nevenschikking komt in de volgende aspecten tot uiting:

- uitgangspunt is dat de burger bepaalt in welke vorm het verkeer plaats vindt, indien het bestuursorgaan over beide mogelijkheden (de conventionele en de elektronische wijze) beschikt;
- voor zover het bestuursorgaan over bepaalde zaken alleen maar op de conventionele wijze communiceert, heeft de burger geen keus: hij kan elektronisch verkeer niet afdwingen.<sup>135</sup>

Het derde, in de memorie van toelichting genoemde aspect:

- het is het bestuursorgaan niet toegestaan bepaalde zaken alleen nog maar langs elektronische weg te doen, tenzij alle betrokkenen hiermee instemmen, heeft door de Wet elektronische bekendmaking een deel van zijn zeggingskracht verloren.

Een aantal belangrijke uitzonderingen op dit beginsel zullen hieronder besproken worden.

### **3.4.1 Belastingwetgeving**

In art. 8, tweede lid, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) is voor ondernemers bepaald dat aangifte slechts elektronisch kan plaatsvinden. Dit geldt voor de groep die administratieplichtig is op grond van art. 52, tweede lid, AWR. Dit zijn: lichamen, natuurlijke personen die een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefenen, natuurlijke personen die belastbare winst uit onderneming als bedoeld in artikel 3.3 van de Wet inkomstenbelasting 2001 genieten, natuurlijke personen die inhoudingsplichtige zijn en natuurlijke personen die een werkzaamheid als bedoeld in de artikelen 3.91 en 3.92 van de Wet inkomstenbelasting 2001 verrichten. In art. 20 van de Uitvoeringsregeling AWR wordt vervolgens bepaald dat aangifte door een administratieplichtige als bedoeld in artikel 52, tweede lid, van de wet langs elektronische weg wordt gedaan indien het betreft: de inkomstenbelasting ingeval de administratieplichtige binnenlands belastingplichtige is; de

---

135 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 8.

vennootschapsbelasting ingeval de administratieplichtige binnenlands belastingplichtige is; de omzetbelasting: ingeval de administratieplichtige of diens fiscale vertegenwoordiger als bedoeld in de Wet op de omzetbelasting 1968, in Nederland woont of is gevestigd en de loonbelasting. Op grond van het derde lid van art. 20 van de Uitvoeringsregeling kan de inspecteur al dan niet op verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking ontheffing verlenen van een van de in het tweede lid bedoelde verplichtingen indien het langs elektronische weg aangifte doen onredelijk bezwarend is voor de administratieplichtige. Deze ontheffing geldt voor maximaal een jaar.

In een uitspraak uit 2007 gaat de rechtbank Arnhem in op deze ontheffingsmogelijkheid.<sup>136</sup> De betrokken belastingplichtige en zijn echtgenote waren administratieplichtig als bedoeld in art. 52 AWR en moesten elektronisch aangifte doen. Betrokkene wilde dit niet, omdat hij zoals blijkt uit de uitspraak, niet beschikte over toegang tot internet en zijn echtgenote niet in staat bleek om de elektronische aangifte via haar aansluiting op internet te versturen. Betrokkene was verder principieel tegen elektronisch berichtenverkeer en had geen zin om zich te verdiepen in computers en internet alleen om de belastingdienst ter wille te zijn.

Allereerst constateert de rechtbank dat de regeling in de AWR een afwijking is van het algemene beginsel van nevenschikking zoals dit in afd. 2.3 Awb staat opgenomen. De rechtbank constateert oneffenheden in het wetgevingsproces, met name op het punt van een ontbrekende en ondeugdelijke motivering ten aanzien van de afwijking in de AWR van de Awb. Ondanks deze gebreken oordeelt de rechtbank dat dit niet meebrengt dat de AWR als bijzondere wet op dit punt buiten toepassing moet blijven. De voorrangregel, dat de bijzondere wet voor de algemene wet gaat, blijft ook in dit geval gelden. De rechtbank concludeert dan ook dat art. 8, tweede lid, AWR en art. 20 van de Uitvoeringsregeling niet hoeven te wijken voor art. 2:15 Awb, en dat betrokkenen derhalve verplicht zijn om elektronisch aangifte te doen, tenzij zij een ontheffing hebben van deze verplichting.

Blijkens de tekst van art. 20 van de Uitvoeringsregeling wordt ontheffing verleend wanneer het doen van elektronische aangifte onredelijk bezwarend is voor de administratieplichtige. Op het formulier waarmee de ontheffing kon worden aangevraagd stond dat ontheffing alleen zou worden verleend wanneer de administratieplichtige niet over een computer beschikt. Eisers hebben daarom geen ontheffing aangevraagd. De rechtbank oordeelt dat het ontbreken van een ontheffing de eisers daarom niet kan worden tegengeworpen. De rechtbank verwijst naar de parlementaire behandeling van de

---

136 Rb. Arnhem 25 april 2007, *LJN* BA4054, *NTR* 2007, 905 (Geen elektronische aangifte bij belastingdienst).

bepaling, waarbij is opgemerkt dat bij de invulling van het criterium ‘onredelijk bezwarend’ als uitgangspunt zou worden gehanteerd dat er geen ontheffing wordt verleend indien de administratieplichtige de administratie geautomatiseerd voert, of de aangifte laat opstellen door een derde die daarbij gebruik maakt van geautomatiseerde systemen. De rechtbank oordeelt dat verweerder de brief van eiser waarin hij aangeeft van mening te zijn dat het doen van elektronische aangifte voor hem onredelijk bezwarend is, had moeten aanmerken als een verzoek om een ontheffing. De rechtbank onderzoekt vervolgens zelf of aan eisers ontheffing had moeten worden verleend:

‘De rechtbank is van oordeel dat eisers aannemelijk hebben gemaakt dat zij in 2005 niet in staat waren om zonder hulp van derden de aangifte elektronisch te versturen. Gezien de beperkte omvang van hun ondernemingen en de daaraan gekoppelde (relatief) beperkte administratieplicht, is de rechtbank van oordeel dat niet van eisers mag worden verwacht dat zij investeren in het opdoen of inkopen van kennis op het gebied van computers en interne, uitsluitend om aan hun elektronische aangifteverplichting te kunnen voldoen. Evenmin kunnen zij worden verplicht om het doen van aangifte uit te besteden aan een derde. De daarmee gemoeide kosten zijn in het licht van de beperkte inkomsten uit hun ondernemingen relatief te hoog. De rechtbank acht het doen van elektronische aangifte voor eisers in 2005 daarom onredelijk bezwarend. Dit brengt mee dat de rechtbank van oordeel is dat verweerder aan eisers ontheffing had moeten verlenen.’

In een uitspraak met grotendeels identieke overwegingen ten aanzien van het beginsel van nevenschikking en de voorrang van de bijzondere wet, oordeelt de rechtbank Haarlem in een zaak, waarbij bezwaar en beroep is ingesteld tegen een boetebeschikking die is opgelegd wegens het niet tijdig doen van aangifte op elektronische wijze als volgt:<sup>137</sup>

‘In casu is niet in geschil dat eiseres tijdig de papieren aangifte heeft ingediend. Hoewel dit geen aangifte is op de voorgeschreven wijze, volgt hieruit wel dat de aangifte van eiseres tijdig klaar was voor de verzending. Eiseres heeft aangevoerd dat zij op 11 januari 2006 heeft getracht de aangifte elektronisch te verzenden. Eiseres stelt dat zij wel in het persoonlijk domein kon komen, maar de aangifte daarin niet op kon halen. Verweerder stelt dat niet uit het systeem blijkt dat eiseres op die dag in het persoonlijk domein is geweest. Verweerder heeft echter ter zitting ook verklaard dat er landelijk veel problemen zijn geweest met het inloggen. De rechtbank acht het aannemelijk dat eiseres op 11 januari 2006 heeft gepoogd de aangifte elektronisch te verzenden. (...). Gezien de onder 4.13 opgenomen feiten en omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat eiseres alle van haar in redelijkheid te vergen zorg heeft betracht om te bewerkstelligen dat de aangifte tijdig op de juiste wijze bij verweerder werd ingediend. Hierin ligt besloten dat er sprake is van afwezigheid van alle schuld van eiseres. Dat er nog andere manieren waren om de aangifte in te dienen doet daar niet aan af, nu elke manier deugdelijk dient te werken.’

---

137 Rb. Haarlem 16 augustus 2007, *LJN* BB2114, r.o. 4.13 en 4.14, *NTFR* 2007, 1581 (Inlogproblemen bij belastingdienst).

In de eerste genoemde zaak wordt een afweging gemaakt tussen de verplichting om de aangifte elektronisch in te dienen en de lasten die dit voor de administratieplichtige met zich mee brengt. In dit specifieke geval, gezien de omvang van de onderneming van de betrokkene, werd het als onredelijk bezwarend aangemerkt de betrokkene te verplichten de aangifte elektronisch in te dienen. In de tweede zaak functioneerde kennelijk de software waarmee elektronisch aangifte moest worden gedaan, niet. Aangezien bleek dat betrokkene alle zorg had betracht om tijdig de elektronische aangifte te verzenden en vervolgens tijdig de aangifte op papier had ingediend, mocht het bestuursorgaan betrokkene geen boete opleggen wegens het niet tijdig doen van aangifte op de voorgeschreven wijze.

### 3.4.2 Bekendmakingswet

In de Wet elektronische bekendmaking die op 1 juli 2009 inwerking is getreden, is het beginsel van de nevenschikking expliciet verlaten.<sup>138</sup> Deze wet gaat uit van elektronische bekendmaking van wetten en besluiten van algemene strekking, waarbij de conventionele bekendmaking komt te vervallen. De voorgestelde wijzigingen betreffen niet alleen de bekendmaking van besluiten die algemeen verbindende voorschriften inhouden, maar ook besluiten waarop het bekendmakingsregime van art. 3:42 Awb van toepassing is. Het naast elkaar bestaan van twee bekendmakingsystemen wordt ongewenst genoemd, vanwege het risico van het optreden van verschillen in de gepubliceerde tekst dan wel verschillen in de datum van publicatie. In de memorie van toelichting wordt hierover gesteld dat er van beperking van de toegankelijkheid door alleen elektronische bekendmaking mogelijk te maken geen sprake is, aangezien de groep abonnees hoofdzakelijk uit professionele beroepsbeoefenaars bestaat, die tevens toegang tot internet hebben.<sup>139</sup> De officiële publicatiebladen vormen daarom in de praktijk geen alternatief voor burgers die (nog) geen toegang hebben tot het internet.

Ook wordt in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel gesteld dat de toepassing van elektronische communicatiemiddelen de transparantie vergroot. Dit omdat elektronische informatie op zeer veel plaatsen toegankelijk is, 24 uur per dag bereikbaar is en vaak kosteloos kan worden geraadpleegd. De gedrukte versies van het Staatsblad en de Staatscourant zijn daartegen slechts op een verkoopadres in Den Haag verkrijgbaar. Een abonnement op het Staatsblad kost ca € 850 per jaar en dit blad heeft ca 700 abonnees. Een abonnement op de Staatscourant kostte in 2005 € 317; dit blad heeft 8000 abonnees.<sup>140</sup>

---

138 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 084, nr. 2.

139 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 084, nr. 3, p. 11.

140 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 084, nr. 3, p. 6.

Elektronische bekendmaking van wetten, algemeen verbindende voorschriften en andere besluiten van algemene strekking, zonder deze nog op de conventionele wijze bekend te maken, vergroot volgens dit wetsvoorstel dan ook de toegankelijkheid en transparantie van deze regelingen en besluiten. De groep die door de elektronische bekendmaking bereikt zal kunnen worden, is aanzienlijk groter dan de groep die bereikt wordt door de huidige uitgifte van de conventionele, papieren versie.

### 3.4.3 Dienstenwet en Dienstenrichtlijn

Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006, betreffende diensten op de interne markt (de Dienstenrichtlijn) beoogt blijkens overweging 5 uit de preambule, belemmeringen voor de vrijheid van vestiging van dienstverleners in de lidstaten en voor het vrije verkeer van diensten tussen lidstaten te verwijderen. Verder beoogt de Dienstenrichtlijn de afnemers en verrichters van diensten de nodige rechtszekerheid te bieden, zodat twee fundamentele vrijheden (het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging door dienstverrichters) daadwerkelijk kunnen worden uitgeoefend. Een van de middelen waarmee dit doel bereikt moet worden, is het wegnemen van overmatig belastende procedures en formaliteiten. In overweging 52 van de preambule staat dat de invoering van een elektronisch systeem voor de afwikkeling van procedures en formaliteiten een noodzakelijke voorwaarde is om te komen tot die administratieve vereenvoudiging. In de richtlijn staat dit in het eerste lid van art. 8 als volgt geformuleerd: ‘De lidstaten zien erop toe dat alle procedures en formaliteiten betreffende de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit eenvoudig, op afstand en met elektronische middelen via het betrokken één-loket en met de relevante bevoegde instanties kunnen worden afgewikkeld.’ Dit betekent dat de procedures, waaronder het aanvragen van eventueel vereiste vergunningen, elektronisch moeten kunnen worden afgehandeld. Dit voorschrift is in zoverre een inbreuk op het uitgangspunt van de nevenschikking, dat het bevoegde bestuursorgaan hierdoor verplicht wordt om procedures elektronisch af te handelen. Het bestuursorgaan heeft niet meer de mogelijkheid om de elektronische weg niet open te stellen.

In de wet ‘Implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet)’ wordt deze verplichting geïmplementeerd.<sup>141</sup> In art. 5 van deze wet staat:

1. Onze Minister draagt zorg voor de inrichting, instandhouding, werking en beveiliging van een centraal loket met behulp waarvan:

---

141 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 2 en het gewijzigd voorstel van wet *Kamerstukken I*, 2008/09, 31 579A.



a. ten behoeve van dienstverrichters:

1. informatie toegankelijk wordt gemaakt die van belang is voor het verkrijgen van toegang tot of de uitoefening van diensten;
2. berichtenverkeer dat betrekking heeft op procedures en formaliteiten wordt uitgewisseld tussen dienstverrichters en bevoegde instanties.  
(...)
2. Het centraal loket is gemakkelijk langs elektronische weg bereikbaar.  
(...)

De wet voorziet in de inrichting van een centraal loket onder de verantwoordelijkheid van de minister van Economische zaken. Dit is het één-loket zoals dat is genoemd in de richtlijn. Het centraal loket is blijkens het tweede lid van art. 5 gemakkelijk langs elektronische weg bereikbaar.

Zoals hierboven al uiteengezet, vormt art. 8 Dienstenrichtlijn een inbreuk op het uitgangspunt van de nevenschikking voor het bestuursorgaan. Een bestuursorgaan heeft niet meer de keuze om de elektronische weg open te stellen, het moet de elektronische weg openstellen. De conventionele weg staat echter nog steeds open, de keus is aan de dienstverrichter.<sup>142</sup>

In het vijfde en zesde lid van art. 12 Dienstenwet staat:

5. Een bevoegde instantie verzendt een bericht met de verzochte informatie als bedoeld in het eerste lid, of een mededeling als bedoeld in het derde lid, langs elektronische weg, voor zover een dienstverrichter waarvoor het bericht bestemd is aan de bevoegde instantie kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is.
6. Het vijfde lid geldt, voor zover van toepassing, in afwijking van artikel 2:14, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

Het gaat in deze bepaling om berichten van informatieve aard, om het verlenen van bijstand aan dienstverrichters. Art. 13 Dienstenwet geeft regels over berichtenverkeer die betrekking hebben op procedures en formaliteiten. Op grond van het eerste lid van deze bepaling verloopt alle elektronische berichtenverkeer tussen dienstverrichter en de bevoegde instantie via dit elektronische loket. Art. 13, eerste lid, luidt als volgt:

Onze minister biedt een dienstverrichter respectievelijk een bevoegde instantie de mogelijkheid berichten die betrekking hebben op procedures en formaliteiten via het centraal loket te verzenden en te ontvangen.

De verplichting voor bevoegde instanties zich aan te sluiten bij het centraal loket staat opgenomen in art. 14 van de wet. Daar staat:

---

<sup>142</sup> De verschillende onderdelen van de Dienstenwet zijn op verschillende data in december 2009 in werking getreden, bij koninklijk besluit van 26 november 2009, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Dienstenwet, het Dienstenbesluit centraal loket en enkele artikelen van het Aanpassingsbesluit dienstenrichtlijn.

1. Een bevoegde instantie die betrokken is bij de afwikkeling van procedures en formaliteiten:
  - a. draagt zorg voor aansluiting op het centraal loket;
  - b. verzendt daarop betrekking hebbende berichten via het centraal loket, voor zover een dienstverrichter waarvoor een bericht is bestemd via het centraal loket aan de bevoegde instantie kenbaar heeft gemaakt dat hij langs deze weg voldoende bereikbaar is.
  - c. draagt er zorg voor dat zij via het centraal loket voldoende bereikbaar is voor daarop betrekking hebbende berichten van een dienstverrichter.
2. (...)
3. Het eerste lid geldt, voor zover van toepassing, in afwijking van artikel 2:14, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

Duidelijk is dat de Dienstenrichtlijn een inbreuk vormt op het uitgangspunt van de nevenschikking. Op grond van deze richtlijn worden de bevoegde organen verplicht om elektronisch te communiceren. Bij de implementatie van deze richtlijn in de Dienstenwet is ervoor gekozen om een centraal loket in te stellen, onder verantwoordelijkheid van de minister van Economische Zaken.

Op dit moment is echter nog geen Europees systeem beschikbaar waarmee een elektronische handtekening geplaatst kan worden. De DigiD maakt gebruik van het Burger Service Nummer, waar buitenlandse dienstverrichters niet over beschikken.<sup>143</sup>

#### **3.4.4 Wet ruimtelijke ordening en Wet algemene bepalingen omgevingsrecht**

De bedoeling van de Wro, die op 1 juli 2008 in werking is getreden, is dat alle bestemmingsplannen elektronisch raadpleegbaar worden. Dit staat nader geregeld in het Besluit ruimtelijke ordening (Bro). Op 1 juli 2009 is de verplichting uit art. 1.2.1 Bro in werking getreden tot het in digitale vorm beschikbaar stellen van bestemmingsplannen. In de memorie van toelichting bij de Wro staat dat digitalisering een belangrijk hulpmiddel is voor het bereiken van efficiënte, effectieve en voor burgers toegankelijke besluitvormingsprocessen op het terrein van de ruimtelijke ordening. Volgens de regering kunnen digitale plannen sneller worden gemaakt, getoetst en geactualiseerd dan analoge plannen. Het planproces zal daardoor efficiënter en effectiever kunnen verlopen. Digitaal beschikbare informatie kan tussen overheden onderling en tussen overheid en burger op een snelle manier worden uitgewisseld. Ook de gebruiker van ruimtelijke plannen kan via internet op een eenvoudige en snelle manier informatie beschikbaar krijgen en raadplegen.<sup>144</sup> Een gelijklopende motivering is te vinden in de nota van toelichting bij het

---

143 Er zijn wel initiatieven om interoperabiliteit van eID systemen (zoals de DigiD) op EU schaal mogelijk te maken, bijvoorbeeld STORK: <http://www.eid-stork.eu/>.

144 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 916, nr. 3, p. 70-71.

Besluit ruimtelijke ordening.<sup>145</sup> In deze nota van toelichting staat ook uitgelegd wat onder een digitaal bestemmingsplan wordt verstaan:

‘Een digitaal bestemmingsplan is een elektronisch weergegeven plan waarin een koppeling is gelegd tussen geografische en administratieve gegevens met gebruikmaking van een objectgerichte kaart. Door te “klikken” op een deel van het objectgerichte kaartbeeld worden alle relevante gegevens en beleidsinformatie van dat deel (object) op het kaartbeeld getoond. Het object op het kaartbeeld is dus de ingang tot de achterliggende informatie. Veel voorkomende objecten op het kaartbeeld zijn bijvoorbeeld: bestemmingsvlakken, bouwvlakken en aanduidingen. In tegenstelling tot wat gebruikelijk is bij een traditioneel vervaardigd bestemmingsplan, behoeft de ligging van een bestemming bij een digitaal bestemmingsplan niet te blijken uit het gebruikte kaartmateriaal en de ondergrond waarop een kaart is getekend, maar slechts of juist uit de geografische coördinaten volgens het Rijksdriehoekstelsel. Met gebruikmaking van de coördinaten kan in de eerste plaats exact de plaats van een object in een gebied worden bepaald. Daarnaast is koppeling mogelijk met andere (digitale) informatie die volgens dat stelsel is opgebouwd.’

Om recht te doen aan het uitgangspunt van de nevenschikking is in art. 1.2.2, vierde lid, Besluit ruimtelijke ordening bepaald dat de volledige geautoriseerde verbeelding van het plan op papier beschikbaar moet zijn bij de hoofdzetel van het betrokken bestuursorgaan. Verder is in het derde lid van dit artikel bepaald dat bij dat bestuursorgaan de digitale versie langs elektronische weg geraadpleegd moet kunnen worden. Het tweede lid van art. 1.2.2 Bro bepaalt dat de elektronische beschikbaarstelling een toegankelijke en begrijpelijke verbeelding van het betrokken document omvat.

Ten aanzien van de authenticiteit staat vervolgens in art. 1.2.3 Bro bepaald dat bij ministeriële regeling regels worden gesteld voor het waarborgen van de authenticiteit van de documenten. De nota van toelichting bepaalt hierover dat authenticiteit betrekking heeft op de oorsprong van de informatie: is de informatie het oorspronkelijke document, is de informatie werkelijk van de afzender afkomstig en is de afzender werkelijk degene voor wie hij zich uit geeft. Een van de elementen van de maatregelen om de authenticiteit te waarborgen is volgens deze toelichting dat gewerkt zal worden met een elektronische handtekening, die voldoet aan de eisen die de Awb daaraan stelt.<sup>146</sup>

Voor de ruimtelijke plannen van alle overheden komt een landelijke toegangspoort, namelijk [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl)

Voor de toepassing van afdeling 3.4 Awb, vereist art. 3.8, eerste lid, Wro dat het ontwerp-bestemmingsplan tevens langs elektronische weg beschikbaar wordt gesteld. Volgens de Afdeling houdt deze verplichting in dat het ontwerpbestemmingsplan langs elektronische weg moet kunnen worden

---

145 *Kamerstukken II 2006/07, bijlage bij 30 218, nr. 23, p. 8.*

146 *Kamerstukken II 2006/07, bijlage bij 30 218, nr. 23, p. 9.*

geraadpleegd, niet dat het ook in zijn geheel moet kunnen worden gedownload.<sup>147</sup>

De Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo), die op 1 oktober 2010 in werking is getreden, bepaalt in art. 2.8, eerste lid:

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop de aanvraag om een omgevingsvergunning geschiedt en de gegevens en bescheiden die door de aanvrager worden verstrekt met het oog op de beslissing op de aanvraag. Bij de maatregel kan – in afwijking van de artikelen 2:14, eerste lid, en 2:15 van de Algemene wet bestuursrecht – worden bepaald dat de aanvraag geheel of gedeeltelijk elektronisch wordt ingediend of in ontvangst wordt genomen. Daarbij kan worden bepaald dat de verplichtingen slechts gelden in daarbij aangewezen categorieën gevallen.

De algemene maatregel van bestuur waarnaar verwezen wordt, is het Besluit omgevingsrecht (Bor). Daar bepaalt art. 4.1 dat een aanvraag langs elektronische weg kan worden ingediend. In art. 4.3, eerste lid, Bor wordt afgeweken van het uitgangspunt van de nevenschikking voor bestuursorganen:

In afwijking van artikel 2:15, eerste en tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht, neemt het bevoegd gezag een aanvraag die langs elektronische weg wordt ingediend, in ontvangst.

Het bestuursorgaan heeft hier geen keuze meer, het moet elektronische communicatie mogelijk maken.

### 3.4.5 Overig

Naast de hierbovengenoemde afwijkingen op het uitgangspunt van de nevenschikking probeert de overheid ook meer door ‘zachte druk’ burgers ertoe te krijgen om elektronisch te communiceren. De elektronische communicatie is dan de norm, de conventionele de uitzondering. Voor de conventionele vorm moet de burger dan meer moeite doen,<sup>148</sup> of het bestuursorgaan geeft aan dat de aanvraag die op conventionele wijze plaats vindt, een langere behandeltermijn heeft.<sup>149</sup> Volgens Overkleeft-Verburg is de belangrijkste drijfveer hiervoor het behalen van efficiencywinst voor de overheid zelf, en staat het halen van reductie van bestuurslasten hierbij voorop.<sup>150</sup>

Ook komt het voor dat, wanneer beide vormen in formele zin naast elkaar mogelijk zijn, de gebruikers van de conventionele communicatievorm in

---

147 ABRvS 21 april 2010, *LJN* BM1793, *AB* 2010, 163 m.nt. de Gier (Downloaden ontwerpbestemmingsplan).

148 Overkleeft-Verburg 2008, p. 24.

149 Damen 2010b, p. 161.

150 Overkleeft-Verburg 2009, p. 71.

het nadeel zijn doordat een elektronisch aanvraagformulier het bestuursorgaan eerder bereikt. Bijvoorbeeld in een situatie van een subsidieregeling met een subsidieplafond, waarbij is bepaald dat aanvragen op volgorde van ontvangst in behandeling worden genomen. Wordt een dergelijke subsidieregeling opengesteld bij het begin van de dag, om 0.00 uur, dan kan het subsidieplafond al bereikt zijn door elektronische aanvragen, voordat de conventionele aanvragen het bestuursorgaan überhaupt hebben kunnen bereiken.<sup>151</sup> In een dergelijk geval heeft het uitgangspunt van de nevenschikking niet veel praktische betekenis meer. Wil er echt sprake zijn van nevenschikking, dan moet het bestuursorgaan er ook voor zorgen dat beide communicatievormen daadwerkelijk, in materiële zin, gelijk aan elkaar zijn.

### **3.4.6 Conclusie nevenschikking**

Het uitgangspunt van de nevenschikking is ingevoerd door de wetgever om enerzijds de burger tegemoet te komen die niet over internet beschikt, en anderzijds bestuursorganen tegemoet te komen die hun werkprocessen (nog) niet hebben aangepast aan elektronisch berichtenverkeer. Inmiddels zijn er meerdere uitzonderingen op dit uitgangspunt.

De uitzonderingen hebben met elkaar gemeen dat zij betrekking hebben op burgers in de uitoefening van hun beroep. De verplichting om elektronisch aangifte te doen betreft immers ondernemers. Ook de elektronische bekendmaking van Staatsblad en Staatscourant raakt de beroepsbeoefenaars, want deze vormen volgens de parlementaire stukken hoofdzakelijk het abonneebestand van deze bladen. De uitzondering op grond van de Dienstenrichtlijn betreft overigens niet een verplichting voor de burger om elektronisch te communiceren; deze heeft de keuze. De verplichting geldt hier de overheid. Deze is verplicht om elektronisch berichtenverkeer mogelijk te maken.

De jurisprudentie, voor zover aanwezig, over de verplichting voor de burger om elektronisch te communiceren, betreft de belastingwetgeving. De jurisprudentie ziet er afgewogen uit en oordeelt dat het voor een burger onredelijk bezwarend kan zijn om verplicht te worden elektronisch aangifte te doen. Overigens speelde de geringe omvang van het bedrijf hierbij een nadrukkelijke rol. Ook biedt de jurisprudentie ruimte om af te wijken van de verplichting om elektronisch aangifte te doen indien de software, waarmee de

---

151 Zoals gebeurde bij de Subsidie stimulering energiebesparende maatregelen van de provincie Groningen, <http://www.provinciegroningen.nl/energiegroningen/energieloket/subsidiebesparende maatregelen>.

aangifte gedaan had moeten worden, niet functioneerde. Betrokkene had voldoende zorg betracht om tijdig elektronisch aangifte te doen.

Met betrekking tot het uitgangspunt van de nevenschikking is, als het gaat om burgers, meer en meer sprake van zachte dwang, uitgeoefend door de overheid jegens de burger, om digitaal te communiceren. Ook lijkt het uitgangspunt in de praktijk aan betekenis te verliezen, doordat burgers die elektronisch communiceren, bijvoorbeeld bij het aanvragen van subsidie op grond van een regeling met een subsidieplafond, in het voordeel zijn ten aanzien van hen die gebruik maken van de conventionele weg. Ten aanzien van beroepsbeoefenaars wordt het uitgangspunt van de nevenschikking verlaten. Dat stuit in het algemeen niet op problemen. Wel blijkt uit de beperkte jurisprudentie dat een uitlaatklep noodzakelijk is. Indien elektronische communicatie onredelijk bezwarend is, moet onder omstandigheden conventionele communicatie mogelijk gemaakt worden.

Ook worden wetten, algemeen verbindende voorschriften en bestemmingsplannen elektronisch bekend gemaakt, en is de elektronische bekendmaking leidend. Overheidsorganen hebben ook niet altijd meer de keuze: de Dienstenwet bepaalt dat in het kader van te verrichten diensten elektronisch moet kunnen worden gecommuniceerd.

Geconstateerd kan worden dat, ondanks het uitgangspunt van de nevenschikking, elektronische communicatie de norm wordt, en de conventionele wijze van communicatie de uitzondering aan het worden is.

### **3.5 Kenbaar maken dat elektronisch verkeer mogelijk is**

Elektronische communicatie is op grond van de Awb in het algemeen alleen dan mogelijk als zowel het bestuursorgaan als de burger kenbaar hebben gemaakt dat de elektronische weg openstaat. Voor de burger volgt dit uit art. 2:14, eerste lid, Awb en voor het bestuursorgaan volgt dit uit art. 2:15 eerste lid, Awb. Over de wijze waarop de burger kenbaar maakt langs elektronische weg bereikbaar te zijn, wordt in de memorie van toelichting bij afdeling 2.3 opgemerkt dat voorlopig van uitdrukkelijk kenbaar maken moet worden uitgegaan.<sup>152</sup> De bekendheid van een e-mailadres van de burger bij het bestuursorgaan is in de huidige situatie niet voldoende. De burger zal moeten aangeven voor een bepaald bericht of voor een bepaalde berichtenuitwisseling elektronisch bereikbaar te zijn en tevens op welk adres hij bereikbaar is. In de memorie van toelichting wordt aangenomen dat het elektronisch indienen van een verzoek niet hetzelfde is als kenbaar maken langs elektronische weg bereikbaar te zijn. Dit kenbaar maken moet door de burger expliciet tot uitdrukking worden

---

152 *Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 11.*

gebracht. Bij ontbreken van een expliciete verklaring van een burger mag een bestuursorgaan niet zonder daarnaar bij de burger te hebben geïnformeerd, gebruik maken van de elektronische weg. Verzoekt een burger expliciet om toezending op klassieke wijze, dan moet het bestuursorgaan hieraan voldoen.<sup>153</sup> Overigens houdt de wetgever in de memorie van toelichting een slag om de arm ten aanzien van de voorwaarde dat het kenbaar maken door de burger door middel van een expliciete verklaring moet plaats vinden. Dit wordt duidelijk uit de opmerking dat de enkele bekendheid van een e-mailadres in de huidige situatie niet zonder meer voldoende is. Vervolgens wordt opgemerkt dat gewoonten en conventies door de snelle ontwikkelingen snel aan wijzigingen onderhevig zijn en dat er daarom is gekozen voor algemene bewoordingen die ruimte laten aan de praktijk en jurisprudentie om rekening te houden met nieuwe ontwikkelingen.<sup>154</sup> Verzoekt een burger een bestuursorgaan om elektronisch te communiceren, en voldoet het bestuursorgaan aan dit verzoek, dan kan de burger er ook op vertrouwen dat de correspondentie op elektronische wijze wordt verzonden.<sup>155</sup> In deze zaak had appellante het bestuursorgaan verzocht om haar alle correspondentie over haar aanvraag per e-mail toe te zenden wegens haar verblijf in het buitenland. Het bestuursorgaan had aan dit verzoek voldaan en e-mailde haar de correspondentie, behalve het primaire besluit waartegen zij bezwaar wilde maken. Dit bezwaar maakte zij dan ook te laat omdat zij de (papieren) brief te laat aantrof. De CRvB oordeelt in r.o. 2.3:

‘De onder 1.2 genoemde brief van 16 februari 2008, die zich onder de gedingstukken bevindt, is gericht aan de PUR, Raadskamer WUBO, en vermeldt alleen het specifieke correspondentienummer voor de Wubo. Een dergelijke brief aan verweerster ontbreekt onder de gedingstukken. Gelet op het samenloopkarakter van de aanvraag acht de Raad echter het eventueel ontbreken van een expliciet verzoek om ook Wuv-stukken via e-mail toe te zenden niet doorslaggevend. In aanmerking genomen dat door de PUR niet afwijzend is gereageerd op de brief van appellante van 16 februari 2008 doch integendeel het besluit over de toepassing van de Wubo wel via e-mail is toegezonden, kon en mocht appellante er naar het oordeel van de Raad op rekenen dat ook het primaire besluit Wuv via e-mail zou worden toegezonden. Een en ander betekent dat verweerster het primaire besluit Wuv in feite aan het verkeerde adres heeft gezonden.’

### 3.5.1 Toepassing art. 2:15 Awb

Uit art. 2:15 Awb volgt dat een bericht alleen elektronisch naar een bestuursorgaan kan worden verzonden indien het bestuursorgaan kenbaar heeft gemaakt dat deze weg geopend is. In een uitspraak van het Gerechtshof

---

153 CRvB 14 oktober 2010, *LJN* BO1902 (Overuren jeugdtheater).

154 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 12.

155 CRvB 10 december 2009, *LJN* BK7208, *AB* 2010, 131 m.nt. A.M. Klingenberg (Wuv-besluit).

Leeuwarden werd geanticipeerd op art. 2:15 Awb.<sup>156</sup> Het ging hier, samengevat, om een beroepschrift dat op tijd per e-mail bij de officier van justitie was ingediend, maar te laat per brief. Welk tijdstip van ontvangst moest nu gelden, het tijdstip van ontvangst van het e-mailbericht dat op tijd was, of het tijdstip van ontvangst van de (papieren) brief, die te laat was? Het Hof oordeelde hier dat ‘niet is gebleken dat de officier van justitie heeft kenbaar gemaakt dat hij langs elektronische weg voldoende bereikbaar is en dat voor de ontvangst van beroepschriften een procedure is ontwikkeld, die recht doet aan de eisen van onder meer art. 6:5 Awb.’ Er was dus niet op grond van art. 2:15 Awb kenbaar gemaakt dat de elektronische weg geopend was en er kon dus niet per e-mail beroep ingesteld worden. Het (papieren) beroep was te laat en werd daarom niet-ontvankelijk verklaard.

Voor bestuursorganen geldt, net als bij burgers, dat het bestaan van een e-mailadres nog niet betekent dat de elektronische weg openstaat.<sup>157</sup> Ook hier vereist het kenbaar maken een expliciete verklaring van het bestuursorgaan. Dit kenbaar maken kan plaatsvinden in een algemene regeling als in een bericht aan een of meer geadresseerden, bijvoorbeeld door plaatsing in een huis-aan-huis blad, of op de website. Indien een elektronisch bericht naar het bestuursorgaan wordt verzonden, zonder dat dit heeft kenbaar gemaakt dat deze weg openstaat, kan het bestuursorgaan op die grond weigeren het bericht te accepteren. Dit is echter geen verplichting, het staat het bestuursorgaan vrij om het bericht toch te accepteren. Uit het zorgvuldigheidsbeginsel volgt dat in een geval waarin een bericht elektronisch is ingediend terwijl deze weg niet opengesteld is, het bestuursorgaan betrokkene erop zal moeten wijzen dat het bericht op een andere wijze ingediend zal moeten worden.

Dit blijkt uit een uitspraak over het indienen van bedenkingen per e-mail, uit de periode voor de inwerkingtreding van afd. 2.3 Awb.<sup>158</sup> Deze werden door het betrokken bestuursorgaan niet geaccepteerd aangezien de bedenkingen niet schriftelijk (waarmee werd bedoeld: op papier) waren ingediend. De Afdeling constateerde dat door de bedenkingen per e-mail in te dienen, niet is voldaan aan de in art. 3:24, eerste lid, Awb genoemde eis van schriftelijkheid. Wel overweegt de Afdeling in r.o. 2.2.4:

‘Dit laat echter onverlet dat uit art. 3:2 Awb en het algemene rechtsbeginsel dat een besluit met de nodige zorgvuldigheid dient te worden genomen volgt dat een bestuursorgaan, wanneer appellanten per e-mail kenbaar hebben gemaakt bedenkingen te hebben, hen er op zou moeten attenderen dat zij deze bedenkingen alsnog op de in de Awb voorgeschreven

---

156 Hof Leeuwarden 9 juli 2003, *LJN* AI0434, *JB* 2003, 277 (Beroep per e-mail niet-ontvankelijk).

157 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 13.

158 ABRvS 10 september 2003, *LJN* AJ3308, *AB* 2004, 34 m.nt. Michiels, *BR* 2003, 1050, *JB* 2003, 295, *JM* 2004, 3 m.nt. Zigenhorn (Bedenkingen per e-mail).



wijze kunnen inbrengen, alvorens de per e-mail ingebrachte bedenkingen niet in behandeling te nemen.<sup>7</sup>

In dit geval was dat niet gebeurd. Appellanten hadden de bedenking echter pas om 19.18 uur op de laatste dag van de termijn gemaaild. Daarom was het voor het bestuursorgaan onmogelijk om appellanten er nog op te attenderen dat de bedenkingen nog binnen de termijn op een andere wijze ingediend hadden moeten worden. Dus was er in casu geen reden om te oordelen dat het besluit onzorgvuldig of in strijd met art. 3:2 Awb was genomen.

Een bestuursorgaan kan op grond van art. 2:15 Awb differentiëren. Zo kan hetzelfde bestuursorgaan voor het ene beleidsterrein elektronische communicatie wel mogelijk maken, en voor het andere niet. Dit is onder meer afhankelijk van de eisen die aan de communicatie gesteld worden, van de aard van de communicatie en van de inrichting van de organisatie van het bestuursorgaan (is die ingericht op elektronisch berichtenverkeer?). Overigens neemt de rechtbank Arnhem voor bestuursorganen die de elektronische weg niet opengesteld hebben, bijvoorbeeld voor faxverkeer, wel aan dat het bestuursorgaan de fax moet doorsturen naar de rechtbank, met toepassing van art. 6:15 Awb.<sup>159</sup> In deze casus had de belanghebbende per fax bezwaar gemaakt bij de belastingdienst, terwijl beroep ingesteld had moeten worden. De belastingdienst maakt het indienen van bezwaar per fax niet mogelijk. Desondanks had de dienst het faxbericht door moeten sturen naar de bevoegde rechtbank.

Expliciete kenbaarmaking is niet vereist indien er sprake is van een bestendige bestuurlijke praktijk. In een uitspraak over een Wob-verzoek, oordeelt de Afdeling:<sup>160</sup>

‘Vaststaat dat beide politieregio’s niet uitdrukkelijk kenbaar hebben gemaakt dat de elektronische weg voor het doen van Wob-verzoeken is geopend. Anders dan de rechtbank heeft aangenomen, kan een bestendige bestuurlijke praktijk waarbij Wob-verzoeken reeds vele malen via de elektronische weg zijn ingediend en hierop is besloten grond bieden voor het oordeel dat aan de verzoeker kenbaar is gemaakt dat de elektronische weg voor dergelijke verzoeken is geopend.’

Een vraag die overblijft na het lezen van deze uitspraak is of een derde, die niet elektronisch met het bestuursorgaan heeft gecommuniceerd, zich dan ook op

---

159 Rb. Arnhem, 16 augustus 2007, *LJN* BB1983 (Doorzendplicht bij elektronisch verkeer).

160 *ABRvS* 29 april 2008, *LJN* BD0772, *AB* 2008, 202 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2008, 130 (Kenbaar maken door bestendige praktijk).

deze bestendige praktijk kan beroepen. In elk geval past de Afdeling hier art. 2:15 Awb naar haar bedoeling toe.<sup>161</sup>

In een volgende uitspraak wordt art. 2:15 weer op een formalistische wijze toegepast. Deze uitspraak gaat evenals de vorige over een Wob-verzoek, ingediend bij een politieregio. Het verzoek was elektronisch ingediend via het e-mailadres [info@rijnmond.politie.nl](mailto:info@rijnmond.politie.nl). In deze uitspraak oordeelt de Afdeling dat uit het feit dat op de website van een bestuursorgaan aan het publiek de gelegenheid wordt geboden om vragen te stellen door het invullen van een formulier, op zichzelf niet voortvloeit dat de elektronische weg geopend is voor het indienen van verzoeken als bedoeld in art. 3, eerste lid, van de Wob. Uit het feit dat aan het op de website van de politieregio Rotterdam-Rijnmond geplaatste vragenformulier het e-mailadres [info@rijnmond.politie.nl](mailto:info@rijnmond.politie.nl) was verbonden, kan gelet op het algemene karakter van het formulier en het e-mailadres, niet worden afgeleid dat dit formulier behalve voor het stellen van publieksvragen ook voor het indienen van verzoeken als bedoeld in art. 3, eerste lid, van de Wob was bestemd.<sup>162</sup> De vraag is wat het verschil is tussen een verzoek om informatie als waarvoor het betreffende e-mailadres bedoeld is, een publieksvraag, en een verzoek om informatie als bedoeld in art. 3 Wob. Wordt op een website van een overheidsorgaan de mogelijkheid geboden om informatie op te vragen, dan omvat dit naar mijn mening de mogelijkheid om een Wob-verzoek in te dienen. In de memorie van toelichting bij de Wob werd destijds door de regering opgemerkt:<sup>163</sup>

‘Voorop staat dat elk verzoek om informatie over een bestuurlijke aangelegenheid dient te worden aangemerkt als een verzoek op grond van de WOB. Bij een verzoek om informatie hoeft dus niet uitdrukkelijk een beroep op de WOB te worden gedaan. De wijze waarop het verzoek is gedaan, kan derhalve verschillend zijn: mondeling in een persoonlijk onderhoud, telefonisch, schriftelijk per brief of per telegram. Wij achten het niet noodzakelijk de manieren waarop een verzoek kan worden gedaan uitdrukkelijk in de wet te noemen. (...) Bovendien kan het noemen van bepaalde wijzen van verzoeken vragen oproepen indien in de toekomst andere vormen algemeen mogelijk worden die thans nog niet worden gebruikt, bijvoorbeeld via beeldschermen.’

Vast staat dat het verzoek een Wob-verzoek betrof. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Wob moet elk verzoek om informatie over een bestuurlijke aangelegenheid aangemerkt worden als een Wob-verzoek. Verder blijkt dat de wetgever destijds de keuze heeft gemaakt het Wob-verzoek vormvrij te houden,

---

161 Deze uitspraak wordt herhaald in ABRvS 4 augustus 2010, *LJN* BN3186 (Politieregio Amsterdam-Amstelland), alleen was in deze casus geen sprake van een bestendige bestuurlijke praktijk.

162 ABRvS 3 december-2008, *LJN* BG5897, *AB* 2009, 8 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2009, 15 m.nt. M.O.-V. (Politie Rijnmond).

163 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 23.

waarbij de mogelijkheid van nieuwe communicatietechnieken uitdrukkelijk is genoemd. In de onderhavige uitspraak wordt onderscheid gemaakt tussen ‘normale’ verzoeken om informatie, de zogenaamde publieksvragen, en ‘Wob-verzoeken’. Het ligt echter niet voor de hand dat de ‘normale’ verzoeken niet een bestuurlijke aangelegenheid betreffen. Dit onderscheid komt daarom nogal kunstmatig over. Indien een bestuursorgaan een e-mailadres op zijn internetwebsite publiceert waarbij uit de benaming van het e-mailadres blijkt dat het bedoeld is om informatie mee aan te vragen, dan moet door middel van dit e-mailadres ook een Wob-verzoek kunnen worden gedaan.

### **3.5.2 Conclusie kenbaar maken**

De voorwaarde dat elektronische communicatie alleen dan mogelijk is indien kenbaar gemaakt is dat geadresseerde langs deze weg voldoende bereikbaar is, geldt zowel voor de overheid als voor de burger. Ten aanzien van communicatie met de burger door de overheid lijkt mij dit een terechte eis. De overheid zal zich ervan moeten vergewissen of de burger door middel van het opgegeven e-mailadres voldoende bereikbaar is.

Ten aanzien van communicatie met de overheid door de burger lijkt deze eis echter onnodig formalistisch te zijn. Een overheidsorgaan met een e-mailadres als bijvoorbeeld `info@bestuursorgaan.nl` geeft daarmee aan dat via dit e-mailadres informatie kan worden opgevraagd. Volgens de Afdeling voldoet een dergelijk e-mailadres echter niet aan de eis dat expliciet kenbaar moet zijn gemaakt dat de elektronische weg openstaat. Deze jurisprudentie vormt een onnodige formalisering en beperking van de elektronische communicatie.

### **3.6 Nadere eisen aan en consequenties van het gebruik van de elektronische weg**

In art. 2:15, eerste lid, Awb is verder bepaald dat het bestuursorgaan nadere eisen kan stellen voor de manier van aanleveren van gegevens door de burger. Deze eisen worden gesteld met het oog op een uniforme behandeling en een veilig dataverkeer. Zij zijn over het algemeen technisch van aard.<sup>164</sup> De gestelde eisen moeten noodzakelijk zijn voor de verwerking van het binnengekomen bericht, betrekking hebben op de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van het bericht, en een ordelijke en efficiënte behandeling van het bericht mogelijk maken. Gedacht wordt bijvoorbeeld aan de eis dat bij het indienen van berichten gebruik wordt gemaakt van bepaalde software. Verder kan het bestuursorgaan op grond van het tweede lid van art. 2:15 Awb elektronisch verschaftte gegevens

---

164 *Kamerstukken II 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 13 en p. 39.*

en bescheiden weigeren, voor zover de aanvaarding daarvan tot een onevenredige belasting voor het bestuursorgaan zou leiden. Deze bepaling dient ertoe overbelasting van het bestuursorgaan te voorkomen. Omvangrijke documenten die aan een elektronisch bericht worden gehecht, kunnen geweigerd worden, en zullen op conventionele wijze verstuurd moeten worden.

In de memorie van toelichting wordt vastgesteld dat het bestuursorgaan bij deze bepaling een grote mate van beleidsvrijheid heeft.<sup>165</sup> Daarbij wordt als voorbeeld genoemd een rapport van de Nationale ombudsman, waarin deze overwoog dat het niet uitbrengen van een aangifte-diskette voor het besturingssysteem Apple Macintosh van het programma om elektronisch belastingaangifte te doen, niet onbehoorlijk was.<sup>166</sup> De belastingdienst volstond met het uitbrengen van een versie voor het besturingssysteem MS-Dos en Windows. Blijkens de memorie van toelichting liet de regering meewegen dat op grond van het uitgangspunt van de nevenschikking de conventionele weg steeds achter de hand blijft.<sup>167</sup> In het voorgaande stuk hebben we gezien dat deze laatste overweging zijn zeggingskracht verloren heeft. In paragraaf 2.4 over de nevenschikking concludeerde ik dat elektronische communicatie meer en meer het uitgangspunt wordt, en conventionele de uitzondering. Dit blijkt uit een aantal wettelijke uitzonderingen op het uitgangspunt van de nevenschikking en uit zachte dwang die overheidsorganen uitoefenen op de burger om elektronisch te communiceren. De vraag is dan ook of het gerechtvaardigd is dat de overheid, die of door wettelijke verplichtingen of door zachte dwang, burgers verplicht om elektronisch te communiceren, de burger dan ook dwingend kan opleggen een bepaald systeem te gebruiken. Het bovenstaande oordeel van de Nationale ombudsman komt uit een periode dat conventionele communicatie het uitgangspunt was, en elektronische de uitzondering. Heeft de burger echter niet meer de keuze, zoals dat nu meer en meer het geval gaat worden, dan moet de overheid de elektronische communicatie aanbieden in een vorm die het voor de gebruikers van gangbare systemen mogelijk maakt te communiceren. De overheid zou de elektronische communicatiemiddelen zo moeten inrichten, dat burgers niet gedwongen worden bepaalde software aan te schaffen. Dit leidt daarom tot de conclusie dat de overheid niet moet standaardiseren op de toepassing, maar gebruik zou moeten maken van open bestandsformaten, met een open specificatie.<sup>168</sup> Dit zal overigens geen volledige oplossing bieden, er kunnen altijd nieuwe (incompatibele) versies ontstaan.

---

165 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 13.

166 No 27 augustus 1999, AB 1999, 435 m.nt. P.J.S (Apple en belastingdienst).

167 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 14.

168 Dergelijke software is niet beschermd door patenten, vaak is de broncode van deze software bekend bij een ieder.

Voor communicatie op grond van de Dienstenrichtlijn is het uitgangspunt van de nevenschikking eveneens verlaten. Hier is het echter de overheid die verplicht is om elektronisch te communiceren. Deze verplichting voor overheidsorganen om elektronisch te communiceren brengt wat mij betreft met zich mee, dat dit ook de verplichting inhoudt techniekneutraal te communiceren, dat wil zeggen door gebruik te maken van open standaarden.<sup>169</sup>

Daar komt nog bij, dat burgers het stellen van nadere eisen niet aan de bestuursrechter kunnen voorleggen. Tegen een weigering op grond van art. 2:15 Awb kan geen bezwaar worden gemaakt en beroep worden ingesteld. Deze uitzondering staat in art. 8:4, aanhef en onder k, Awb. In het licht van de hierboven genoemde wijzigingen op het uitgangspunt van de nevenschikking, is dit niet meer juist. Deze nadere eisen kunnen een grote belemmering opwerpen voor de burger om elektronisch te communiceren met de overheid, terwijl de burger hiertoe in een aantal gevallen tegelijkertijd verplicht wordt. Een dergelijke belemmering moet daarom aan de bestuursrechter ter toetsing voorgelegd kunnen worden. Art. 8:4, aanhef en onder k, Awb moet daarom komen te vervallen. Veel nadere eisen zullen een voorbereidingsbesluit als bedoeld in art. 6:3 Awb zijn, of een handeling van feitelijke aard. Daardoor valt er niet een grote toevloed van procedures hierover te verwachten. Wanneer een burger daadwerkelijk rechtstreeks in zijn belangen getroffen wordt als bedoeld in art. 6:3 Awb, dan zou deze tegen de nadere eisen bezwaar en beroep in moeten kunnen stellen.

### **3.6.1 Conclusie nadere eisen**

Het stellen van nadere eisen is een bevoegdheid die het bestuursorgaan een grote mate van beleidsvrijheid geeft. Deze grote mate van beleidsvrijheid past echter niet meer in de situatie waarin burgers wettelijk, dan wel door zachte dwang, verplicht worden om elektronisch te communiceren. Ook de verplichting die op grond van de Dienstenrichtlijn geldt voor overheidsorganen om elektronisch te communiceren, impliceert de verplichting om deze communicatie zo breed mogelijk toepasbaar te maken. De wetgever is van oordeel dat een beslissing op grond van art. 2:15 Awb geen appellabel besluit in de zin van art. 1:3 inhoudt omdat de beslissing of van feitelijke aard is, of een voorbereidingsbeslissing als bedoeld in art. 6:3 Awb betreft.<sup>170</sup> Toch is art. 8:4, aanhef en onder k, aan de Awb toegevoegd. Bezwaar en beroep tegen het stellen van nadere eisen is dan ook niet mogelijk. Hierbij zijn de volgende kanttekeningen te plaatsen. Het

---

169 Het huidige kabinet gaat, om verschillende redenen, ook uit van het belang van het gebruik van open standaarden gezien het programma Nederland Open in Verbinding (NOiV) van het ministerie van Economische Zaken.

170 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 44.

uitgangspunt was, zoals hierboven al bleek, dat de conventionele wijze van communicatie altijd nog mogelijk zou zijn. Dat dit uitgangspunt meer en meer verlaten wordt, is hierboven aangetoond. Dat maakt het uitsluiten van het instellen van bezwaar en beroep tegen het stellen van nadere eisen dan ook niet meer juist. Deze nadere eisen kunnen een grote belemmering opwerpen voor de burger om elektronisch te communiceren met de overheid en het is vreemd dat een dergelijke belemmering niet aan de bestuursrechter ter toetsing voorgelegd kan worden. Art. 8:4, aanhef en onder k, Awb moet komen te vervallen. Voor een grote belasting van de rechterlijke macht zal niet hoeven worden gevreesd. Veel nadere eisen zullen een voorbereidingsbesluit als bedoeld in art. 6:3 Awb zijn, of een handeling van feitelijke aard. En alleen indien de nadere eis de belanghebbende rechtstreeks in zijn belang treft, kan deze daar bezwaar en beroep tegen instellen. Een dergelijke beroepsmogelijkheid doet recht aan het steeds groter wordende belang dat burgers hebben bij elektronische communicatie en het kunnen opheffen van mogelijke belemmeringen daarbij.

### **3.7 Betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid**

De artikelen 2:14, derde lid, en 2:15, derde lid, Awb bepalen dat de elektronische verzending van berichten moet plaatsvinden op een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier. De betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid moeten dus gewaarborgd zijn. Hoe wordt dit bereikt? In elk geval is daarvan sprake indien de veiligheid even groot is vergeleken met de situatie dat er van conventioneel verkeer gebruik zou worden gemaakt. Verder hangt de vraag naar een voldoende mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid blijkens deze bepalingen af van de aard en inhoud van een bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt. Voor verschillende soorten berichtenverkeer kunnen dan verschillende betrouwbaarheidseisen worden ontwikkeld.

Betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid zijn verschillende normen. De *betrouwbaarheid* ziet op de aard van het berichtenverkeer, terwijl *vertrouwelijkheid* ziet op de toegang tot het berichtenverkeer door personen die al dan niet inzage zouden moeten hebben in dit verkeer. Betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid zijn open normen. In de memorie van toelichting wordt voor een goede uitwerking van deze twee open normen verwezen naar de in hoofdstuk 1 besproken beginselen van behoorlijk IT-gebruik van Franken.<sup>171</sup>

Betrouwbaarheid heeft volgens de memorie van toelichting betrekking op de eerste zes genoemde beginselen, en vertrouwelijkheid heeft betrekking op

---

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

de exclusieve toegankelijkheid van het stuk.<sup>172</sup> De eis van de vertrouwelijkheid houdt in dat het bericht terecht komt bij degene voor wie het bestemd is, en dat het niet door een ander kan worden gelezen. Ten aanzien van dit criterium wordt in de parlementaire stukken geen nadere toelichting gegeven. De vertrouwelijkheid moet in elk geval even groot zijn als in de situatie waarin er van conventioneel verkeer gebruik zou worden gemaakt. De vertrouwelijkheid van elektronische berichten moet dus gewaarborgd worden op een wijze die gelijk is aan de vertrouwelijkheid van berichten die op een conventionele wijze naar het bestuursorgaan worden verzonden. Verder hangt de vereiste mate van vertrouwelijkheid af van de aard en inhoud van het bericht, en het doel waarmee dit verzonden is.

De eerste vier door Franken genoemde criteria hebben te maken met authenticiteit en integriteit. Authenticatie houdt volgens de omschrijving in par. 3.3.2.1 immers het bewijzen van de identiteit van de betrokkene in, het waarborgen dat het klopt. Hieruit vloeit voort dat het onweerlegbaar zou moeten zijn dat het bericht van betrokkene afkomstig is. Zoals ik echter ook al heb beschreven in par. 3.3.2.1, kan echter zelfs niet met een elektronische handtekening de onweerlegbaarheid volledig gewaarborgd worden. Zodra betrokkene zijn private sleutel bijvoorbeeld openbaar maakt, staat niet meer onweerlegbaar vast dat het bericht van betrokkene afkomstig is. Het door Franken genoemde beginsel transparantie heeft te maken met het ook door hem genoemde beginsel van de integriteit van de informatie. Integriteit betekent onschendbaarheid, de ongeschonden toestand. Met integriteit van een elektronisch bericht wordt dan ook bedoeld de situatie dat het bericht aankomt in de staat waarin het verzonden werd. Dit houdt in dat wijzigingen in het bericht opgespoord moeten kunnen worden

In de nota van toelichting bij het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) staat dat betrouwbaar en vertrouwelijk elektronisch verkeer tussen burger en overheid moet voldoen aan drie kwaliteitscriteria: authenticiteit, integriteit en exclusiviteit. Hierbij wordt authenticiteit uitgelegd als betrekking hebbende op de oorsprong van de informatie; is de informatie het oorspronkelijke document, is de informatie werkelijk van de afzender afkomstig en is de afzender werkelijk degene voor wie hij zich uitgeeft. Een van de elementen van de maatregelen om de authenticiteit te waarborgen is volgens deze toelichting dat gewerkt zal worden met een elektronische handtekening, die voldoet aan de eisen die de Awb daaraan stelt. Integriteit houdt volgens de toelichting de zekerheid in, dat de informatie juist en volledig is en niet onderweg door onbevoegden of door falende techniek is gewijzigd. Exclusiviteit ziet op het toegankelijk zijn van de informatie voor uitsluitend degene waarvoor de informatie is bestemd.<sup>173</sup>

---

172 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 16.

173 *Kamerstukken II* 2006/07, bijlage bij 30 218, nr. 23, p. 9.

Dan blijven nog over de door Franken genoemde criteria van beschikbaarheid en flexibiliteit. Deze passen niet in de noties van authenticiteit, integriteit en betrouwbaarheid, terwijl de wetgever ze blijkens de toelichting kennelijk toch heeft willen laten vallen onder het begrip betrouwbaarheid. Deze criteria staan ook niet opgenomen in de hierboven genoemde toelichting bij het Bro. Beschikbaarheid en flexibiliteit zijn ook geen criteria die te maken hebben met authenticiteit en integriteit van elektronische berichten.

Het begrip beschikbaarheid ziet volgens Franken op de wijze waarop informatie wordt overgedragen. Elektronische 'communicatie is pas mogelijk als de diverse componenten van een informatiesysteem (apparatuur, software, verbindingsmiddelen) gestandaardiseerd zijn. Daartoe moeten normen worden gedefinieerd met betrekking tot de functies van de systemen en de wijze van interactie met en tussen deze systemen.'<sup>174</sup> Aan deze standaarden die gelden voor het elektronisch berichtenverkeer, zijn volgens Franken aspecten verbonden die te maken hebben met mededingingsrecht en met intellectuele eigendom. Uit het feit dat een bepaalde softwarefabrikant een monopolie heeft op de verkoop van bepaalde software kan dan ook voortvloeien dat diegenen die andere software gebruiken, bepaalde informatie niet kunnen bereiken indien de overheid deze software gebruikt. Dit wringt als er van uitgegaan wordt dat contact zoeken met de overheid op een zo laagdrempelig mogelijke wijze moet kunnen plaatsvinden. Onder beschikbaar moet dan ook worden verstaan het gebruiken van die standaarden bij elektronische communicatie, die waarborgen dat elektronische berichtgeving voor een grote groep burgers bereikbaar en toegankelijk is.

Het begrip flexibiliteit betreft volgens Franken de mogelijkheid dat technologische toepassingen gemakkelijk kunnen worden aangepast aan nieuwe gebruikseisen. Hieronder verstaat hij dat nieuwe regelingen en nieuwe feiten gemakkelijk en zonder al te veel kosten kunnen worden ingevoerd. Niet alleen het inputmateriaal, maar ook de gebruikte programma's moeten gemakkelijk te wijzigen zijn.<sup>175</sup> Onder het begrip flexibiliteit moet dan ook worden verstaan de mogelijkheid dat de door de overheid gebruikte communicatietechnologie gemakkelijk en zonder veel kosten aan nieuwe gebruikseisen kan worden aangepast.

In antwoord op de vraag hoe betrouwbaar en vertrouwelijk de elektronische communicatie moet zijn, staat in de memorie van toelichting:<sup>176</sup>

'De neiging bestaat bij elektronisch verkeer een hogere mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid te eisen dan bij conventionele communicatie. Dit is niet gewenst, want ook

---

174 Franken 1993, p. 19.

175 Franken 1993, p. 21.

176 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 16-17.



de handtekening op papier biedt geen absolute garanties tegen vervalsingen. Er zijn in theorie drie maten van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid te onderscheiden:

- van maximale betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid is sprake indien de beveiliging geheel conform de maximaal (technische) mogelijkheden plaatsvindt.
- van voldoende betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid is sprake indien de veiligheid even groot is vergeleken met de situatie dat er uitsluitend van conventioneel verkeer gebruik zou worden gemaakt.
- van pro forma betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid is sprake indien de beveiliging slechts één stap verwijderd is van het bieden van geen enkele beveiliging; zij bestaat bijvoorbeeld uit de (elektronische) mededeling «verboden toegang».

Absolute betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid bestaan niet. De maximale betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid zijn afhankelijk van de stand der techniek en de (financiële) inspanningen die men er voor over heeft. (...)

Wanneer precies sprake is van voldoende mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid is in algemene zin moeilijk te zeggen. In sommige gevallen van uitwisseling van informatieve berichten is er weinig behoefte aan bescherming. Een e-mailbericht zonder een elektronische handtekening of een sms-bericht kan al voldoende zijn. Zodra echter van belang is dat de authenticiteit, de integriteit of andere hiervoor genoemde beginselen voldoende zijn gewaarborgd, dienen maatregelen ter bescherming te worden genomen. De aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het wordt gebruikt, zijn bepalend voor de mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid die vereist is. De mate van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid dient even groot te zijn als in het conventionele verkeer. Aan de verlening van een vergunning bijvoorbeeld moeten hogere eisen worden gesteld dan aan de verstrekking van algemene inlichtingen die ook langs andere kanalen verkrijgbaar zijn.’

De algemene omschrijvingen van de begrippen betrouwbaar en vertrouwelijk lijken op de omschrijvingen waaraan een elektronische handtekening moet voldoen. Zijn de normen van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid en de eis dat elektronische communicatie een elektronische handtekening bevat, nu identiek en dus uitwisselbaar? In de memorie van toelichting staat hierover:<sup>177</sup>

‘Een bijzondere manier waardoor voor een belangrijk deel de betrouwbaarheid kan worden gerealiseerd, is de elektronische handtekening. Daarop heeft artikel 2:16 betrekking. Dit artikel geeft een nadere uitwerking aan het beginsel van authenticiteit.’

Volgens de wetgever is de regeling van de elektronische handtekening dus een specialis van de eis dat bij elektronische communicatie de betrouwbaarheid gewaarborgd moet zijn.

Art. 2:14 Awb betreft berichten die door een bestuursorgaan naar een burger verzonden worden. De ontvanger van het bericht moet er zeker van zijn dat het bericht afkomstig is van het bestuursorgaan. Afhankelijk van de aard en de inhoud van het bericht en het doel waarvoor het gebruikt wordt, moet de burger

---

177 *Kamerstukken II 2001/02, 28 438, nr. 3, p. 16.*

die het bericht ontvangt, de authenticiteit en de integriteit van het bericht kunnen vaststellen.

Art. 2:14 betreft zowel berichten die naar een of meer geadresseerden worden verzonden, als berichten die een openbare kennisgeving inhouden.<sup>178</sup>

Art. 2:14 heeft dan ook betrekking op berichten die door een overheidsorgaan op een website worden geplaatst. Het risico van de verzending langs elektronische weg ligt bij de verzender, tenzij komt vast te staan dat het probleem is veroorzaakt door de ontvanger.<sup>179</sup>

Hieruit kan worden afgeleid dat het risico van problemen door een niet functionerende overheidswebsite bij het betreffende overheidsorgaan ligt. De norm uit art. 2:14, derde lid, die bepaalt dat berichten op een betrouwbare manier verzonden moeten worden, geldt ook voor berichten die een overheidsorgaan op een website plaatst met als doel dat een ieder deze berichten kan lezen. Het overheidsorgaan moet dan niet alleen instaan voor de (technische) betrouwbaarheid van de website, maar ook voor de toegankelijkheid en het document format. De betrouwbaarheid moet even groot zijn, vergeleken met de situatie dat er van conventioneel verkeer gebruik gemaakt wordt. Een burger moet dan ook gerechtvaardigd op een mededeling op een overheidswebsite kunnen vertrouwen, indien op een gelijksoortige mededeling die op conventionele wijze werd gedaan, ook gerechtvaardigd kan worden vertrouwd. Stelt de overheid de elektronische weg open, dan kan zij ingevolge art. 2:14 daar dan ook niet minder bescherming voor de burger aan verbinden.

Art. 2:15 betreft berichten die door een burger naar een bestuursorgaan worden verzonden. Het bestuursorgaan beschikt over de middelen om de authenticiteit van het bericht vast te stellen, bijvoorbeeld door middel van een elektronische handtekening.

### **3.7.1 Conclusie betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid**

In art. 2:14, derde lid, en 2:15, derde lid, is de algemene eis gesteld dat elektronische berichten op een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier verzonden worden. De regeling van de elektronische handtekening uit art. 2:16 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. Met de eisen die in art. 3:15a, tweede lid, BW aan de elektronische handtekening gesteld worden, wordt in meer of mindere mate voldaan aan de beginselen authenticiteit, integriteit, onweerlegbaarheid en transparantie. Met de elektronische handtekening is niet

---

178 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 38.

179 *Kamerstukken I*, 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 39.

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 echter aan de eis van flexibiliteit 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 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 staat dit bestuursorgaan ervoor in dat deze website in technische 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 voor berichten die door een bestuursorgaan naar een burger worden verzonden, als voor de omgekeerde situatie. Voor de laatste situatie ontstaat er een infrastructuur van de elektronische handtekening. In de situatie dat een bestuursorgaan op elektronische wijze berichten naar een burger verstuurt, moet ook hierbij de betrouwbaarheid gewaarborgd zijn.

### **3.8 Begin en einde termijn**

In het bestuursrecht spelen termijnen een grote rol. Het is daarom van belang om te weten wanneer een termijn begint. Art. 2:17, eerste lid, Awb bepaalt dat als moment van verzending door een bestuursorgaan het tijdstip geldt waarop het bericht een systeem bereikt waarover het bestuursorgaan geen controle meer heeft, of, indien het bestuursorgaan en de geadresseerde gebruik maken van hetzelfde systeem voor gegevensverwerking, het tijdstip waarop het bericht toegankelijk wordt voor de geadresseerde. Als tijdstip waarop een bericht van een burger is ontvangen, geldt op grond van art. 2:17, tweede lid, Awb, het tijdstip waarop het bericht het systeem van het bestuursorgaan heeft bereikt.

In een pre-afdeling 2.3 uitspraak oordeelt de Centrale Raad van Beroep hierover als volgt.<sup>180</sup> Het betreft een bij het UWV per e-mail ingediend bezwaarschrift. Appellant had telefonisch contact opgenomen met het UWV op 10 maart 2003. In dit telefoongesprek werd hem verteld dat hij tot en met 12 maart 2003 een bezwaarschrift kon indienen, en dat hij zijn bezwaarschrift ook per e-mail kon indienen. Op 12 maart 's avonds, de dag waarop de termijn afliep, probeert appellant vier keer om het bezwaarschrift per e-mail te verzenden. Vier keer krijgt hij echter het bericht dat de e-mail niet is aangekomen. De ochtend daarna lukte het wel om het bezwaarschrift te e-mailen, maar het was te laat en werd niet-ontvankelijk verklaard wegens termijnoverschrijding. De Raad oordeelde hierover dat een bezwaarschrift tijdig is ingediend indien het voor het einde van de termijn is ontvangen, art. 6:9 Awb. Het was onomstreden dat de eerdere bezwaarschriften het bestuursorgaan niet hadden bereikt. De Raad is daarbij van oordeel dat de keuze voor het middel en de daarbij mogelijke feilen voor het risico van appellant dienen te komen. De stelling van appellant dat, gezien art. 6:9, tweede lid, Awb de eerste poging als moment van ontvangst bij het bestuursorgaan moet worden beschouwd, wordt verworpen.

In een andere zaak (ook van voor de invoering van Afdeling 2.3) was er een e-mail zoekgeraakt bij de Sociale verzekeringsbank (Svb).<sup>181</sup> De Svb erkende dat er een e-mail was binnen gekomen, maar het tijdstip waarop en de inhoud van de e-mail (een verzoek om informatie of een bezwaarschrift) waren niet meer na te gaan. De Svb stelde dat de e-mail een verzoek om informatie betrof, de eiser stelde dat de e-mail een tijdig ingediend bezwaarschrift betrof. De rechtbank Haarlem verwijst naar de hierboven reeds genoemde jurisprudentie van de CRvB waaruit volgt dat de indiener van een bezwaar- of beroepschrift in beginsel het risico loopt dat zijn geschrift de geadresseerde niet of te laat bereikt. Ook de keuze van de wijze van verzending, zoals in dit geval per e-mail, komt in beginsel voor rekening en risico van verzender. In dit geval was echter niet in geschil dat er een e-mail bericht verzonden was, en tevens was niet in geschil dat er naar aanleiding van de e-mail telefonisch contact is geweest tussen verweerder en de zoon van de eiser. De rechtbank is daarom van oordeel dat het feit dat de e-mail in het ongereede is geraakt en dus niet meer te traceren is wanneer deze is ontvangen en wat de inhoud was, voor rekening van verweerder dient te komen. Eiseres had daarom het voordeel van de twijfel behoren te krijgen en het bezwaar had ontvankelijk verklaard moeten worden.

---

180 CRvB 23 maart 2005, *LJN* AT3617, *AB* 2005, 193 m.nt. Ortlep, *USZ* 2005, 214 (Te late e-mail).

181 Rb. Haarlem 31 oktober 2005, *LJN* AV1672, *USZ* 2006, 71 m.nt. Groothuis (Zoekgeraakt e-mailbericht).

In de memorie van toelichting en in jurisprudentie wordt gesteld dat de risico's van de keuze voor het volgen van de elektronische weg bij het verzenden van berichten bij de verzender liggen. In een uitspraak over een zoekgeraakt faxbericht stelt de Centrale Raad van Beroep, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie, dat

‘de aan deze wijze van indiening verbonden risico's voor rekening van de verzender dienen te komen’.<sup>182</sup>

De verzendbevestiging van de ontvanger toonde weliswaar de status ‘OK’, maar dit vormt volgens de Raad geen sluitend bewijs dat het faxbericht in goede orde is ontvangen. Helaas komt in deze uitspraak de vraag naar de ontvangstregistratie van het bestuursorgaan niet aan de orde. In latere uitspraken komt de Raad terug van deze jurisprudentie, nadat de Hoge Raad had geoordeeld dat indien een belanghebbende een verzendregistratie heeft overlegd, het bestuursorgaan hier gemotiveerd op in moet gaan.<sup>183</sup> In twee uitspraken van 7 februari 2007 oordeelt de Raad:<sup>184</sup>

‘Volgens vaste jurisprudentie is het indienen van een bezwaarschrift door middel van een faxbericht op zichzelf aan te merken als een toelaatbare wijze van verzending. De aan deze wijze van verzending verbonden risico's dienen voor rekening van de verzender te komen. Dit brengt met zich mee dat, als door de geadresseerde wordt gesteld dat het verzonden bericht niet is ontvangen, het op de weg van de verzender ligt de verzending aannemelijk te maken. Indien de verzender de verzending aannemelijk heeft gemaakt, ligt het op de weg van de geadresseerde om de ontvangst van het faxbericht op een niet ongeloofwaardige manier te ontkennen.’

In beide zaken acht de Raad de verzending van het bericht voldoende aannemelijk gemaakt door het overleggen van een verzendjournaal. Het ontvangende bestuursorgaan kon echter naar het oordeel van de Raad de ontvangst van het bericht niet op een niet ongeloofwaardige manier ontkennen. Dat kwam in beide gevallen zowel door het ontbreken van een ontvangstjournaal, als door het niet op orde zijn van de onderhavige dossiers. In beide gevallen was er sprake van verzending door middel van een faxbericht, een verzending die ook onder de regeling in afd. 2.3 Awb valt.

De hierboven genoemde jurisprudentie past in de rechtspraak over bewijsperikelen rond termijnen. De bewijsregels zijn als volgt: a. het is aan de

---

182 CRvB 1 september 2006, *LJN* AY9485, *JB* 2006, 310 m.nt. M.O.-V. (Niet ontvangen faxbericht).

183 HR 22 september 2006, *LJN* AY8658, *AB* 2007, 1 m.nt. B.W.N. de Waard, *JB* 2006, 300 (Niet ontvangen faxbericht).

184 CRvB 7 februari 2007, *LJN* BA0213 en *LJN* AZ8886, *RSV* 2007, 148, *JB* 2007, 78 m.nt. M.O.-V (Incompleet elektronisch dossier).

verzender om aannemelijk te maken dat is verzonden; b. slaagt de verzender daarin, dan is het aan de ontvanger om 'niet ongeloofwaardig' te ontkennen dat hij heeft ontvangen; c. slaagt die daarin, dan is het aan de verzender om aannemelijk te maken dat desondanks is ontvangen.<sup>185</sup> Het was altijd eenvoudiger voor bestuursorganen om aan de bewijsregels te voldoen dan voor burgers. Een belanghebbende kan de verzending van een bezwaar- of beroepschrift niet eenvoudig aantonen door het overleggen van een verzendjournaal. Een bestuursorgaan kan dit wel. De Afdeling accepteert voetstoots het overleggen van een computeruitdraai van de geautomatiseerde administratie door het bestuursorgaan. Uit deze uitdraai volgt volgens de Afdeling, gelet op de vermelding in de uitdraai van naam en adres van de ontvanger, data van factuur en herinneringsbrief, de vaste werkwijze en de omstandigheid, dat niet is gebleken van problemen bij de verwerking en verzending in de desbetreffende periode, dat voldoende aannemelijk is gemaakt dat de genoemde brieven inderdaad zijn verzonden.<sup>186</sup>

Door gebruik te maken van elektronisch verkeer is het voor een burger eenvoudiger geworden om aan te tonen dat een bericht verzonden is. De burger kan dat doen door het overleggen van een verzendjournaal: het bestuursorgaan moet daar dan gemotiveerd op ingaan. Bij de conventionele wijze van verzending kan de burger alleen maar bewijzen dat het stuk verzonden is, als het stuk aangetekend of met bewijs van ontvangst is verzonden.<sup>187</sup> Voor het bestuursorgaan geldt zowel bij de conventionele weg, als bij de elektronische weg, dat het kan aantonen dat een bericht is verzonden door het overleggen van een verzendregistratie.<sup>188</sup>

### 3.8.1 Conclusie begin en einde termijn

Met het toenemen van het elektronisch verkeer zullen dergelijke bewijsvragen meer gaan spelen. Voor diegenen die een elektronisch bericht naar een bestuursorgaan willen zenden, geldt in elk geval dat zij moeten bijhouden of en wanneer bepaalde berichten verzonden zijn, en dat zij bij twijfel contact moeten opnemen 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

---

185 ABRvS 24 november 2007, *LJN* BB6318, *AB* 2008, 3 m.nt. A.T. Marseille (Herplanten Ede), de genoemde bewijsregels komen uit de noot.

186 ABRvS 23 december 2005, *LJN* AU9187, *AB* 2006, 101 m.nt. I. Sewandono (Aannemelijke computeruitdraai).

187 Damen e.a. 2 2009, p. 167.

188 Damen e.a. 2 2009, p. 165.

ertoe leiden dat de ontvangst van een bericht door het bestuursorgaan niet op een niet ongeloofwaardige wijze ontkend kan worden, maar in beide aangehaalde uitspraken speelde naast het ontbreken van een ontvangstregistratie ook het niet op orde zijn van de dossiers een rol. De vraag of enkel het ontbreken van een ontvangstregistratie op zich zelf kan leiden tot een ‘niet ongeloofwaardige ontkening’, is nog niet beantwoord. Het lijkt mij echter redelijk om de verplichting tot het bijhouden van een ontvangstregistratie door het bestuur aan te nemen. Wanneer een burger door het overleggen van een verzendregistratie aantoont een bericht verzonden te hebben, dan kan een bestuursorgaan dit alleen dan op een niet ongeloofwaardige wijze ontkennen wanneer het een ontvangstregistratie kan tonen waaruit blijkt dat het bericht niet ontvangen is. Hiermee lijkt de bewijspositie van de burger iets voordeliger uit te vallen wanneer deze gebruik maakt van de elektronische weg dan wanneer de burger gebruik maakt van de conventionele weg.

### **3.9 Samenvatting en conclusies**

#### **3.9.1 Samenvatting**

De facultatieve regeling van afd. 2.3 Awb 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.

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.<sup>189</sup> Dit is een terechte keuze geweest.

Wat een bericht is, wordt in afdeling 2.3 niet gedefinieerd. Een bericht in de zin van afdeling 2.3 kan elk bericht zijn dat 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, bijvoorbeeld een podcast, of 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 plaatsvindt. Hierdoor vallen berichten die op een elektronische gegevensdrager langs conventionele weg worden verzonden

---

189 *Kamerstukken II 2001/02, 28483, nr. 3, p. 2.*

(bijvoorbeeld een diskette die per post wordt verzonden), ook onder de regeling uit 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.

In art. 2:16 Awb wordt de gekwalificeerde elektronische handtekening uit het BW van overeenkomstige toepassing verklaard, voor zover de aard van het bericht zich daartegen niet verzet. Maar ten eerste is het op dit moment niet mogelijk om in het verkeer tussen burger en bestuursorgaan van de gekwalificeerde elektronische handtekening gebruik te maken. Het middel DigiD voldoet noch aan de eisen die aan de gekwalificeerde handtekening worden gesteld, noch aan de eisen die aan de geavanceerde handtekening worden gesteld. Ten tweede 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? Voor elektronische communicatie worden dan in sommige gevallen zwaardere eisen gesteld dan in het geval van conventionele communicatie. De eisen die aan de elektronische handtekening dan wel aan het middel van authenticatie gesteld worden, moeten differentiëren naar gelang de aard en de inhoud van het bericht.

Een elektronisch bericht is daarmee functioneel equivalent van de vormvereisten schriftelijk en ondertekening indien daarmee de boodschap kan worden overgebracht, de identiteit van de afzender kan worden vastgesteld (de authenticiteit) en indien de integriteit van het bericht vaststaat.

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. Dit gebeurt inmiddels in de Algemene wet inzake



rijksbelastingen, in de Bekendmakingswet, in de Wet ruimtelijke ordening en in de Dienstenwet. De Dienstenwet betreft echter niet een verplichting voor de burger om elektronisch te communiceren, maar een verplichting voor de overheid. 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 bestaat inmiddels een uitzondering door de Wet elektronische bekendmaking. Gevolg van het feit dat elektronische communicatie meer en meer de regel wordt, is dat de voorwaarde voor het kenbaar maken door burgers minder vaak geldt.

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.

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. Naar mijn mening 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 klachtenvoorziening, 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 teruggekomen op 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 als gevolg hebben dat die nadere eisen die als een besluit in de zin van de Awb zijn aan te merken en die de belanghebbende los van het voor te bereiden besluit rechtstreeks in zijn belang treffen, appellabel zijn. Dit is gerechtvaardigd door het verlaten van het

uitgangspunt van de nevenschikking, en het gevolg daarvan, 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 uit 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 van beschikbaarheid en flexibiliteit die Franken formuleerde. 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 hieraan 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 staat dit bestuursorgaan ervoor in dat deze website in technische opzicht goed functioneert en beschikbaar is. De risico's voor een niet functionerende website liggen dan 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

handtekening. 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. Door gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen is het voor een burger eenvoudiger geworden om aan te tonen dat een bericht verzonden is. De vraag of alleen het ontbreken van een ontvangstregistratie op zich zelf kan leiden tot een ‘niet ongeloofwaardige ontkenning’, is nog niet beantwoord. Het lijkt mij echter redelijk om de verplichting tot het bijhouden van een ontvangstregistratie aan te nemen.

### **3.9.2 Conclusies**

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de vraag welke normen van toepassing zijn op elektronische vormen van communicatie met de overheid en of deze normen adequaat zijn.

Dit is de eerste subvraag van de centrale probleemstelling, die luidt:

*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?*

In de inleiding werden voorwaarden genoemd waaraan de normen voor elektronische communicatie met de overheid moeten voldoen. De eerste betrof de voorwaarde dat in normen die elektronische communicatie met de overheid reguleren, de transparantie en de toegang tot informatie en daarmee tot de

communicatiemiddelen gewaarborgd moeten zijn. Ten tweede moeten deze normen de integriteit en de authenticiteit van de elektronische communicatiemiddelen waarborgen. En ten slotte moet de vertrouwelijkheid van de communicatie gewaarborgd zijn.

Besproken zijn de normen die invulling geven aan het uitgangspunt van de nevenschikking, aan de vormvoorschriften schriftelijk en ondertekening, aan de norm die inhoudt dat alleen dan elektronisch gecommuniceerd kan worden indien kenbaar gemaakt is dat deze weg openstaat, aan de nadere eisen die aan het gebruik van de elektronische weg gesteld kunnen worden, aan de norm dat elektronische communicatie op een betrouwbare en vertrouwelijke manier moet plaatsvinden en aan de regeling over het begin en het einde van de termijn.

De eis van de elektronische handtekening kan tot onnodig formalisme leiden. Het bestuursorgaan heeft hier de keuze om te differentiëren naar gelang de aard en de inhoud van het bericht. In alle gevallen om een elektronische handtekening vragen (nog los van de praktische beschikbaarheid van dit middel) is niet nodig. Afdeling 2.3 biedt bestuursorganen de ruimte om andere middelen te gebruiken om een bericht te authenticeren.

Het uitgangspunt van de nevenschikking wordt door de wetgever in steeds meer situaties verlaten. Dit heeft een aantal consequenties. De bepaling dat elektronische communicatie alleen mogelijk is, wanneer betrokkenen hebben aangegeven langs deze weg bereikbaar te zijn, verliest hierdoor namelijk haar belang. In een aantal gevallen geldt de eis van kenbaar maken door burgers niet meer. Dat elektronisch wordt gecommuniceerd staat al vast. De burger die dit niet wil, moet er extra moeite voor doen om op de conventionele wijze met de overheid te kunnen communiceren.

Het verlaten van het uitgangspunt van de nevenschikking leidt ook tot de conclusie dat toegang tot elektronische communicatiemiddelen essentieel is om in de samenleving te kunnen functioneren. Voor het functioneren in de samenleving is de mogelijkheid om met de overheid te kunnen communiceren, of om informatie van de overheid te kunnen ontvangen, een basisvereiste. Geschiedt deze communicatie elektronisch, dan moeten burgers gemakkelijk over deze middelen kunnen beschikken.

Het verlaten van het uitgangspunt van de nevenschikking strookt ook niet met de interpretatie in jurisprudentie over art. 2:15, eerste lid, Awb. Hieruit volgt dat alleen elektronisch met de overheid kan worden gecommuniceerd, indien deze dat kenbaar heeft gemaakt. Deze eis werkt voor de burger onnodig formalisme en onduidelijkheid in de hand. Beter zou het zijn de norm uit deze bepaling om te draaien, zoals inmiddels in veel gevallen ook al voor de burger geldt: elektronische communicatie is mogelijk, tenzij het overheidsorgaan met redenen omkleed aangeeft waarom dit niet mogelijk is.

Verder leidt het verlaten van het uitgangspunt van de nevenschikking tot de conclusie dat art. 8:4, aanhef en onder k, Awb moet komen te vervallen. Zodra elektronische communicatie de norm wordt, 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 nu 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, want hierdoor kan de toegang tot communicatie met de overheid zonder rechterlijke toets beperkt worden.

In art. 2:14, derde lid, en art. 2:15, derde lid, wordt de eis gesteld dat elektronische berichten op een voldoende betrouwbare en vertrouwelijke manier verzonden worden. De verzender moet instaan voor de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid daarvan. Disclaimers op overheidswebsites en onder e-mailberichten die door een bestuursorgaan zijn verzonden, waarbij het orgaan aangeeft hiervoor niet in te staan, zijn dan ook in strijd met art. 2:14 Awb.

Uit deze eis vloeit eveneens voort dat de vertrouwelijkheid van de berichtenuitwisseling gewaarborgd moet zijn. De overheid dient dan ook zorg te dragen voor een adequate beveiliging van de informatie die zij uitwisselt.

Bij het begin en einde van termijnen is de bewijspositie van de burger die gebruik maakt van elektronische communicatiemiddelen voordeliger dan de burger die gebruik maakt van de conventionele weg. Bestuursorganen zullen een ontvangstregistratie moeten bijhouden.



## **4 Algemene normen voor elektronische communicatie door de overheid**

### **4.1 Inleiding**

In hoofdstuk 2 is vastgesteld dat het recht op toegang tot overheidsinformatie een zwaarwegend belang is in een democratische rechtsstaat. Dit recht zou als klassiek grondrecht in de Grondwet moeten worden opgenomen. In dit hoofdstuk zal de vraag beantwoord worden of de normen die van toepassing zijn op elektronische communicatie *door* de overheid, op de informatieverstrekking, adequaat zijn. Deze normen zijn deels immers ontwikkeld in de context van de tijd waarin zij zijn opgesteld, dus in de context van een tijd waarin informatieverstrekking op papier de gebruikelijke wijze was. Wellicht is het nodig dat er andere, of aanvullende, normen gelden bij het actief, op elektronische wijze openbaar maken van overheidsinformatie.

Allereerst zal nagegaan worden welke wettelijke verplichtingen er nu zijn voor overheidsorganen om informatie openbaar te maken. De belangrijkste beleidsmatige uitgangspunten worden besproken. Vervolgens zal aan de hand van de in de inleiding geformuleerde beginselen worden nagegaan of deze normen adequaat zijn, dat wil zeggen of de belangrijkste rechtsstatelijke uitgangspunten in deze normen terug komen.

Tenslotte kunnen conclusies getrokken worden. Daarmee kan de vraag beantwoord worden, welke normen van toepassing zijn op elektronische communicatie door de overheid en of deze normen nog adequaat zijn en, zo niet, welke wijzigingen dan plaats moeten vinden.

### **4.2 Elektronisch verstrekken van overheidsinformatie**

In deze paragraaf zal nagegaan worden welke wettelijke plichten bestaan voor de overheid om actief informatie te verstrekken. Hiervoor wordt de term verstrekken gebruikt en niet de term openbaar maken. Hieruit moet blijken dat de verplichtingen ruimer zijn dan alleen de Wob. Naast de Wob bestaan andere verplichtingen. Eerst zal worden nagegaan welke motieven de overheid kan hebben om informatie te verstrekken.

Dan zal een overzicht gegeven worden van de belangrijkste wettelijke bekendmakings-, publicatie- en openbaarmakingsbepalingen. Aangezien het doel van dit onderzoek is te komen tot een categorisering van deze verplichtingen en niet het opstellen van een uitputtende lijst van wettelijke bepalingen, worden alleen de belangrijkste wettelijke bekendmakings-,

publicatie- en openbaarmakingsverplichtingen vermeld. Vervolgens kan dan een overzicht gemaakt worden van de verschillende categorieën overheidsinformatie. Met deze opsomming kan dan in volgende paragrafen onderzocht worden of de normen die op de verschillende categorieën van toepassing zijn, adequaat zijn. Daarbij zal het beleid van de Rijksoverheid besproken worden.

Informatieverstrekking door de overheid kan plaats vinden met verschillende motieven. De volgende motieven om informatie te verstrekken kunnen worden onderscheiden:

- openbaarheid vanuit *democratisch/rechtsstatelijk oogpunt*. Dit is het belangrijkste motief om informatie openbaar te maken. De meeste informatie die door de overheid bekend of openbaar gemaakt wordt, wordt openbaar gemaakt met democratische of rechtsstatelijke motieven. Alle wettelijke bekendmakings- en publicatieverplichtingen zijn immers vastgesteld vanuit een rechtsstatelijk oogpunt: het legaliteits- en het rechtszekerheidsbeginsel. In een rechtsstaat dient men kennis te kunnen nemen van de geldende regels. Ook de Wob is blijkens de considerans vastgesteld met het oog op een goede en democratische bestuursvoering. Informatie die met dit motief openbaar gemaakt wordt, heeft als doel de burger te informeren zodat deze invulling kan geven aan zijn burgerschap: zoals het goed geïnformeerd keuzes maken bij verkiezingen, deelnemen aan inspraak, gebruik maken van het recht op vrije meningsuiting;
- openbaarheid met een *economisch doel*. Dit motief ligt ten grondslag aan EG Richtlijn 2003/98 van het Europees parlement en de raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie. Deze richtlijn is geïmplementeerd in hoofdstuk V-A van de Wob. De overheid verzamelt of produceert bepaalde informatie om een openbare taak te vervullen. Bij gebruik van deze informatie voor andere doelen dan de vervulling van de openbare taak is sprake van hergebruik. Overheidsinformatie vormt een belangrijke grondstof voor digitale informatieproducten en -diensten en daarom moeten Europese ondernemingen in staat worden gesteld om de mogelijkheden ervan te benutten en bij te dragen tot economische groei en het scheppen van werkgelegenheid. Uit de Richtlijn blijkt echter dat dit stelsel niet verder mag gaan dan uit de nationale openbaarheidsstelsels volgt. Met andere woorden, de Richtlijn strekt alleen tot het openbaar maken van informatie die al openbaar was: of op grond van een wettelijke bekendmakingsverplichting of op grond van de Wob. Dit motief betreft dus een beperkte categorie van informatie en gaat dus niet verder dan informatie die al openbaar is op grond van het eerste motief. De regeling betreft voornamelijk de voorwaarden waaronder de overheidsinformatie verstrekt moet worden;



– openbaarheid als *publieksvoorlichting*. Een voorbeeld hiervan zijn de overheidscampagnes die middels de Postbus 51 spotjes worden gevoerd. Hierbij gaat het om het verstrekken van informatie over aanvaard beleid. Het kan bedoeld zijn als objectieve publieksvoorlichting (dien op tijd uw belastingaanslag in), het kan ook bedoeld zijn om het gedrag van de burger te beïnvloeden (campagnes tegen roken). In het rapport van de commissie Wallage wordt dit overheidsvoorlichting genoemd, het verstrekken van mondelinge of schriftelijke informatie van de overheid aan de burger, die feitelijk, zakelijk van aard is.

– openbaarmaking als *sanctie*. Dit kan samen vallen met openbaar maken als publieksvoorlichting, als waarschuwing aan het publiek. Een voorbeeld van openbaarmaken als waarschuwing aan het publiek en als sanctie is te vinden in art. 48n van de Wet toezicht effectenverkeer 1995. Op grond van deze bepaling kunnen, zoals in de aanhef van de bepaling gesteld ‘om de naleving van de wet te bevorderen’, een aantal feiten openbaar gemaakt worden.<sup>190</sup> De betrokken bedrijven zullen dit als stigmatiserend ervaren, als een zogenaamde reputatiesanctie.<sup>191</sup>

– openbaarheid als *beleidsinstrument*. Met dit motief wordt informatie openbaar gemaakt om de publieke opinie te beïnvloeden. De commissie Wallage noemde dit communicatie als instrument. Dit is gericht op het beïnvloeden van de burger door communicatie, en betreft bijvoorbeeld voorlichtingscampagnes die als zodanig duidelijk herkenbaar zijn en die pogen de publieke opinie te beïnvloeden in een maatschappelijk gewenste richting. Deze categorie is niet altijd eenvoudig te onderscheiden van de categorie openbaarheid als neutrale voorlichting. Vooral op overheidswebsites kunnen de neutrale voorlichting/openbaarmaking en de voorlichting die de acceptatie van bepaalde (nog te nemen) overheidsbeslissingen moet bevorderen, door elkaar heen lopen. Daardoor is het niet altijd duidelijk waar men mee te maken heeft.

– openbaarmaking met een *politiek doel*. De commissie Wallage noemt hierbij als voorbeeld de woordvoering namens de politieke leiding van een ministerie. Het gaat hier bijvoorbeeld om imagobescherming van een bewindspersoon, of om ‘spindoctoring’, om pogingen tot politieke regie.<sup>192</sup> De overheid heeft hierbij het idee een tegenwicht te moeten bieden aan de media.

---

190 Feiten die openbaar gemaakt kunnen worden, zijn bijvoorbeeld de weigering door de minister om een vergunning aan een instelling te verlenen, of het feit dat een instelling handelt zonder een vergunning.

191 Van Erp 2007, p. 61.

192 Commissie Wallage, p. 31-32.

Aansluitende bij de verschillende rollen die de burger speelt, zoals door Bovens aangegeven, heeft de burger de volgende motieven om overheidsinformatie te ontvangen:

– Als *onderdaan* heeft de burger rechtszekerheid nodig, zoals van oudsher gewaarborgd door het legaliteitsbeginsel. De burger heeft *informatie nodig voor het bepalen van zijn rechten en plichten*, voor het bepalen van zijn individuele rechtspositie.

– 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*. De burger heeft informatie nodig voor het bepalen van zijn keuze bij verkiezingen of bij inspraakprocedures. Deze burger heeft, om zijn mening te kunnen vormen, niet alleen die informatie nodig die de overheid wil verstrekken. Bijvoorbeeld stukken die niet gebruikt zijn bij het vaststellen van beleid, kunnen voor de burger bij het bepalen van zijn mening wel degelijk een rol spelen.

– Voor de burger als *maatschappijlid* is toegang tot *informatie noodzakelijk om mee te kunnen doen in de maatschappij*. Dit overlapt deels met de burger als onderdaan.

#### 4.2.1 Wettelijke verplichtingen

In deze paragraaf zal, om tot een categorisering te komen, een overzicht gegeven worden van de belangrijkste wettelijke bekendmakings-, publicatie- en openbaarmakingsverplichtingen.

– Met *bekendmakingsverplichting* wordt bedoeld een wettelijke bepaling dat bepaalde soorten overheidsinformatie bekend gemaakt moet worden. Het gaat hier om overheidsinformatie die rechtsgevolgen met zich mee kan brengen voor betrokkenen, zoals verdragen, wetgeving, besluiten van algemene strekking, rechterlijke uitspraken en beschikkingen. Een bekendmakingsverplichting kan gericht zijn op een algemene, onbekende groep personen, zoals bij de verplichting om wetgeving openbaar te maken, als gericht zijn op een of meer bepaalde personen, als bij de verplichting om beschikkingen bekend te maken.

– Met een *publicatieverplichting* wordt bedoeld een wettelijke bepaling dat aanvragen van burgers dan wel (voorgenomen) besluiten van overheidsorganen bekend gemaakt moeten worden. Het doel van deze publicatie is in de regel het op de hoogte stellen van (belanghebbende) derden. Zij weten door de publicatie welke beslissingen mogelijk genomen gaan worden of reeds genomen zijn, en kunnen eventueel daartegen rechtsmiddelen aanwenden, dan wel deelnemen aan inspraakmogelijkheden.

– Met *openbaarmakingsverplichting* wordt bedoeld op de verplichting op grond van de Wob, om bestuurlijke informatie bekend te maken.

#### ***4.2.1.1 Informatie inzake wetgeving***

Wetgeving, of die nu van de formele of de lagere wetgever afkomstig is, vormt de geschreven weergave van de bindende spelregels in de maatschappij. Burgers moeten deze regelingen kunnen kennen. En opdat iedereen de wet kan kennen, moeten wetten bekend gemaakt worden. Maar niet alleen de uitkomst van het wetgevende proces, ook de totstandkoming daarvan dient openbaar te zijn. Daarom zijn er bepalingen die de bekendmaking van formele en materiële wetgeving regelen, en bepalingen die de openbaarheid van vergaderingen, agenda's van de vergaderingen en de bijbehorende stukken van de wetgevende organen regelen.

*Nederlandse wetten in formele zin* worden bekendgemaakt op grond van art. 88 Grondwet, dat bepaalt dat de wet de bekendmaking en de inwerkingtreding regelt van de wetten, en dat zij niet in werking treden voordat zij zijn bekendgemaakt. Algemene maatregelen van bestuur worden bekendgemaakt op grond van art. 89 Grondwet. Hierin staat dat algemene maatregelen van bestuur bij koninklijk besluit worden vastgesteld en dat de wet de bekendmaking en de inwerkingtreding van de algemene maatregelen van bestuur regelt. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt.

De wet, waarnaar in de artikelen 88 en 89 Grondwet verwezen wordt, is de Bekendmakingswet. In deze wet wordt geregeld op welke wijze wetten, zowel formele als andere, materiële wetgeving, afkomstig van de rijksoverheid, bekend moeten worden gemaakt.

De openbaarheid van de vergaderingen van de Eerste en Tweede Kamer is geregeld in art. 66 Grondwet. Hierin staat dat de vergaderingen van de Staten-Generaal openbaar zijn, en dat de deuren gesloten worden, wanneer een tiende deel van het aantal aanwezige leden het vordert of de voorzitter het nodig oordeelt. Vervolgens wordt door de kamer, onderscheidenlijk de kamers in verenigde vergadering, beslist of met gesloten deuren zal worden beraadslaagd en besloten.

In art. 24 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (RvO TK) staat dat bij afzonderlijk reglement de zorg voor de Dienst Verslag en Redactie wordt geregeld. Het Reglement van Orde voor de Eerste Kamer der Staten-Generaal regelt dit in 31. Art. 87, eerste lid, RvO TK bepaalt dat van elke vergadering en van elke bijeenkomst een stenografisch verslag wordt gemaakt, waarop het in art. 24, eerste lid, bedoelde reglement van toepassing is. Vervolgens wordt een officieel verslag gemaakt, dat blijkens het tweede lid van art. 87 RvO TK wordt vastgesteld door de Voorzitter en wordt ondertekend door de Voorzitter en de Griffier. Voor de verslaglegging in de Eerste Kamer is dit geregeld in art. 121 RvO EK. Art. 122 geeft regels voor de

inhoud van het verslag, en in art. 124 staat bepaald dat het verslag (de notulen) door de Voorzitter en de Griffier worden ondertekend.

De Bekendmakingswet regelt de wijze waarop formele wetgeving en materiële wetgeving afkomstig van de rijksoverheid, bekend wordt gemaakt. Per 1 juli 2009 is de Bekendmakingswet gewijzigd door de Wet elektronische bekendmaking. Door deze wijziging is niet langer, zoals voorheen het geval was, de publicatie van wetgeving in de papieren versie van het Staatsblad en de Staatscourant bepalend. Artikel 1 Bekendmakingswet luidt:

1. De regering geeft het Staatsblad en de Staatscourant uit.
2. De uitgifte van het Staatsblad en de Staatscourant geschiedt elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze.
3. Na de uitgifte blijven het Staatsblad en de Staatscourant elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze beschikbaar.
4. Voor het inzien van het Staatsblad en de Staatscourant worden geen kosten in rekening gebracht.
5. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld omtrent de uitgifte en het beschikbaar blijven van het Staatsblad en de Staatscourant.

*Wetten, amvb's en andere koninklijke besluiten waarbij algemeen verbindende voorschriften worden vastgesteld*, worden op grond van art. 3 Bekendmakingswet bekendgemaakt door plaatsing in het Staatsblad. Art. 4 Bekendmakingswet bepaalt vervolgens dat bij ministeriële regeling vastgestelde algemeen verbindende voorschriften en overige, bekendgemaakt worden door plaatsing in de Staatscourant. Hierdoor vindt de officiële bekendmaking op elektronische wijze plaats. De AMvB als bedoeld in het vijfde lid, is het Bekendmakingsbesluit. Art. 4 van het Bekendmakingsbesluit bepaalt:

1. Onze Minister draagt er zorg voor dat de nodige maatregelen worden getroffen ter waarborging van de betrouwbaarheid en de beveiliging van de uitgifte en de beschikbaarstelling van het Staatsblad.
2. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld omtrent het eerste lid.

Exact identiek luidt art. 10 van het Bekendmakingsbesluit, maar dan voor de Staatscourant. De ministeriële regeling waarnaar in het tweede lid verwezen wordt, is de Bekendmakingsregeling. Hierin is onder meer bepaald op welke website de bekendmakingen plaatsvinden, en aan welke technische eisen de bestanden moeten voldoen. Om tegemoet te komen aan diegenen die niet over elektronische communicatiemiddelen willen of kunnen beschikken, bepaalt art. 10 Bekendmakingswet:

1. Aan een ieder wordt op verzoek een papieren afschrift van het Staatsblad onderscheidenlijk de Staatscourant verstrekt tegen ten hoogste de kosten van het maken van een zodanig afschrift.
2. Onze Minister van Justitie onderscheidenlijk Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties wijst een uitgiftepunt aan waar het in het eerste lid bedoelde afschrift van het Staatsblad onderscheidenlijk de Staatscourant verkregen kan worden.

Als uitgiftepunt, bedoeld in het tweede lid van art. 10, is in de hierbovengenoemde Bekendmakingsregeling, aangewezen de stichting ICTU. Deze stichting, een samenwerkingsverband van overheidsorganisaties, heeft blijkens de statuten ten doel overheden te ondersteunen bij het ontwikkelen, introduceren of implementeren van innovatieve toepassingen op het gebied van ICT.

De bekendmaking van *bestuurswetgeving*, wetgeving die door bestuursorganen is vastgesteld die niet tot de rijksoverheid behoren, wordt geregeld in de wet waarin de bevoegdheid tot het maken van algemeen verbindende voorschriften aan het betreffende bestuursorgaan wordt verleend. Hieronder valt wetgeving van decentrale bestuursorganen, zoals de bestuursorganen van de provincies, gemeenten en waterschappen. Hieronder worden alleen genoemd de bekendmakingsbepalingen die gelden voor gemeentelijke bestuursorganen. De bekendmakingsbepalingen die gelden voor de bestuursorganen van gemeenten, provincies en waterschappen lijken op elkaar.

De bekendmaking van gemeentelijke verordeningen is geregeld in art. 139 Gemeentewet. Hierin staat dat besluiten van het gemeentebestuur die algemeen verbindende voorschriften inhouden, niet verbinden dan wanneer zij zijn bekendgemaakt. Het tweede en derde lid bepalen vervolgens op welke wijze de bekendmaking plaats vindt:

2. De bekendmaking geschiedt:
  - a. door plaatsing in het op een algemeen toegankelijke wijze uit te geven gemeenteblad;
  - b. bij gebreke van een gemeenteblad, door terinzagelegging voor de tijd van twaalf weken op de gemeentesecretarie of op een andere door het college te bepalen plaats en door het doen van mededeling daarvan in een plaatselijk verschijnend dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.
3. Het gemeenteblad kan elektronisch worden uitgegeven. Na de uitgifte blijft het gemeenteblad elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze beschikbaar. Indien elektronische uitgifte geheel of gedeeltelijk onmogelijk is, voorziet het gemeentebestuur in een vervangende uitgave. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden omtrent het bepaalde in de eerste en tweede volzin nadere regels gesteld.

Het is dus mogelijk om verordeningen op elektronische wijze bekend te maken. Voor diegenen die een papieren versie willen verkrijgen, bepaalt art. 141:

Een ieder kan op verzoek een papieren afschrift verkrijgen van de besluiten van het gemeentebestuur die algemeen verbindende voorschriften inhouden. Het afschrift wordt verstrekt tegen ten hoogste de kosten van het maken van het afschrift.

In de Provinciewet gaan art. 136 en 138 uit van dezelfde systematiek. Ook in de Waterschapswet is dit in de art. 73 en 73b op gelijke wijze geregeld.

De openbaarheid van de vergaderingen van provinciale staten en de gemeenteraad is geregeld in art. 125 Grondwet. Daarin staat dat aan het hoofd van de provincie en de gemeente staan provinciale staten onderscheidenlijk de gemeenteraad. Hun vergaderingen zijn openbaar, behoudens bij de wet te regelen uitzonderingen. Over de openbaarheid van de agenda en de vergaderstukken van de gemeenteraad bepaalt art. 19 Gemeentewet:

1. De burgemeester roept de leden schriftelijk tot de vergadering op.
2. Tegelijkertijd met de oproeping brengt de burgemeester dag, tijdstip en plaats van de vergadering ter openbare kennis. De agenda en de daarbij behorende voorstellen met uitzondering van de in artikel 25, tweede lid, bedoelde stukken worden tegelijkertijd met de oproeping en op een bij de openbare kennisgeving aan te geven wijze ter inzage gelegd.

Ten aanzien van de verslagen van de raadsvergadering is niets expliciet bepaald in de Gemeentewet. Art. 23 bepaalt hierover:

1. De vergadering van de raad wordt in het openbaar gehouden.
2. De deuren worden gesloten, wanneer ten minste een vijfde van het aantal leden dat de presentielijst heeft getekend daarom verzoekt of de voorzitter het nodig oordeelt.
3. De raad beslist vervolgens of met gesloten deuren zal worden vergaderd.
4. Van een vergadering met gesloten deuren wordt een afzonderlijk verslag opgemaakt, dat niet openbaar wordt gemaakt tenzij de raad anders beslist.
5. De raad maakt de besluitenlijst van zijn vergaderingen op de in de gemeente gebruikelijke wijze openbaar. De raad laat de openbaarmaking achterwege voor zover het aangelegenheden betreft ten aanzien waarvan op grond van artikel 25 geheimhouding is opgelegd of ten aanzien waarvan openbaarmaking in strijd is met het openbaar belang.

Dat een verslag wordt gemaakt van de vergadering van de gemeenteraad staat niet expliciet bepaald in dit artikel. Dit valt a contrario af te leiden uit het derde lid: van een vergadering met gesloten deuren wordt een afzonderlijk verslag gemaakt. In het reglement van orde dat de raad op grond van art. 16 vast moet stellen, kan vervolgens geregeld worden hoe dit verslag gemaakt wordt.

Gemeenteraden blijken er in een enkel geval toe over te gaan raadsverslagen niet meer op papier vast te leggen, maar een audio- of videoverslag te maken. Strikt genomen staat de van toepassing zijnde wetgeving hieraan niet in de weg. Dat er een schriftelijk verslag gemaakt moet worden, is niet voorgeschreven. Van een schriftelijk verslag is in een dergelijk geval geen

sprake: dan moet er sprake zijn van een weergave door middel van schrifttekens. Er wordt wel gebruik gemaakt van schrifttekens (bits en bites, nullen en enen) maar de weergave vindt plaats door middel van beeld en/of geluid. Gelet echter op het feit dat de wetgever steeds een voorziening treft voor diegenen die een papieren afschrift wensen (zoals bijvoorbeeld in art. 10 Bekendmakingswet), en verder ook steeds het uitgangspunt van de nevenschikking noemt, lijkt deze praktijk niet in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. In de memorie van toelichting bij de Gemeentewet staat over de wijze van verslaglegging van raadsvergaderingen niets vermeld.<sup>193</sup> Wel staat daar dat de agenda en de bijbehorende stukken op een bepaalde plaats en in een bepaalde periode ter inzage moeten worden gelegd en dat dit in de openbare bekendmaking van de raadsvergadering wordt vermeld. Het ter inzage leggen duidt erop dat de wetgever ervan uit gegaan is dat dit door een papieren versie zou plaats vinden. Daarbij is het gebruikelijk dat een verslag van de vorige vergadering ter vaststelling staat op de agenda van de daarop volgende vergadering.

De wetgever zal ten tijde van het opstellen van deze bepalingen uit de Gemeentewet niet aan deze mogelijkheden hebben gedacht. Het verdient daarom aanbeveling dit te regelen, waarbij aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid om een papieren versie van een verslag van een vergadering van een vertegenwoordigend lichaam te verkrijgen. Vergaderingen van vertegenwoordigende lichamen vormen immers het hart van de democratie en een waarborg voor het democratische gehalte van de staat.<sup>194</sup>

*Verdragen en besluiten van internationale organisaties die in Nederland rechtsgevolg hebben*, worden bekendgemaakt op grond van art. 93 Grondwet, dat bepaalt dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. In art. 95 Grondwet staat vervolgens dat de wet regels geeft voor de bekendmaking van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Deze wet is de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. De bekendmaking vindt vervolgens plaats in het Tractatenblad. Artikel 16 Rijkswet luidt:

1. De bekendmaking van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties geschiedt in het Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden.
2. Onze minister van Buitenlandse Zaken geeft het Tractatenblad uit.
3. De uitgifte van het Tractatenblad geschiedt elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze.

---

193 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 79.

194 R.o. 4.5.4 uit HR 9 april 2010, *LJN* BK4549 (Passief kiesrecht voor SGP-vrouwen).

4. Na de uitgifte blijft het Tractatenblad elektronisch op een algemeen toegankelijke wijze beschikbaar.
5. Voor het inzien van het Tractatenblad worden geen kosten in rekening gebracht.
6. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld omtrent de uitgifte en het beschikbaar blijven van het Tractatenblad.

Ook hier is elektronische bekendmaking het uitgangspunt geworden. Nadere regels zijn gesteld in de ministeriële Regeling elektronische bekendmaking Tractatenblad. In art. 16b Rijkswet staat dat de minister van Buitenlandse Zaken een uitgiftepunt aanwijst voor waar een papieren afschrift kan worden verkregen, tegen ten hoogste de kosten van het maken van een zodanig afschrift. Als uitgiftepunt is in de ministeriële regeling aangewezen, net als bij de Bekendmakingswet, de stichting ICTU.

*Oordelen van de Nationale ombudsman en andere hoge colleges van staat* zijn openbaar op grond van art. 80 Grondwet, waarin staat dat de adviezen van de in dit hoofdstuk bedoelde colleges openbaar worden gemaakt volgens regels bij de wet te stellen en dat adviezen, uitgebracht ter zake van voorstellen van wet die door of vanwege de Koning worden ingediend, behoudens bij de wet te bepalen uitzonderingen, aan de Staten-Generaal worden overgelegd. Over de wijze waarop deze oordelen en adviezen openbaar gemaakt moeten worden, is niets geregeld in art. 80. De wet waarnaar wordt verwezen, kan de bijzondere wet zijn die de instelling van het adviesorgaan regelt. Deze wet kan ook beperkingen bevatten op het openbaar maken van oordelen en adviezen. Een voorbeeld van een bepaling in een dergelijke wet is art. 25a van de Wet op de Raad van State. In deze bepaling staat de wijze waarop adviezen, voordrachten of andere voorstellen van de Raad van State openbaar gemaakt worden.

Op de adviezen als bedoeld in art. 80 Grondwet, is eveneens art. 9 Wob van toepassing. Daar staat dat het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, zorgt voor het openbaar maken van door niet-ambtelijke adviescommissies aan het orgaan uitgebrachte adviezen met het oog op het te vormen beleid.

De hierboven opgesomde informatie is essentiële informatie; zonder dat wettelijke voorschriften openbaar zijn, kan er geen rechtszekerheid zijn.

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 omtrent de vergaderingen van vertegenwoordigende organen is wettelijk geregeld. Opmerkelijk is dat op decentraal niveau de verslaglegging van vergaderingen naar 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 een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel op. 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.

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 tot verantwoording geroepen worden door de burger. Hier dus niet zozeer een rechtstreeks verband met het legaliteitsbeginsel, maar wel 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.

#### ***4.2.1.2 Informatie inzake de uitvoerende macht***

Op informatie van bestuursorganen zijn verschillende wettelijke bepalingen van toepassing. Voor besluiten in de zin van de Awb geldt bijvoorbeeld een bekendmakingsbepaling. Verder hebben bestuursorganen soms publicatieplichten. Dit houdt in dat bestuursorganen verplicht zijn om bijvoorbeeld aanvragen van burgers te publiceren om andere burgers hiervan in kennis te stellen. Een publicatieplicht kan ook inhouden dat een bestuursorgaan een voorgenomen besluit ter kennis brengt, om inspraak bij dit besluit mogelijk te maken. Op informatie die niet onder een bekendmakingsbepaling dan wel een publicatiebepaling valt, kan de Wob van toepassing zijn.

Ten aanzien van *besluiten in de zin van art. 1:3 Awb* geldt art. 3:40 Awb, dat bepaalt dat een besluit niet in werking treedt voordat het is bekendgemaakt. De categorie besluiten in de zin van art. 1:3 Awb is naar haar aard zeer divers en betreft zowel in aantal als in verscheidenheid een groot gebied. Blijkens artikel 1:3, tweede lid, Awb wordt onder beschikking verstaan een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van de aanvraag daarvan. Hier wordt onderscheid gemaakt tussen besluiten van algemene strekking en beschikkingen. Besluiten van algemene strekking zijn weer onder te verdelen in algemeen verbindende voorschriften (bestuurswetgeving) en andere besluiten van algemene strekking. De algemeen verbindende voorschriften zijn besproken in de paragraaf hiervoor. De andere besluiten van algemene strekking zijn plannen, beleidsregels en concretiserende besluiten van algemene strekking. Beschikkingen kunnen in twee categorieën worden onderverdeeld, namelijk de *persoonsgerichte* en de *zaaksgerichte* beschikking.<sup>195</sup>

Een *persoonsgerichte beschikking* is gericht op rechtsgevolg voor de geadresseerde(n) van het besluit. Persoonsgerichte beschikkingen kunnen worden onderverdeeld in vijf categorieën:

- a. status verlenende beschikkingen, bijvoorbeeld de benoeming tot ambtenaar;
- b. beschikkingen die een verplichting opleggen of een recht ontnemen, bijvoorbeeld het opleggen van een last onder dwangsom of de intrekking van een uitkering of subsidie;
- c. beschikkingen die een burger het recht geven iets te doen wat algemeen verboden is, bijvoorbeeld een vergunning;
- d. beschikkingen tot toekenning van een subsidie of uitkering;
- e. persoonsgerichte beschikkingen met zakelijk werking, beschikkingen waarvan het rechtsgevolg, in tegenstelling tot de andere persoonsgerichte beschikkingen, kan overgaan op de rechtsopvolger, zoals een milieuvergunning.<sup>196</sup>

Persoonsgerichte beschikkingen worden bekendgemaakt volgens art. 3:41 Awb dat bepaalt:

1. De bekendmaking van besluiten die tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door toezending of uitreiking aan hen, onder wie begrepen de aanvrager.
2. Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid, geschiedt zij op een andere geschikte wijze.

---

195 Damen e.a. Bestuursrecht 1 2009, p. 229.

196 Damen e.a. Bestuursrecht 1 2005, p. 250. Dit onderscheid wordt in de nieuwe druk niet meer gemaakt, hier wordt het gehanteerd om onderscheid te kunnen maken in de gevolgen die de elektronische openbaar making van verschillende soorten beschikkingen kan hebben voor de persoonlijke levenssfeer.

Bij een *zaaksgerichte beschikking* wordt, op grond van in een wet genoemde eigenschappen of hoedanigheden, de juridische status van een concreet object bepaald.<sup>197</sup> Bijvoorbeeld het plaatsen van een pand op de monumentenlijst. Ondanks het feit dat een dergelijk besluit zich richt tot een onbekende groep personen, niet tot een aanwijsbare persoon, wordt een dergelijk besluit als een beschikking aangemerkt. Zaaksgerichte beschikkingen worden daarentegen, met een enkele uitzondering, bekend gemaakt volgens art. 3:42 Awb, omdat het besluit zich niet richt tot een of meer belanghebbenden. Art. 3:42 Awb bepaalt:

1. De bekendmaking van besluiten die niet tot een of meer belanghebbenden zijn gericht, geschiedt door kennisgeving van het besluit of van de zakelijke inhoud ervan in een van overheidswege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad, dan wel op andere geschikte wijze.
2. Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, geschiedt de bekendmaking niet elektronisch.
3. Indien alleen van de zakelijke inhoud wordt kennisgegeven, wordt het besluit tegelijkertijd ter inzage gelegd. In de kennisgeving wordt vermeld waar en wanneer het besluit ter inzage ligt.

De categorie *besluiten van algemene strekking*, met uitzondering van algemeen verbindende voorschriften, wordt ook bekend gemaakt op grond van art. 3:42 Awb. Deze categorie betreft beleidsregels, plannen en concretiserende besluiten van algemene strekking. De definitie van een beleidsregel staat in art. 1:3, vierde lid, Awb. Onder beleidsregel wordt verstaan: een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan. Een plan staat niet gedefinieerd in de Awb, wel in de Gemeentewet. In art. 110 Gemeentewet staat dat onder plan wordt verstaan een beslissing die een samenhangend geheel van op elkaar afgestemde keuzes bevat omtrent door het gemeentebestuur te nemen besluiten of te verrichten handelingen, ten einde een of meer doelstellingen te bereiken. Is een plan gericht op rechtsgevolg, dan is het een besluit in de zin van de Awb. Het belangrijkste kenmerk van een plan is, dat het een samenhangend geheel is van op elkaar afgestemde keuzes die gericht zijn op een beoogd, bepaald eindresultaat. Het is dus niet een bundel beschikkingen, maar een geheel van in onderlinge samenhang genomen beleidsbeslissingen.<sup>198</sup> Een plan wordt daarmee gecategoriseerd als een besluit van algemene strekking, dat zich niet richt tot een of meer belanghebbenden, en moet daarom worden bekendgemaakt volgens art. 3:42 Awb, tenzij er voor het specifieke plan een bijzondere bekendmakingsverplichting is, zoals bijvoorbeeld

---

197 Damen e.a. Bestuursrecht 1 2009, p. 244.

198 Damen e.a. 2009, p. 242.

in de Wet ruimtelijke ordening. Een concretiserend besluit van algemene strekking lijkt op een algemeen verbindend voorschrift. Verschil is dat een concretiserend besluit van algemene strekking geen zelfstandige normstelling bevat. Die normstelling ontleent dit besluit aan een algemeen verbindend voorschrift. Het concretiserend besluit van algemene strekking bepaalt de werkingssfeer van een algemeen verbindend voorschrift naar tijd, plaats of object. Hierdoor wordt in het concretiserende besluit van algemene strekking het toepassingsbereik van de achterliggende norm bepaald, maar de norm zelf (die in het algemeen verbindende voorschrift staat) ongewijzigd gelaten.<sup>199</sup> Een concretiserend besluit van algemene strekking is een besluit van algemene strekking, is niet gericht tot een of meer belanghebbenden en wordt bekend gemaakt op grond van art. 3:42 Awb.

*Bekendmakingsverplichtingen* van bestuursorganen zijn al met al gericht op het bekendmaken van besluiten. Het bekendmaken geschiedt naar gelang de aard van het besluit, aan een of meer belanghebbenden, of aan een onbekende groep personen. Een besluit dat aan een of meer belanghebbenden bekend wordt gemaakt, wordt bekend gemaakt door toezending of uitreiking aan de belanghebbende(n). Een besluit dat niet tot een of meer belanghebbenden is gericht, wordt bekend gemaakt op een wijze die waarborgt dat de betrokken groep kennis kan nemen van het besluit, bijvoorbeeld door plaatsing van het besluit in een huis-aan-huisblad. Bekendmakingsverplichtingen zijn erop gericht de rechtszekerheid van burgers te bevorderen, door hen te laten weten welke rechten en verplichtingen zij hebben en het hen mogelijk te maken hun individuele rechtspositie te behartigen. Bekendmakingsverplichtingen vormen een invulling van het legaliteitsbeginsel. Zonder bekendmaking treedt een besluit niet in werking.

Bestuursorganen hebben te maken met verschillende *publicatieverplichtingen*. Een aantal van deze verplichtingen zal hieronder besproken worden. De opsomming is zeker geen uitputtende opsomming, maar is bedoeld om aan te geven aan welke categorieën kan worden gedacht. Ten eerste kan een publicatieverplichting inhouden dat kennis wordt gegeven van de terinzagelegging van een conceptbesluit, met als doel mensen erop te wijzen dat inspraak mogelijk is. Bijvoorbeeld art. 3:11, eerste lid, Awb bepaalt:

Het bestuursorgaan legt het ontwerp van het te nemen besluit, met de daarop betrekking hebbende stukken die redelijkerwijs nodig zijn voor een beoordeling van het ontwerp, ter inzage.

---

199 Damen e.a. 2009, p. 239.

Een publicatieverplichting kan ook inhouden dat kennis wordt gegeven van een aanvraag, als in art. 41 Woningwet:

Van een aanvraag om bouwvergunning wordt binnen twee weken na ontvangst daarvan door burgemeester en wethouders kennis gegeven in een van gemeentewege uitgegeven blad of een dag-, nieuws- of huis-aan-huisblad.

In de Wet milieubeheer staat in art. 8.41 een verplichting opgenomen om het oprichten of het veranderen van een (niet-vergunningplichtige) inrichting als bedoeld in art. 8.40 te melden bij het bevoegde bestuursorgaan. Van de melding wordt op grond van het vierde lid van art. 8.41 openbaar kennis gegeven in één of meer dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen.

Een ander voorbeeld van een publicatieplicht is die op grond van de Dienstenrichtlijn.<sup>200</sup> De Dienstenrichtlijn is geïmplementeerd in de Dienstenwet. In de art. 5 en 6 van de Dienstenwet staat de verplichting opgenomen om informatie met betrekking tot diensten toegankelijk te maken. Deze informatie moet volgens het tweede lid van beide artikelen gemakkelijk langs elektronische weg bereikbaar zijn. Art. 5 ziet dan op het instellen van een centraal loket voor dienstverrichters en zakelijke afnemers, waar de minister van Economische zaken zorg voor draagt. Art. 6 ziet op het instellen van een informatiepunt voor consumenten, onder verantwoordelijkheid van de Consumentenautoriteit. Het centraal loket dient tot het toegankelijk maken van informatie die van belang is voor het verkrijgen van toegang tot of de uitoefening van diensten en tot het uitwisselen van berichtenverkeer dat betrekking heeft op procedures en formaliteiten daartoe voor dienstverrichters. Voor zakelijke afnemers dient het centraal loket tot het toegankelijk maken van informatie in verband met het afnemen van diensten in Nederland of een andere lidstaat, en het op verzoek verstrekken van informatie in verband met het afnemen van diensten in een andere lidstaat dan Nederland. In de artikelen 7 en 8 staat opgesomd welke informatie via het centraal loket door de minister of door de bevoegde instantie elektronisch beschikbaar moet worden gemaakt. Blijkens overweging 46 uit de preambule bij de richtlijn moet ‘om de toegang tot en de uitoefening van dienstenactiviteiten op de interne markt te vergemakkelijken, ten aanzien van administratieve vereenvoudiging een gemeenschappelijk doel voor alle lidstaten worden vastgesteld en moeten bepalingen worden vastgesteld betreffende onder andere het recht op informatie, elektronische procedures en de vaststelling van een kader voor vergunningstelsels’. Dit recht op informatie betreft de in het eerste lid opgesomde informatie en geldt voor dienstverrichters en afnemers.

---

200 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

De publicatieplicht uit de Dienstenrichtlijn betreft dan ook informatie die dienstverrichters nodig hebben om een economische activiteit overal in de EU te kunnen uitvoeren, en informatie die burgers nodig hebben om de verschillende dienstverrichters te kunnen waarderen.

*Publicatieverplichtingen* gelden voor voorgenomen besluiten met als doel inspraak mogelijk te maken, voor bepaalde aanvragen en bepaalde besluiten. Het valt op dat het bij de aanvragen en besluiten waarop een publicatieverplichting van toepassing is, met name gaat om besluiten die mogelijkterwijs (rechts)gevolgen hebben voor derden. De publicatieverplichting uit de Dienstenwet dient de informatieverstrekking aan dienstverrichters en burgers. Publicatieverplichtingen zijn er dan ook op gericht om burgers te laten participeren in de samenleving dan wel het hen mogelijk maken hun individuele rechtsbelangen te behartigen.

*Informatie die onder de Wob valt.* De Wob is van toepassing op informatie die onder bestuursorganen berust, en waarvan de openbaarheid niet reeds in een andere wetsbepaling is geregeld. Uit het tweede lid van art. 2 blijkt dat de Wob een algemene openbaarheidsregeling is. Hier staat dat het bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak informatie overeenkomstig deze wet verstrekt, onverminderd het elders bij wet bepaalde. Indien in een andere (bijzondere) wet dus iets staat opgenomen over openbaarheid, dan gaat die regeling voor. De Wob is een uitwerking van art. 110 Grondwet, waarin is bepaald dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid betracht volgens regels bij de wet te stellen. Deze wet is de Wet openbaarheid van bestuur. Blijkens de considerans van de Wob is deze ingevoerd met het oog op een goede en democratische bestuursvoering. De Wob is van toepassing op informatie over een bestuurlijke aangelegenheid die is neergelegd in documenten. De begripsomschrijving in art. 1, aanhef en onder b, bepaalt dat onder bestuurlijke aangelegenheid wordt verstaan: een aangelegenheid die betrekking heeft op het beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering daarvan. De Wob kent een aantal uitzonderingsgronden die in art. 10 en 11 Wob genoemd staan. De uitzonderingsgronden zijn limitatief opgesomd en worden restrictief geïnterpreteerd. Toch valt niet eenvoudig aan te geven welke informatie op grond van de Wob openbaar is. Met name de relatieve uitzonderingsgronden in het tweede lid van art. 10 bevatten voor het bestuursorgaan beleidsvrijheid, waarbij een belangenafweging gemaakt moet worden. De Wob kent twee vormen van openbaarheid, de actieve openbaarheid en de passieve openbaarheid. De passieve openbaarheid betekent informatieverstrekking door het bestuursorgaan op verzoek, volgens art. 3 Wob. Dit blijft buiten beschouwing aangezien deze studie de actieve

informatieverstrekking betreft. De actieve openbaarheid is geregeld in art. 8 Wob, dat bepaalt dat het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, uit eigen beweging informatie verschaft over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering. De informatie wordt op grond van het tweede lid verschaft in begrijpelijke vorm op zodanige wijze, dat belanghebbende en belangstellende burgers zoveel mogelijk worden bereikt en op zodanige tijdstippen, dat deze hun inzichten tijdig ter kennis van het bestuursorgaan kunnen brengen. Art. 9 Wob bevat de verplichting voor het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, te zorgen voor het openbaar maken, zo nodig en mogelijk met toelichting, van door een niet-ambtelijke adviescommissie aan het orgaan uitgebrachte adviezen met het oog op het te vormen beleid, tezamen met de door het orgaan aan de commissies voorgelegde adviesaanvragen en voorstellen. Deze verplichting betreft adviezen van niet-ambtelijke adviescommissies als bedoeld in art. 1, aanhef en onder d, Wob. Het gaat hier voornamelijk om adviezen als bedoeld in art. 79 en 80 Grondwet.

Welke informatie valt nu onder art. 8 Wob? Bij de totstandkoming van de eerste Wob is hierover in de memorie van toelichting opgenomen dat de actieve informatieverstrekking door de overheid is gericht op het bevorderen van de participatie van de bestuurden in het bestuur en wel in alle fasen waarin deze van belang kan zijn voor een goede en democratische bestuursvoering.<sup>201</sup> Het zou dan moeten gaan om informatie over het formuleren van een probleemstelling via het verzamelen van gegevens, het opstellen van prognoses, concept-doeleinden en plannen-van-actie tot en met de keuze van een bepaald beleid en de uitvoering, controle en herwaardering daarvan. In de memorie van toelichting bij de huidige Wob staat dat de plicht tot het verstrekken van overheidsinformatie ontstaat zodra dit in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering, en dat exacte criteria voor het uit eigen beweging verstrekken van informatie niet te geven zijn.<sup>202</sup> Nu is het belang van een goede en democratische bestuursvoering een zeer ruim begrip, waar het openbaar maken van het overgrote deel van de overheidsinformatie onder kan vallen. De informatieverstrekking kan bijvoorbeeld gericht zijn op voorlichting ten behoeve van inspraak, de informatieverstrekking kan gericht zijn op dienstverlening aan de burger, of kan een functie hebben als instrument bij het effectueren van aanvaard beleid. Indien de informatieverstrekking op dit laatste gericht is, dan is dit slechts acceptabel indien aan drie criteria voldaan is: het moet gaan om aanvaard beleid, om een in de samenleving niet te controversieel onderwerp en om een voorlichtingsuiting die inhoudelijk voldoende en juiste

---

201 *Kamerstukken II* 1974/75, 13 418, nrs. 1-4, p. 15-16.

202 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 29.

gegevens bevat om belanghebbenden en belangstellenden in staat te stellen zich er zelfstandig een oordeel over te vormen.<sup>203</sup> Met deze laatste drie voorwaarden beoogde de wetgever propaganda tegen te gaan.

Welke informatie actief openbaar gemaakt moet worden, wordt in de nota 'Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie' nader uitgelegd. In deze nota wordt een verband gelegd tussen de passieve en de actieve openbaarheidsverplichting. Veel openbare informatie wordt niet opgevraagd, omdat de burger niet op de hoogte is van het bestaan ervan. Volgens deze nota houdt de verplichting van bestuursorganen om op verzoek informatie te verstrekken tevens in dat zij zo goed mogelijk hebben te zorgen voor de kenbaarheid daarvan. Men moet kunnen weten over welke openbare informatie bestuursorganen beschikken en waar en hoe die is te vinden. In deze nota geeft het kabinet aan dat het een verplichting ziet voor bestuursorganen om in elk geval via actieve openbaarmaking informatie te verschaffen over:

1. hun taken;
2. hun organisatiestructuur;
3. hun activiteiten, recent voltooide, lopende en in het begrotingsjaar voorgenomen projecten;
4. de belangrijkste documenten die daarmee verband houden;
5. de vindplaatsen van informatie over die documenten.<sup>204</sup>

Deze opsomming geeft echter geen sluitend antwoord op de vraag welke informatie actief openbaar gemaakt moet worden.

Het is niet mogelijk de overheid te verplichten om op grond van art. 8 Wob informatie openbaar te maken. Art. 8 bevat geen afdwingbare rechtsnorm. In 2004 is het resultaat gepubliceerd van een evaluatie van de Wob door onderzoekers verbonden aan het Centrum voor Recht, Bestuur en Informatisering en het Centrum voor Wetgevingsvraagstukken van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Tilburg, die in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft plaatsgevonden.<sup>205</sup> In dit onderzoek is naar voren gekomen dat meer de nadruk zou moeten komen te liggen op de actieve openbaarheid. Er zou een kanteling van het toegangsbegrip naar actieve openbaarheid moeten plaatsvinden. De investering die het kost om te komen tot meer actieve openbaarheid, zou volgens deze evaluatie in elk geval deels terug kunnen worden verdiend doordat minder vaak hoeft te worden gereageerd op informatieverzoeken. Volgens de evaluatie zal het verleggen van de nadruk van passieve naar actieve openbaarheid

---

203 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 29-30.

204 *Kamerstukken II* 1996/97, 20 644, nr. 30, p. 8.

205 Over wetten en praktische bezwaren 2004.



verschillende positieve effecten hebben. Burgers zullen minder vaak de behoefte hebben om een zoektocht te ondernemen naar informatie. Niet alleen zal de druk verminderd worden die Wob-verzoeken op de overheidsorganisatie leggen, maar actieve openbaarheid zal ook bijdragen aan een beter imago van de overheid en vermindert daarnaast de noodzaak om vragen om informatie via de juridische, voor beide partijen tijdrovende, weg van de Wob te beantwoorden.<sup>206</sup> Een recht op voorlichting kan de burger echter niet aan art. 8 Wob ontnemen.<sup>207</sup>

Ook anderszins wordt betoogd om meer informatie actief openbaar te maken. Dit heeft te maken met de informatiebehoefte van de burger. Deze wordt groter door veranderingen in de democratische rechtsstaat. Waar voorheen het bestuursrecht zich richtte op 'command and control'-wetgeving, gebaseerd op het model van aanbodssturing, aanbod door de overheid, wordt nu meer en meer keuzevrijheid bij de burger neergelegd.<sup>208</sup> Deze keuzevrijheid is onder andere het gevolg van marktwerking, bijvoorbeeld in de zorg. En juist deze keuzevrijheid vergt actieve openbaarheid. Het uitgangspunt volgens Van Ommeren zou moeten zijn dat de burger die zelf zijn keuzes moet maken, niet om de informatie moet hoeven verzoeken. De overheid of de aanbieder moet in beginsel de relevante informatie zoveel mogelijk uit eigen beweging verstrekken. Het bewust neerleggen van keuzevrijheid bij de burger vergt een nieuw en systematisch wetgevingsbeleid ten aanzien van de verplichting tot actieve openbaarmaking. Volgens Van Ommeren is het systeem van passieve openbaarmaking zoals dat nu in de Wob voorop staat, niet geschikt om een stelselmatig openbaarmakingsbeleid mee te voeren. Het is namelijk toevallig of wel of niet een verzoek om openbaarmaking gedaan wordt door een burger. Daarbij zijn deze verzoeken volgens Van Ommeren omslachtig voor de burger, en belastend voor het rechterlijk apparaat. Om al deze redenen moet volgens hem informatieverstrekking uit eigen beweging uitgangspunt van overheidsbeleid te zijn.<sup>209</sup>

In het *gemeenschapsrecht* oordeelt het Gerecht van Eerste Aanleg in het arrest *Bank Austria*, dat een interpretatie van het legaliteitsbeginsel, die als gevolg heeft dat handelingen van instellingen pas openbaar mogen worden gemaakt wanneer uitdrukkelijk in deze bekendmaking zou zijn voorzien, in strijd is met art. 1 EU en met art. 255 EG.<sup>210</sup> In dit arrest wordt verwezen naar een beginsel

---

206 Over wetten en praktische bezwaren 2004, p. vii.

207 Pres. Rb. Haarlem 9 november 1990, *LJN* AH3346, *KG* 1990, 400 (Bussluis Heemstede), HR 8 maart 2002, *LJN* AD9331, *NJ* 2002, 200, *JB* 2002, 111 m.nt. Van der Linden, *NJB* 2002, p. 676 (Hulter Staat).

208 Van Ommeren 2008, p. 216.

209 Van Ommeren 2008, p. 234.

210 GvEA 30 mei 2006, nr. T-198/03 (*Bank Austria*).

van gemeenschapsrecht, dat zou inhouden dat besluiten binnen de Europese Unie in zo groot mogelijke openbaarheid genomen worden. Dit beginsel houdt volgens het Gerecht in dat de bevoegdheid van instellingen om de door hen vastgestelde handelingen bekend te maken de regel is, waarop uitzonderingen bestaan met name in bepalingen die de geheimhoudingsplicht waarborgen.

Blijkens dit arrest geldt in het gemeenschapsrecht het uitgangspunt: openbaar, tenzij. De casus betrof het zonder expliciete wettelijke grondslag openbaar maken van een boetebesluit, waarin volgens de klager vertrouwelijke, financiële bedrijfsgeheimen (zakengeheimen van ondernemingen) staan. In r.o. 67 e.v. oordeelde het Gerecht:

‘Het onderhavige middel is gebaseerd op de onjuiste premisse dat elke bekendmaking van een krachtens verordening nr. 17 gegeven beschikking die niet verplicht is op grond van artikel 21 van deze verordening, onrechtmatig is. In dit verband zij erop gewezen dat het beginsel van legaliteit waarop verzoekster zich voor haar stelling beroept, in het gemeenschapsrecht is erkend in die zin dat dit beginsel eist dat – al dan niet strafrechtelijke – sancties slechts kunnen worden opgelegd indien daarvoor een duidelijke en eenduidige rechtsgrondslag bestaat (...). Uit het legaliteitsbeginsel kan evenwel niet worden afgeleid dat de handelingen van de instellingen niet mogen worden bekendgemaakt wanneer de Verdragen of andere handelingen met algemene strekking niet uitdrukkelijk in deze bekendmaking voorzien. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht zou een dergelijk verbod onverenigbaar zijn met artikel 1 EU, volgens hetwelk binnen de Europese Unie „de besluiten in zo groot mogelijke openheid [...] worden genomen”. Dit beginsel komt tot uitdrukking in artikel 255 EG, dat de burgers onder bepaalde voorwaarden een recht op toegang tot documenten van de instellingen waarborgt. Het is daarnaast met name neergelegd in artikel 254 EG, dat de inwerkingtreding van een aantal handelingen van de instellingen afhankelijk stelt van de bekendmaking ervan, en in tal van bepalingen van het gemeenschapsrecht die – net als artikel 21, lid 1, van verordening nr. 17 – de instellingen verplichten, aan het publiek rekenschap te geven van hun activiteiten. Volgens dit beginsel, en bij gebreke van bepalingen die de bekendmaking uitdrukkelijk gelasten of verbieden, is de bevoegdheid van de instellingen om de door hen vastgestelde handelingen bekend te maken, de regel, waarop uitzonderingen bestaan voor de gevallen waarin het gemeenschapsrecht met name bij wege van bepalingen die de geheimhoudingsplicht waarborgen, zich verzet tegen de openbaarmaking van deze handelingen of van sommige inlichtingen die daarin voorkomen.’

Verder oordeelt het Gerecht in r.o. 78:

‘Bovendien verdient het belang van een onderneming waaraan de Commissie een boete heeft opgelegd wegens schending van het gemeenschapsrecht, dat de details van het aan deze onderneming verweten inbreukmakend gedrag niet aan het publiek worden bekendgemaakt, geen bijzondere bescherming, gelet op het belang van het publiek om zo ruim mogelijk kennis te kunnen nemen van de gronden van elk optreden van de Commissie, op het belang van de marktdeelnemers om te weten welke gedragingen hen aan sancties kunnen blootstellen, en op het belang van de door de inbreuk gelaedeerde personen om kennis te nemen van de details van de inbreuk teneinde in voorkomend geval hun rechten jegens de bestrafte ondernemingen

te kunnen doen gelden, en gelet op de mogelijkheid van deze onderneming om een dergelijke beschikking te onderwerpen aan rechterlijke toetsing.’

In dit geval had de Commissie zich voorgenomen om het boetebesluit in het Duits (verzoekster is een Oostenrijkse bank) op het internet te plaatsen. Hierover oordeelt het Gerecht in r.o. 101 en 102:

‘De voorafgaande verspreiding van de boetebeschikking in het Duits op internet kan verzoeksters rechtspositie evenwel niet wijzigen. Derhalve vormt het met het onderhavige middel in geding gebrachte aspect van de bestreden beslissing geen handeling waartegen in rechte kan worden opgekomen. Bijgevolg is het beroep, wat dit aspect betreft, niet-ontvankelijk. Bovendien is dit middel hoe dan ook ongegrond. Behoudens de verplichtingen inzake bekendmaking die haar met name bij verordening nr. 17 zijn opgelegd, beschikt de Commissie over een ruime beoordelingsmarge om geval per geval te beoordelen hoe haar handelingen dienen te worden bekendgemaakt. Zij is dienaangaande geenszins verplicht soortgelijke handelingen op dezelfde wijze te behandelen. Inzonderheid staat het gelijkheidsbeginsel niet eraan in de weg dat de Commissie teksten waarvan de bekendmaking in het Publicatieblad wordt overwogen, maar waarvan zij nog niet over alle officiële taalversies beschikt, reeds op haar internetsite plaatst in de beschikbare talen of in de taal (of talen) die het belanghebbende publiek het best kent. In dit verband vormt de omstandigheid dat zij nog maar over een aantal taalversies beschikt, een voldoende verschil om deze uiteenlopende behandeling te rechtvaardigen.’

Uit dit arrest kan worden afgeleid dat in het gemeenschapsrecht geldt dat openbaarheid regel is en dat per geval moet worden beoordeeld of een wettelijke uitzonderingsgrond op deze regel aan de orde is.

Het Nederlandse rechtssysteem erkent een dergelijk beginsel niet. Wel staat in de Grondwet in art. 110 dat de overheid bij de uitvoering van haar taak ‘openbaarheid betracht’, maar openbaarheid vindt volgens deze bepaling plaats volgens regels bij de wet te stellen. Van een algemeen geldend beginsel is dan ook geen sprake. Dit wordt bevestigd in een uitspraak van de Afdeling, waarin de Afdeling in r.o. 2.4.1 stelt dat ‘Een andere uitleg zou ertoe leiden dat een bestuursorgaan zich erbij moet neerleggen, dat derden buiten zijn toestemming om in het bezit zijn gekomen van bij hem berustende informatie zonder dat getoetst is of op grond van de Wob een recht op openbaarmaking bestaat (...).’<sup>211</sup> Het Gerecht vat de toegang tot overheidsinformatie op als een sterkere, meer richtinggevende norm dan de Afdeling doet op grond van de Wob en art. 110 Grondwet.

---

211 ABRvS 27 mei 2009, *LJN BI4972*, *AB* 2009, 232 m.nt. P.J. Stolk (Documenten inval Irak).

Over de wijze waarop informatie actief openbaar gemaakt wordt, i.c. in het Duits en op internet, oordeelt het Gerecht in de Bank Austria zaak dat dit de rechtspositie van verzoekster niet wijzigt. Het officiële besluit zou namelijk later formeel bekend gemaakt worden en door de voorafgaande verspreiding ervan veranderde er niets voor verzoekster. Verder hoort de keuze van de Commissie om per geval te beoordelen hoe haar handelingen bekend gemaakt moeten worden volgens het Gerecht tot de ruime beoordelingsmarge die de Commissie op dit punt heeft.

Als door het bestuursorgaan een beleidsregel is vastgesteld waarin staat dat besluiten ook op een website gepubliceerd worden, dan zijn beslissingen om een besluit actief openbaar te maken, besluiten in de zin van de Awb. De Afdeling overweegt.<sup>212</sup>

‘Ter zitting is gebleken, en door [verzoeker] is niet weersproken, dat het publicatiebeleid van appellant, neergelegd in de Procedureregeling Geschillen OPTA, is gebaseerd op de verplichting tot actieve openbaarmaking, zoals neergelegd in artikel 8 van de Wob. De uitzonderingsgronden van artikel 10 van de Wob zijn hierop van toepassing. Onder deze omstandigheden dient de beslissing van appellant om geen uitzonderingsgrond in de zin van artikel 10 van de Wob aan te nemen, te worden aangemerkt als een besluit op grond van de Wob genomen, en is die beslissing derhalve een besluit in de zin van de Awb. De voorzieningenrechter is, zij het op andere gronden, tot hetzelfde oordeel gekomen.’

Later stelt de Afdeling bestuursrechtspraak vast dat een beslissing van een bestuursorgaan om informatie actief openbaar te maken, een besluit is als bedoeld in de Awb, ook zonder dat er een beleidsregel aan ten grondslag ligt.<sup>213</sup> In deze casus, het Nijkerkse afdelingshoofd, oordeelt de Afdeling dat als een bestuursorgaan de beslissing neemt om op eigen initiatief informatie openbaar te maken, en hierbij belangen als bedoeld in art. 10 Wob betrokken zijn, deze beslissing een besluit is als bedoeld in art. 1:3 Awb.

Het bestuursorgaan moet dan namelijk de afweging maken die art. 10 Wob voorschrijft. Art. 8 Wob biedt de grondslag voor een dergelijk besluit. Een belanghebbende kan tegen dit besluit bezwaar en beroep instellen.

In deze uitspraak wijdt de Afdeling geen overwegingen aan het feit dat het rapport via het internet openbaar gemaakt zou worden. Volgens annotator Overkleef-Verburg was juist dit aspect een belangrijke (hoger)beroepsgrond voor betrokkene. De Afdeling vond de wijze waarop het rapport openbaar gemaakt zou worden, kennelijk geen belang om mee te nemen in de afweging.

---

212 ABRvS 16 juli 2003, *LJN AH9903* (Actieve bekendmaking in beleidsregel).

213 ABRvS 31 mei 2006, *LJN AX6362*, *AB* 2006, 329 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2006, 218 m.nt. M.O.-V. (Nijkerkse afdelingshoofd).

Enigszins vergelijkbaar met het Bank Austria arrest is een uitspraak van de rechtbank Amsterdam.<sup>214</sup> Het bestuursorgaan in deze zaak, het Commissariaat voor de Media, wilde de zakelijke weergave van een genomen besluit op zijn website publiceren. Deze publicatie was geen bekendmaking. Belanghebbende probeerde de publicatie tegen te gaan, omdat de publicatie bedrijfsvertrouwelijke gegevens zou bevatten. De rechtbank overwoog:

‘De keuze om besluiten – of een korte samenvatting daarvan – op de website te plaatsen, vloeit voort uit de wens om eventuele niet nader bekende belanghebbenden daarover te informeren, niet om te komen tot openbaarmaking in de zin van de Wob. (...) Anders dan in de door eiseressen ter zitting aangehaalde uitspraak van de ABRvS van 16 juli 2003 (LJN: AH9903) is geen sprake van een publicatiebeleid bij het betrokken bestuursorgaan (naar door verweerder is verklaard is slechts sprake van een bestendige praktijk), laat staan van een publicatiebeleid dat is gestoeld op de Wob.’

In dit geval kwalificeerde de rechtbank de brief, waarin het Commissariaat voor de Media aankondigde dat een zakelijke weergave van een besluit op de website zou worden geplaatst, dus niet als een besluit in de zin van de Awb waartegen bezwaar en beroep kunnen worden ingesteld.

In vergelijking met de uitspraak van de Afdeling over het Nijkerkse afdelingshoofd is dit een onbegrijpelijke uitspraak. Ook hier moet het bestuursorgaan immers, net als B&W van Nijkerk, bij het nemen van een beslissing over het al dan niet openbaar maken, de afweging maken die art. 10 Wob voorschrijft.

Inmiddels ligt het nog niet geratificeerde *verdrag van Tromsø* op ondertekening door Nederland te wachten. Dit verdrag is van toepassing op wat in het verdrag ‘public authorities’ genoemd worden. Dit zijn de bestuursorganen, en de wetgever en de rechterlijke macht voor zover zij bestuurlijke taken uitvoeren. De reikwijdte is dus ruimer dan de Wob. Lidstaten kunnen op grond van art. 1, tweede lid, onder a ii het begrip public authority uitbreiden tot de andere taken van de wetgevende en de rechterlijke macht en tot natuurlijke of rechtspersonen die publieke functies vervullen of die met publiek geld opereren. Dan gaat de reikwijdte nog verder dan de Wob. In art. 4 van het verdrag staat dat een verzoek om toegang tot een document moet worden behandeld door elk orgaan waaronder het document berust. In art. 3, eerste lid, van het verdrag staat dat de weigeringsgronden precies in de wet moeten zijn vastgelegd, noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving en proportioneel in verhouding met het te dienen belang. In het arrest *Társaság a Szabadságjogokért* stelt het Hof in r.o. 27 vast dat er geen sprake mag zijn van ‘arbitrary restrictions which

---

214 Rb. Amsterdam 24 maart 2010, LJN BL8956 (Omroepblad TV Film).

may become a form of indirect censorship'. Van 'set down precisely in law' kan niet worden gesproken wanneer er sprake is van beleidsvrijheid, zoals bij de relatieve weigeringsgronden het geval is. Deze zouden dan ook anders geformuleerd moeten worden, zodat het inroepen van deze weigeringsgronden onderhevig wordt aan een integrale toetsing door de rechter. De gedachte achter de relatieve weigeringsgronden is dat deze de burger meer beschermen, omdat het bestuur hier een afweging kan maken: indien aan de weigeringsgrond voldaan is, kan het bestuursorgaan een afweging maken, en de informatie toch nog verstrekken. In combinatie met de marginale toetsing van de bestuursrechter van discretionaire bevoegdheden verworden deze weigeringsgronden echter tot een zeer ruime bevoegdheid van het bestuur om zelf te kunnen bepalen welke informatie wel en welke informatie niet meer verstrekt wordt. Ten slotte bepaalt art. 7 dat voor inzage van documenten geen geld mag worden gevraagd. Verstrekkt het overheidsorgaan een kopie, dan mag het in rekening gebrachte bedrag niet meer bedragen dan de feitelijke kosten van het maken en het verzenden van de kopie. Hiermee is de (omstreden) handelswijze van bepaalde gemeentebesturen, die leges heffen voor het in behandeling nemen van een Wob-verzoek, in strijd.<sup>215</sup>

De *bestuurlijke informatie* betreft een grote verscheidenheid aan informatie en is niet eenvoudig te categoriseren. Hier is al minder dan in de vorige paragraaf sprake van overheidsinformatie waarvan de verstrekking geregeld wordt in wettelijke plichten. Dit kan afhankelijk zijn van het beleid van het bestuursorgaan. En dit kan vervolgens ook uitmaken of de beslissing van een bestuursorgaan om bepaalde informatie (meestal elektronisch) te verstrekken een appellabel besluit in de zin van de Awb is.

Het verstrekken van de informatie die hierboven besproken is, is essentieel. Het bekendmaken van besluiten is nodig ter invulling van de rechtszekerheid. Overheidsinformatie is van belang voor de burger ter bepaling van zijn of haar rechtspositie. 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.

Het GvEA oordeelde in het Bank Austria arrest dat uit het legaliteitsbeginsel niet kan worden afgeleid dat informatie alleen openbaar

---

215 De Rb. Den Haag heeft in haar uitspraak van 28 april 2010, *LJN* BM4074, *AB* 2010, 258 m.nt. Peters (Leges bij Wob-verzoek) bepaald dat het heffen van leges alleen mogelijk is bij het verrichten van diensten die in overheersende mate te maken hebben met dienstverlening ten behoeve van een individualiseerbaar belang. Hiervan is bij het in behandeling nemen van een Wob-verzoek geen sprake. Dit dient het algemene belang van openbaarheid van informatie.

gemaakt mag worden wanneer specifiek in openbaarmaking is voorzien. Ook de Afdeling oordeelt in de uitspraak over het Nijkerkse afdelingshoofd dat art. 8 Wob een algemene grondslag biedt voor het actief openbaar maken van besluiten. Wel formuleert de Europese rechter het recht op toegang tot overheidsinformatie als een hardere norm dan de Nederlandse bestuursrechter dat doet.

De invulling van art. 8 Wob levert onduidelijkheden op. Steeds is in het voorgaande vastgesteld dat het ter waarborging van 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.

#### **4.2.1.3 Informatie inzake de rechterlijke macht**

Rechterlijke uitspraken worden bekendgemaakt op grond van art. 121 Grondwet, dat bepaalt dat met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald, de terechtzittingen in het openbaar plaatsvinden en dat de vonnissen de gronden inhouden waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar. Over de toezending van uitspraken is in art. 121 Grondwet niets bepaald.<sup>216</sup>

Voor wat betreft bestuurlijke informatie die bij gerechten berust, is door de rechterlijke macht een Interimleidraad openbaarheid rechtspraak vastgesteld. De tekst van deze leidraad ligt dicht tegen die van de Wob aan. In de toelichting bij dit besluit staat dat de rechterlijke macht streeft naar een grote mate van openheid. Daarom is, in samenspraak met het ministerie van Justitie, ervoor gekozen om in afwachting van wetgevende maatregelen alvast het regime van de Wob toe te passen op die activiteiten van rechterlijke organen die in essentie niet verschillen van de activiteiten van bestuursorganen. Dit is in overeenstemming met art. 2, tweede lid, onder a i, sub 2, van het Verdrag van Tromsø. Daar is bepaald dat onder het begrip ‘public authority’, ook de rechterlijke macht moeten worden begrepen voor zover deze administratieve functies uitoefent. In de toelichting wordt ook gewezen naar de (dan nog komende) implementatie van de bepalingen uit de richtlijn voor hergebruik, die voor alle overheidsorganen, en dus ook voor de rechterlijke macht zal komen te gelden.<sup>217</sup>

---

216 Dat de betrokkene niet altijd als eerste in kennis wordt gesteld van een rechterlijke uitspraak blijkt uit Damen 2010a, p. 38.

217 Interimleidraad openbaarheid rechtspraak, Staatscourant 20 september 2006, nr. 183, p. 28.

Informatie die betrekking heeft op *de rechterlijke macht*, 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 rechtszekerheidsbeginsel. Daarbij vormt openbaarheid van rechterlijke uitspraken en zittingen een waarborg voor het gelijkheidsbeginsel. Treedt het Verdrag van Tromsø in Nederland in werking, dan is de beperking van het toepassingsbereik van de Wob tot bestuursorganen daarmee in strijd.

#### 4.2.2 Beleid rijksoverheid

Een aantal jaren geleden heeft de rijksoverheid een beleid ontwikkeld voor het elektronisch toegankelijk maken van overheidsinformatie. Het toenmalige kabinet erkende het belang van toegang tot overheidsinformatie en bepaalde in verschillende beleidsnota's dat er meer gebruik gemaakt moet worden van de mogelijkheden die informatietechnologie biedt, om zo een grotere openbaarheid te bereiken. In de nota van de toenmalige staatssecretaris van Binnenlandse Zaken Kohnstamm 'Naar toegankelijkheid van overheidsinformatie' van juni 1997 werd onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van overheidsinformatie waarvoor verschillende openbaarheidregimes kunnen gelden.<sup>218</sup> Het ging om:

- a. de basisinformatie van de democratische rechtsstaat;
- b. bestuurlijke informatie onder de Wob;
- c. elektronische gegevensbestanden van het bestuur.

In de beleidslijn van de toenmalige minister van Grote Steden- en Integratiebeleid Van Boxtel 'Naar optimale beschikbaarheid van overheidsinformatie' die is opgesteld in het kader van het Actieprogramma Elektronische Overheid, wordt deze driedeling nader toegelicht en uitgewerkt op basis van het bestaande juridische kader.<sup>219</sup> In deze beleidslijn wordt als beleidsdoel gesteld dat overheidsinformatie zo breed mogelijk voor de burger toegankelijk en beschikbaar wordt gemaakt. Dit ten eerste omdat burgers overheidsinformatie nodig hebben om te kunnen participeren in het democratische proces. Ten tweede zal de nationale welvaart ermee gediend zijn als besloten wordt om overheidsinformatie ruimhartig beschikbaar te stellen. Daarbij staat centraal de vraag in hoeverre het toenemende gebruik van ICT noopt tot actualisering van het beleid inzake de toegankelijkheid en de daarvoor bestaande wetgeving. In deze beleidslijn werd gesteld dat via de diverse websites van de overheid de toegankelijkheid van overheidsinformatie

---

218 *Kamerstukken II* 1996/97, 20 644, nr. 30.

219 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 387, nr. 7.



belangrijk is toegenomen, hetgeen de transparantie van de overheid vergroot. In deze nota staat de vraag centraal, in hoeverre het toenemende gebruik van ICT noopt tot actualisering van het beleid inzake de toegankelijkheid, en van de daarvoor bestaande wetgeving.

Volgens deze nadere uitwerking wordt onder *basisinformatie van de democratische rechtsstaat* het volgende verstaan. Dit is de informatie die de spelregels bevat voor zowel het maatschappelijk functioneren van de Nederlandse samenleving als voor het democratische besluitvormingsproces. Zonder goede toegankelijkheid van de spelregels wordt participatie bemoeilijkt. Hieronder vallen:

1. Nederlandse wetten, algemene maatregelen van bestuur en besluiten in de zin van art. 1:3 Awb, alsmede door Nederland gesloten verdragen;
2. besluiten van internationale organisaties voor zover deze in Nederland rechtsgevolg hebben;
3. rechterlijke uitspraken van Nederlandse gerechten;
4. uitspraken van internationale gerechten, voor zover die in Nederland rechtskracht hebben;
5. agenda's, verslagen en andere openbare stukken van vertegenwoordigende lichamen;
6. officiële vertalingen van de onder 1 tot en met 5 genoemde documenten.

Het doel was dat deze informatie zelfstandig, laagdrempelig en in onderlinge samenhang raadpleegbaar werd. De informatie moet voor de burger gratis raadpleegbaar zijn en tegen de kostprijs van het medium beschikbaar worden gesteld.

De tweede categorie betreft *informatie die op grond van de Wet openbaarheid van bestuur openbaar is*. Het gaat hier om bestuursinformatie, informatie die bij een bestuursorgaan berust en die betrekking heeft op beleid in voorbereiding, de besluitvorming en de uitvoering. Ook databanken kunnen onder de Wob vallen, indien er een relatie is met bestuurlijk handelen van het desbetreffende overheidsorgaan. Door deze informatie openbaar te maken en op een toegankelijke wijze beschikbaar te stellen wordt de transparantie van het bestuur vergroot, krijgen burgers meer mogelijkheden het bestuur te controleren en te participeren in het democratisch debat.

Ten slotte werd de *overige informatie* onderscheiden. Dit is informatie die niet onder de voorgaande twee categorieën kan vallen:

- a. informatie van bestuursorganen waarvan de openbaarheid en het gebruik in specifieke wetgeving anders is geregeld;

b. informatie van overheidsorganen waarbij geen relatie met bestuurlijk handelen aanwezig is. Onder meer informatie van onderzoeksinstellingen (onderzoeksrapporten en -bestanden) en culturele instellingen (catalogi); en de software waarmee openbare informatie kan worden gelezen en bewerkt.

Deze informatie is zeer divers. Opbouw en beheer van bestanden die onder deze categorie vallen, hebben vaak forse publieke middelen gekost. De doelstelling was daarom deze categorie bestanden breder toegankelijk en bruikbaar te maken.

De informatie die hierboven opgesomd staat onder basisinformatie van de democratische rechtsstaat, is inmiddels op veel overheidswebsites te vinden. Toch is de opsomming niet helemaal correct. Zoals hierboven al aangegeven is de categorie besluiten in de zin van art. 1:3 Awb te divers om daarvan aan te nemen dat deze categorie als zodanig actief openbaar gemaakt kan worden. Bepaalde categorieën beschikkingen, zoals beschikkingen inzake belastingen of het verstrekken van bijstand, zijn in het algemeen niet openbaar voor derden.

De informatie die op grond van de Wob openbaar is, valt in de bovenstaande opsomming niet onder de basisinformatie van de democratische rechtsstaat. Gelet op het belang van deze informatie behoort deze informatie daar wel onder te vallen.

### **4.3 Bescherming persoonlijke levenssfeer**

In het inleidende hoofdstuk is beschreven dat vertrouwelijkheid gewaarborgd moet zijn bij elektronische informatie. In deze paragraaf wordt onderzocht op welke wijze dat gewaarborgd moet worden bij de elektronische communicatie door de overheid.

#### **4.3.1 Wettelijk kader**

In overheidsinformatie staan *persoonsgegevens*. Verstrekkt de overheid actief, op elektronische wijze informatie, dan is de kans groot dat daarbij ook persoonsgegevens worden verstrekt. Moeten deze gegevens ook actief, elektronisch verstrekt worden of weegt het belang van de privacy, van de bescherming van persoonsgegevens, zwaarder? Bescherming van persoonsgegevens wordt geregeld in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) of in bijzondere wetten als de Wet gemeentelijke basisadministratie. In deze paragraaf zal worden onderzocht hoe de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geregeld is, wanneer overheidsinformatie met daarin persoonsgegevens actief bekend gemaakt wordt.

Om dit uit te zoeken zal allereerst naar de toelichting bij de Wbp gekeken worden. Zoals zal blijken, laat deze summiere toelichting nogal wat vragen open. Daarom zal het standpunt van het Cbp weergegeven worden, en zal jurisprudentie besproken worden. Daaruit zal een algemene conclusie getrokken kunnen worden als antwoord op de vraag hoe de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geregeld is bij het actief openbaar maken van overheidsinformatie.

Allereerst is van belang wat het wettelijk kader is bij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De persoonlijke levenssfeer wordt in eerste instantie beschermd door art. 8 EVRM. In het eerste lid van deze bepaling staat:

Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé-leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.

In het algemeen wordt aangenomen dat de reikwijdte van deze bepaling zo ruim is, dat daarvan geen korte definitie te geven valt. In elk geval kan het gebruiken van persoonsgegevens hier ook onder vallen. Het recht is niet absoluut. Dat blijkt uit het tweede lid van art. 8, waaruit blijkt dat het recht beperkt kan worden indien daarin bij wet is voorzien, het in een democratische samenleving noodzakelijk is en indien de beperking een legitiem (in art. 8, tweede lid, limitatief opgesomd) doel dient.

In de Nederlandse Grondwet is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geregeld in art. 10 Grondwet, dat bepaalt:

Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

Hier geldt, evenals bij art. 8 EVRM, dat een beperking mogelijk is indien dit bij of krachtens de wet is geregeld. Dat de bescherming van persoonsgegevens onder de reikwijdte van deze bepaling valt, blijkt uit het tweede lid:

De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.

Deze wet is de Wbp. Is de Wbp van toepassing wanneer persoonsgegevens elektronisch openbaar gemaakt worden? Dat is het geval. Art. 2 Wbp bepaalt dat deze wet van toepassing is op de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens. Onder verwerken van persoonsgegevens wordt blijkens art. 1, aanhef en onder a, verstaan:

elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in ieder geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwisselen of vernietigen van gegevens.

In het Lindqvist arrest is door het Europese Hof van Justitie bepaald dat het plaatsen van persoonsgegevens op een internetwebsite als verwerking moet worden aangemerkt.<sup>220</sup> Buiten twijfel is dan ook dat het plaatsen op een internetwebsite van persoonsgegevens onder de werking van de Wbp valt. Dan is van belang om te weten wat onder ‘persoonsgegeven’ moet worden verstaan. Volgens art. 1, aanhef en onder a, van de Wbp is een persoonsgegeven

elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.

In art. 2, aanhef en onder a, van de Richtlijn<sup>221</sup> is daar nog aan toegevoegd:

als identificeerbaar wordt beschouwd een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van een of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit.

In overweging 26 bij de richtlijn staat, dat om te bepalen of een persoon identificeerbaar is, moet worden gekeken naar alle middelen waarvan mag worden aangenomen dat zij redelijkerwijs door degene die voor de verwerking verantwoordelijk is dan wel door enig ander persoon in te zetten zijn om genoemde persoon te identificeren. De art. 29 Werkgroep heeft over het begrip persoonsgegeven een advies uitgebracht.<sup>222</sup> Het advies van de Werkgroep moet leiden tot een gemeenschappelijke visie van de Europese toezichthouders op het begrip persoonsgegeven, en de situaties waarin en de wijze waarop de nationale wetgeving wordt toegepast. Door het uitwerken van een gemeenschappelijke definitie van het begrip persoonsgegeven kan worden bepaald wat wel en niet onder de regelgeving van gegevensbescherming valt.<sup>223</sup> Allereerst stelt de Werkgroep vast dat het uiteindelijke doel van de richtlijn en daarop gebaseerde nationale wetgeving het waarborgen van de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen is, en dan met name het recht op

---

220 HvJEG 6 november 2003, nr. C-101/01 (Lindqvist).

221 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, PbEG L 281, p. 0031-0050.

222 Groep gegevensbescherming artikel 29, Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegeven, goedgekeurd op 20 juni 2007, 01248/07/NL WP 136.

223 Art. 29 werkgroep 2007, p. 3.

een persoonlijke levenssfeer. Dit uitgangspunt speelt een belangrijke rol bij de interpretatie van de bepalingen van de richtlijn: er zullen situaties zijn waarbij geen risico bestaat voor de rechten van personen. Het uitgangspunt kan er ook voor hoeden dat regels zo worden geïnterpreteerd dat personen de bescherming van hun rechten wordt ontnomen. De reikwijdte van de regels voor gegevensbescherming moet dus niet te ver worden opgerekt, aan de andere kant moet ook worden voorkomen dat de interpretatie van het begrip persoonsgegevens onterecht wordt ingeperkt.<sup>224</sup> Er moet een passend evenwicht gevonden worden.<sup>225</sup>

Vervolgens komt de vraag aan de orde, waarom de overheid persoonsgegevens wil verwerken. Deze vraag is van belang, omdat volgens art. 7 Wbp persoonsgegevens alleen voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doelen mogen worden verzameld. Deze gerechtvaardigde doelen staan limitatief opgesomd in art. 8 Wbp:

Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

- a. de betrokkene voor de verwerking zijn ondubbelzinnige toestemming heeft verleend;
- b. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de uitvoering van een overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of voor het nemen van precontractuele maatregelen naar aanleiding van een verzoek van de betrokkene en die noodzakelijk zijn voor het sluiten van een overeenkomst;
- c. de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is;
- d. de gegevensverwerking noodzakelijk is ter vrijwaring van een vitaal belang van de betrokkene;
- e. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt, of
- f. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de behartiging van het gerechtvaardigde belang van de verantwoordelijke of van een derde aan wie de gegevens worden verstrekt, tenzij het belang of de fundamentele rechten en vrijheden van de betrokkene, in het bijzonder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, prevaleert.

Gaat de overheid persoonsgegevens verwerken, dan zullen de gronden c en e van toepassing zijn: er is een wettelijke plicht die dwingt tot gegevensverwerking, of gegevensverwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een publiekrechtelijke taak. De a grond, de ondubbelzinnige toestemming van betrokkene, is voor verwerkingen door de overheid niet relevant: als gegevensverwerking immers niet nodig is om aan een wettelijke plicht te voldoen, dan wel ter vervulling van een publiekrechtelijke taak, dan verzetten de

---

224 Art. 29 werkgroep 2007, p. 4-5.

225 Art. 29 werkgroep 2007, p. 26.

algemene beginselen van behoorlijk bestuur als het specialiteitsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel zich tegen gegevensverwerking

#### **4.3.1.1 Verhouding Wbp en Wet openbaarheid van bestuur**

Uit het bovenstaande blijkt dat wanneer persoonsgegevens op een internetwebsite geplaatst worden, de Wbp van toepassing is. Is dit ook het geval wanneer de overheid informatie met daarin persoonsgegevens actief elektronisch openbaar maakt?

In de memorie van toelichting bij de Wbp wordt over de verhouding tussen de Wbp en de Wob het volgende opgemerkt:

‘In beginsel geldt dat de WBP alleen niet van toepassing is in de gevallen dat daarin uitdrukkelijk in de WBP is voorzien (bijvoorbeeld artikel 2 WBP). In een aantal gevallen bevat de bijzondere wet echter een uitputtende regeling ten aanzien van bijvoorbeeld de openbaarmaking van gegevens. In die gevallen zal de bijzondere wet kunnen worden aangemerkt als een specialis ten opzichte van de generalis WBP en prevaleert om die reden de regeling in de bijzondere wet. De in de WOB geregelde informatieverplichtingen van de bestuursorganen zijn een voorbeeld van een dergelijke uitputtende regeling. Deze regeling geeft als het ware uitvoering aan het meer algemene voorschrift van artikel 8, onderdeel c, van de WBP.’<sup>226</sup>

In de parlementaire geschiedenis van de Wbp wordt dan ook de Wob als uitputtende bijzondere wet gezien ten opzichte van de algemene wet de Wbp. Het openbaarheidsregime uit de Wob prevaleert boven de Wbp, want het gaat bij de uitvoering van de Wob om een wettelijke taak als bedoeld in art. 8, aanhef en onder c, Wbp. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer is in de Wob geregeld in de weigeringsgronden van art. 10, eerste lid, aanhef en onder d, en art. 10, tweede lid, aanhef en onder e.<sup>227</sup>

#### **4.3.1.2 Standpunt College bescherming persoonsgegevens**

In de Cbp richtsnoeren van 13 augustus 2009, ‘Actieve openbaarmaking en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer’ beoogt het Cbp bestuursorganen een handreiking te geven bij het publiceren van persoonsgegevens in het kader van hun actieve openbaarmakingsplicht. In deze richtsnoeren wijst het Cbp op de risico’s die burgers lopen wanneer persoonsgegevens klakkeloos op internet worden geplaatst. Een van deze risico’s is identiteitsfraude. Verder is het voor derden mogelijk, indien de internetpagina’s indexeerbaar zijn voor zoekmachines, om gegevens over personen te verzamelen. De gegevens kunnen

---

226 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 42-43.

227 Daalder gaat in zijn proefschrift van hetzelfde standpunt uit, Daalder 2005, p. 204-205.

dan opnieuw gepubliceerd of gebruikt worden, zodat persoonsgegevens van burgers op ongecontroleerde manier gaan circuleren. Hierop heeft dan niemand, ook de burger zelf niet, nog enige greep.<sup>228</sup> Wordt overheidsinformatie met daarin persoonsgegevens openbaar gemaakt, dan moet voor wat betreft de bescherming van de persoonlijke levenssfeer gekeken worden naar de rechtspraak over art. 8 EVRM. Uit deze rechtspraak volgt dat allereerst van belang is of er sprake is van een inmenging in het privéleven van de betrokkene, en vervolgens of die inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving.<sup>229</sup> Verder bespreekt het Cbp in dit richtsnoer de jurisprudentie van de Afdeling op dit punt. Tenslotte concludeert het Cbp dat voor het overige Wbp wel van toepassing is. De informatieplicht uit de Wbp is van toepassing, evenals de eisen die voor de kwaliteit en beveiliging van de publicatie gelden.

### 4.3.2 Jurisprudentie

In het arrest *Bavarian Lager I* maakt het Gerecht van Eerste Aanleg de afweging inzake het belang van openbaarheid en bescherming van persoonsgegevens.<sup>230</sup>

In deze zaak verzoekt *The Bavarian Lager Co. Ltd* om het proces-verbaal van een vergadering die plaats had gevonden in het kader van een niet-nakomingsprocedure, met in het proces-verbaal de namen van de deelnemers. De Commissie weigert de namen te verstrekken van die deelnemers die voor het verstrekken van hun naam, na gevraagd te zijn, niet expliciet toestemming hadden verleend. De Commissie is van oordeel dat zij de namen niet zonder toestemming van betrokkenen kan verstrekken en beroept zich daarbij op verordening nr. 45/2001. Uit deze verordening volgt volgens de Commissie, dat de persoon die verzoekt om toegang tot persoonsgegevens moet aantonen dat de openbaarmaking van deze gegevens noodzakelijk is. De Commissie moet ervan overtuigd zijn dat de rechtmatige belangen van de betrokken persoon daardoor niet worden geschaad. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (ETGB) voegt zich in deze zaak, en neemt daarin een standpunt in dat afwijkt van dat van de Commissie. Uit r.o. 66 en 67 blijkt dat

‘de ETGB wijst op de noodzaak om een optimaal evenwicht te vinden tussen de bescherming van persoonsgegevens, enerzijds, en het fundamentele recht van de Europese burger om toegang te hebben tot de documenten van de instellingen, anderzijds. (...) Een verzoek om toegang tot documenten is namelijk gebaseerd op democratische beginselen en het is niet nodig om de redenen te vermelden waarom de documenten worden opgevraagd. (...) De ETGB is voorts van mening dat uit de regels inzake gegevensbescherming geen algemeen recht kan worden afgeleid om anoniem deel te nemen aan publieke activiteiten. (...) Ook al

---

228 Cbp 2009, p. 2.

229 Cbp 2009, p. 8.

230 GvEA 8 november 2008, nr. T-194/04 (*Bavarian Lager I*).

wordt de in het proces-verbaal van een vergadering vermelde deelnemersnaam tot de persoonsgegevens gerekend, omdat de identiteit van deze persoon wordt onthuld en het begrip bescherming van persoonsgegevens op deze gegevens van toepassing is, ongeacht of zij tot de persoonlijke levenssfeer behoren of niet, de ETGB herinnert eraan dat de openbaarmaking van een naam in het kader van beroepsactiviteiten over het algemeen geen verband kan houden met de persoonlijke levenssfeer. (...) het recht om openbaarmaking te weigeren geen absoluut recht is, maar impliceert dat de persoonlijke levenssfeer in belangrijke of aanzienlijke mate wordt aangetast, hetgeen dient te worden beoordeeld aan de hand van de regels en beginselen op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens. (...) De betrokkene die zich tegen openbaarmaking verzet moet een plausibele reden aanvoeren waarom de openbaarmaking hem schade zou kunnen berokkenen.’

Het Gerecht oordeelt hier dat allereerst onderzocht moet worden wat de verhouding is tussen verordening 1049/2001 (de openbaarheidsverordening) en verordening 45/2001 (de privacyverordening). Het Gerecht stelt vast dat op de toegang tot documenten die persoonsgegevens bevatten, de openbaarheidsverordening van toepassing is, en dat volgens art. 6, lid 1, van deze verordening degene die om toegang verzoekt, de redenen voor zijn verzoek niet behoeft te vermelden:

‘Verzoeken om toegang tot een document geschieden in schriftelijke vorm – elektronische vorm daaronder begrepen –, in één der talen van artikel 314 van het EG-Verdrag, en zijn voldoende nauwkeurig geformuleerd opdat de instelling het document kan identificeren. De verzoeker is niet verplicht de redenen voor zijn verzoek te vermelden.’

Verzoeker hoeft dus ook geen specifiek belang aan te tonen om toegang te krijgen tot de gevraagde documenten. Indien dit zou worden vereist, dan zou dit in strijd zijn met de doelstelling van deze verordening, te weten een zo ruim mogelijke toegang van het publiek tot de documenten van de instelling.

Verder oordeelt het Gerecht in r.o. 109 dat een verwerking van persoonsgegevens op grond van de openbaarheidsverordening een wettelijke plicht vormt in de zin van art. 5, sub b, van de privacyverordening. Hierin staat bepaald dat verwerking van persoonsgegevens slechts mag geschieden indien dit noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke voor de verwerking is onderworpen. Art. 4, eerste lid, van de openbaarheidsverordening voorziet in een uitzondering op deze wettelijke plicht:

De instellingen weigeren de toegang tot een document wanneer de openbaarmaking ervan zou leiden tot ondermijning van de bescherming van:

(...)

b) de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu, in het bijzonder gelet op de Gemeenschapswetgeving inzake de bescherming van persoonsgegevens.



Op basis hiervan dient rekening te worden gehouden met de gevolgen van de openbaarmaking van gegevens aangaande de betrokkene. Het Gerecht herinnert eraan in r.o. 111 e.v., dat de grondrechten volgens vaste rechtspraak integrerend deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen, welke eerbiediging het Hof en het Gerecht verzekeren. Deze beginselen zijn neergelegd in art. 6, tweede lid, EU. Het Gerecht stelt vast dat conform art. 6, tweede lid, EU, elk krachtens verordening 1049/2001 (de openbaarheidsverordening) genomen besluit in overeenstemming moet zijn met art. 8 EVRM. Wel herinnert het Gerecht er in r.o. 117 aan dat de uitzonderingen op het beginsel van toegang tot documenten restrictief moeten worden uitgelegd, en dat de uitzondering uit art. 4, eerste lid, van de openbaarheidsverordening alleen betrekking heeft op die persoonsgegevens die de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de integriteit van het individu concreet en daadwerkelijk kunnen ondermijnen.

Het begrip persoonlijke levenssfeer is een ruim begrip volgens de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens. Het recht op bescherming van persoonsgegevens kan een van de aspecten vormen van het recht op eerbiediging van het privéleven. Maar niet alle persoonsgegevens vallen noodzakelijkerwijs onder het begrip persoonlijke levenssfeer. Dus zullen ook niet alle persoonsgegevens wegens hun aard de persoonlijke levenssfeer van betrokkene kunnen ondermijnen. Het Gerecht leidt dit af uit punt 33 van de considerans bij richtlijn 95/46. Daarin wordt gesproken van gegevens die vanwege hun aard op de fundamentele vrijheden of op de persoonlijke levenssfeer inbreuk kunnen maken, en die zonder uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene niet het voorwerp van verwerking mogen zijn. Het Gerecht leidt hieruit af dat niet alle persoonsgegevens van dezelfde aard zijn. In dit geval ging het om namen van personen die als vertegenwoordigers van een entiteit aan een vergadering deelnamen, en niet op persoonlijke titel. De gevolgen van de tijdens de vergadering genomen besluiten betroffen de vertegenwoordigde entiteiten en niet hun vertegenwoordigers op persoonlijke titel. Het Gerecht stelt dan ook vast in r.o. 125 dat het feit dat het proces-verbaal de namen bevat van deze vertegenwoordigers, niet de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen raakt. Zij hebben als vertegenwoordigers van hun entiteiten aan de vergadering deelgenomen, en het proces-verbaal bevat geen individuele meningen die aan deze personen kunnen worden toegerekend maar standpunten die zijn toe te schrijven aan de entiteiten die deze personen vertegenwoordigen.

Het Gerecht onderscheidt deze situatie van die uit het arrest *Österreichischer Rundfunk*.<sup>231</sup> Daar ging het om het mededelen aan een derde overheidsorgaan van inkomensgegevens die door een ander overheidsorgaan aan

---

231 HvJEG 20 mei 2003, nr. C-465/00, C-138/01, C-139/01 (*Österreichischer Rundfunk*).

het personeel waren betaald. De doorgifte van deze gegevens aan een derde doet wel afbreuk aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

Het Gerecht concludeert dan ook dat hoewel het begrip privéleven bepaalde aspecten van de beroepsactiviteit van het individu omvat, dit niet betekent dat elke beroepsactiviteit noodzakelijkerwijs en volledig valt onder de bescherming van het recht op eerbiediging hiervan. In de omstandigheden van dit geval vormt de openbaarmaking van een proces-verbaal van een vergadering met een gemeenschapsinstelling, waarin melding wordt gedaan van de aanwezigheid van een vertegenwoordiger van een entiteit, geen inmenging in het privéleven van deze persoon. De openbaarmaking van de betrokken namen leidt derhalve niet tot een inmenging in de persoonlijke levenssfeer van de deelnemers aan deze vergadering en ondermijnt niet de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer en integriteit, r.o. 132. Overigens merkt het Gerecht op dat de Commissie zich tijdens de vergadering niet ertoe verbonden heeft de namen van de deelnemers geheim te houden.

De Commissie stelt beroep in bij het Hof van Justitie tegen dit arrest. Het Hof doet op 29 juni 2010 uitspraak en vernietigt het arrest van het Gerecht.<sup>232</sup> Daarbij stelt het Hof ten eerste in r.o. 56 dat de openbaarheidsverordening en de privacyverordening zijn vastgesteld op dicht bij elkaar liggende data, en dat zij geen bepalingen bevatten waarin uitdrukkelijk is gesteld dat een van deze verordeningen voorrang heeft boven de andere. In r.o. 62 verwijst het Hof naar de eerste zin van punt 15 van de considerans van de privacyverordening en trekt daaruit de conclusie dat wanneer er een verzoek om toegang tot documenten met daarin persoonsgegevens gedaan wordt, de bepalingen van de privacyverordening in volle omvang van toepassing worden. Vervolgens stelt het Hof vast in r.o. 65 dat de uitlegging van het Gerecht dan ook niet in overeenstemming is met het evenwicht dat de Uniewetgever tussen de twee betrokken verordeningen tot stand heeft willen brengen. Het Hof concludeert dan in r.o. 76 dat de Commissie, door te eisen dat Bavarian Lager voor de vijf personen die niet uitdrukkelijk toestemming hebben gegevens, de noodzaak van de doorgifte van deze persoonsgegevens aantoot in overeenstemming heeft gehandeld met art. 8, sub b, van de privacyverordening. De Commissie heeft volgens het Hof voldaan aan haar transparantieverplichting en heeft het verzoek om toegang van Bavarian Lager terecht geweigerd.

Ten eerste is opmerkelijk dat het Hof hier een afweging tussen beide rechtsbelangen maakt die anders is dan de afweging die de Nederlandse rechter maakt. Verder is opmerkelijk is dat het Hof, in zijn verwijzing in r.o. 62 naar punt 15 van de considerans van de privacyverordening, de laatste zin van punt 15 buiten beschouwing laat. Daar staat namelijk dat de toegang tot documenten,

---

232 HvJEG 29 juni 2010, nr. C-28/08P (Bavarian Lager II).

met inbegrip van de voorwaarden voor de toegang tot documenten die persoonsgegevens bevatten, onder de regelingen valt die zijn vastgesteld op grond van art. 255 van het Verdrag, dus de openbaarheidsverordening.

Het Hof eist, dat bij een verzoek om toegang tot documenten waarin persoonsgegevens staan, verzoeker aangeeft waarom hij deze gegevens zou willen ontvangen. Deze opvatting van het Hof is niet in overeenstemming met de algemene geldende eis dat een verzoeker bij het indienen van een verzoek om toegang geen belang hoeft aan te geven. De conclusie is dan ook dat het Hof hier een onjuiste afweging maakt tussen beide rechtsbelangen, het belang van toegang tot informatie en het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

In de Wob worden persoonsgegevens beschermd. De wet geeft twee weigeringsgronden: allereerst de absolute van art. 10, eerste lid, aanhef en onder d, Wob, waarin is bepaald dat het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege blijft voor zover dit persoonsgegevens betreft als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wbp, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt. Op basis van deze weigeringsgrond vindt geen belangenafweging plaats. Is er sprake van deze bijzondere persoonsgegevens, dan wordt de informatie niet verstrekt. Wel is er sprake van feitenkwalificatie, van beoordelingsruimte.

De andere weigeringsgrond is de relatieve uit art. 10, tweede lid, aanhef en onder e, waarin is bepaald: Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen: de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Als deze weigeringsgrond van toepassing is, vindt er wel een belangenafweging plaats: het algemene belang van toegang tot overheidsinformatie wordt vooropgesteld en vervolgens afgewogen tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In het kader van deze paragraaf, waarin een antwoord wordt gezocht op de vraag hoe de bescherming van de persoonlijke levenssfeer geregeld is, indien overheidsinformatie met daarin persoonsgegevens actief bekend gemaakt wordt, zal ik nu gaan onderzoeken hoe de Nederlandse bestuursrechter deze afweging maakt.

De *Nederlandse bestuursrechter* beoordeelt verzoeken om informatie met daarin persoonsgegevens aan de hand van de Wob, niet aan de hand van de Wbp. In een zaak waarin om openbaarmaking van processen-verbaal wordt verzocht, weigert de hoofdofficier van justitie dit met een beroep op de (toen nog geldende) Wet persoonsregistraties (Wpr). De rechtbank oordeelt in deze zaak over de samenloop tussen deze wetten dat eiser in het kader van de Wob gevraagd heeft om openbaarmaking van bepaalde stukken. Ook het

bezwaarschrift was onderbouwd aan de hand van bepalingen uit de Wob. De rechtbank concludeert dat eiser nimmer een Wpr verzoek heeft gedaan en dat op het verzoek dan ook niet beslist had mogen worden op de grondslag van de Wpr. Het enige juiste beoordelingskader van een Wob-verzoek is volgens de rechtbank de Wob, de Wpr mocht hier niet bij betrokken worden.<sup>233</sup> Kennelijk was deze overweging geen onderdeel van het tegen deze uitspraak ingestelde hoger beroep, want de Afdeling stelt in haar uitspraak in r.o. 2.1 vast dat in hoger beroep slechts in geschil is het oordeel van de rechtbank dat de minister de gevraagde informatie ingevolge de Wob heeft kunnen weigeren. De Afdeling oordeelt verder

‘dat de in de processen-verbaal opgenomen verklaringen door de betrokkenen zijn afgelegd op basis van hun functionele betrokkenheid bij de gebeurtenissen die aanleiding hebben gegeven tot de aangifte van smaad. Niet valt in te zien dat door openbaarmaking afbreuk wordt gedaan aan de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. Ook heeft de Afdeling bij deze kennisneming vastgesteld dat de verklaringen geen betrekking hebben op personen, die daardoor in hun persoonlijke levenssfeer geschaad zouden kunnen worden, maar slechts de situatie rondom de feitelijke uitvoering van bestuursdwang op het perceel van appellant betreffen. Er is derhalve geen schending van de persoonlijke levenssfeer.’<sup>234</sup>

Een duidelijke lijn in de jurisprudentie is verder dat het openbaar maken van gegevens die te maken hebben met het beroepsmatig functioneren van een persoon, geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer vormen. Een voorbeeld van deze jurisprudentie zijn de uitspraken van voorzieningenrechters in de zaak van een verzoek van de Evert Vermeerstichting aan de minister van LNV. Hierin wordt verzocht om de openbaarmaking van alle EU landbouwsubsidies aan Nederland, dan wel de Nederlandse landbouwsector dan wel de boeren en agrobédrijven vanaf 2000. De minister honoreert dit verzoek, waarop een aantal betrokkenen hiertegen bezwaar maken en een voorlopige voorziening vragen. Verzoekers beroepen zich onder meer op het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, neergelegd in de weigeringsgrond van art. 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wob. De voorzieningenrechter van de rechtbank Assen overweegt dat het vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is dat bij dergelijke gegevens, die betrekking hebben op het beroepsmatig functioneren van het agrarische bedrijf van verzoekster, de persoonlijke levenssfeer niet in het geding is. De voorzieningenrechter oordeelt dat het bestreden besluit op dit punt naar verwachting in bezwaar stand zou houden, zodat daarin geen aanleiding is gelegen de voorgenomen

---

233 Rb. Almelo 20 december 2001, *LJN AF3277* (Processen-verbaal bestuursdwang Weerselo).

234 ABRvS 5 januari 2003, *LJN AF2907*, *AB* 2003, 145 m.nt. PJS (Processen-verbaal bestuursdwang Weerselo).

openbaarmaking van de subsidiegegevens van verzoekster bij wege van een voorlopige voorziening te beletten.<sup>235</sup> In een gelijksoortige zaak, door een andere verzoeker, oordeelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht:

‘het is vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak dat indien sprake is van beroepsmatig handelen, de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen niet in het geding is. In het onderhavige geval is sprake van gegevens die betrekking hebben op de bedrijfsmatige exploitatie van de betreffende landgoederen en op verzoekers betrokkenheid daarbij. Dat verzoeker daarnaast een ander beroep heeft, maakt dit niet anders. De persoonlijke levenssfeer van verzoeker, of zijn familie, is derhalve niet in het geding.’<sup>236</sup>

De jurisprudentie waarnaar in de beide uitspraken wordt verwezen is een uitspraak van de Afdeling inzake een verzoek door de VARA aan de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen, om de gegevens te verstrekken die betrekking hebben op slagingscijfers, herkansingscijfers en/of percentages per rijkschool. De Afdeling bevestigt hier dat de gevraagde gegevens betrekking hebben op het beroepshalve functioneren van de rijsscholen en dat vaste jurisprudentie van de Afdeling inhoudt dat, indien sprake is van beroepsmatig handelen, de persoonlijke levenssfeer van de betrokken personen niet in het geding is. Dat geldt ook indien sprake is van een rijkschool die door één persoon wordt geëxploiteerd.<sup>237</sup>

Het beloningsbeleid van bestuursorganen is een bestuurlijke aangelegenheid. In een zaak waarin wordt verzocht om informatie over het toekennen van extra beloningen, oordeelt de Afdeling:

‘Nu in de Wob de uitvoering van beleid uitdrukkelijk wordt aangemerkt als een bestuurlijke aangelegenheid, valt niet in te zien dat, behalve het beloningsbeleid in het algemeen, niet mede de toepassing daarvan in concrete gevallen onder de werking van de Wob zou vallen.’<sup>238</sup>

Ook het functioneren van ambtenaren is een bestuurlijke aangelegenheid. Dit is door de Afdeling vastgesteld in een zaak waarin gevraagd wordt om documenten of elektronisch vastgelegde gegevens, die betrekking hebben op ongewenste gedragingen van ambtenaren van de gemeente Arnhem. De Afdeling oordeelt

---

235 V.zr. Rb. Assen 15 september 2005, *LJN* AU2709 (Landbouwsubsidies).

236 V.zr. Rb. Utrecht 20 september 2005, *LJN* AU2894 (Landbouwsubsidies).

237 ABRvS 17 juli 2002, *LJN* AE5445 (VARA en SCBR).

238 ABRvS 26 september 2001, *LJN* AD4375, *JB* 2001, 291 (Bonussen gemeente Groningen).

‘dat het begrip ‘bestuurlijk’ in art. 3 Wob ziet op het openbaar bestuur in al zijn facetten. Het betreft daarom ook de interne organisatie en de wijze waarop ambtenaren hun ambt vervullen. Documenten of elektronisch vastgelegde gegevens die betrekking hebben op ongewenste gedragingen van ambtenaren moeten derhalve worden aangemerkt als een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van de Wob.’<sup>239</sup>

Dit neemt echter niet weg dat bescherming van de persoonlijke levenssfeer ook in een beroepsmatige situatie van toepassing is.<sup>240</sup> Met betrekking tot ambtenaren geldt daarbij volgens de Afdeling dat waar het hun beroepshalve functioneren betreft, slechts in beperkte mate een beroep kan worden gedaan op het belang van eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer.<sup>241</sup> In een zaak waarin wordt verzocht om mee te delen hoe lang een bepaalde medewerker aan een team is toegevoegd, dan wel werkzaam is, oordeelt de Afdeling:

‘de datum waarop een werknemer bij een bepaald dienstonderdeel van zijn werkgever is gaan werken, is, behoudens bijzondere omstandigheden, te beschouwen als een aspect van diens beroepshalve functioneren. De enkele omstandigheid dat deze datum is opgenomen in het personeelsdossier van de desbetreffende medewerker maakt dit niet anders, nu het gevraagde gegeven kan worden verstrekt zonder documenten uit dit dossier openbaar te maken.’

De Afdeling komt dan ook tot de conclusie dat de privacy van de desbetreffende medewerker hier niet in het geding is. Het lijkt er echter op dat de Afdeling ten aanzien van gegevens van ambtenaren wat strenger is geworden. In een uitspraak over een verzoek waarin verstrekking van namen van behandelende ambtenaren wordt gevraagd, oordeelt de Afdeling:

‘Namen zijn immers persoonsgegevens en het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan zich tegen het openbaar maken daarvan verzetten. Voorts is van belang dat het hier niet gaat om het opgeven van een naam aan een individuele burger die met een ambtenaar in contact treedt, maar om openbaarmaking van de naam in de zin van de Wob. Terecht heeft de korpsbeheerder zich op het standpunt gesteld dat het voor een ieder duidelijk is dat de behandelend ambtenaar werkzaam is bij de gemeente Utrecht, Dienst stadsbeheer, Beleid en Buitenruimte, afdeling Evenementen. Doordat van deze afdeling en het kenmerk van de correspondentie zijn vermeld kan informatie worden ingewonnen. Dit kan ook door gebruik te maken van een algemeen telefoonnummer. Voor wat betreft de bereikbaarheid van het bestuursorgaan als zodanig komt aan een doorkiesnummer een ondergeschikte betekenis toe. Het belang van openbaarheid van naam en doorkiesnummer weegt in dit belang niet op

---

239 ABRvS 21 januari 2009, *LJN* BH0453, *AB* 2009, 94 m.nt. E.J. Daalder, *JB* 2009, 73 m.nt. G. Overkleeft-Verburg, *TAR* 2009, 99 (Vertrouwenscommissie Arnhem).

240 EHRM 16 december 1992, *ECHR Series A* vol. 252-B (Niemitz).

241 ABRvS 14 juli 2004, *LJN* AQ1360, *AB* 2004, 349 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2004, 297 m.nt. G. Overkleeft-Verburg, *TAR* 2004, 160 (Medewerker belastingdienst).

tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken ambtenaar.<sup>242</sup>

In een andere zaak, waarin wordt verzocht om openbaarmaking van stukken waarin ook namen van ambtenaren stonden, oordeelt de Afdeling:

‘Namen zijn immers persoonsgegevens en het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan zich tegen het openbaar maken daarvan verzetten. Voorts is van belang dat het hier niet gaat om het opgeven van een naam aan een individuele burger die met een ambtenaar in contact treedt, maar om openbaarmaking van de naam in de zin van de Wob. Hierbij neemt de Afdeling in aanmerking dat de naam van de plaatsvervangend directeur van de bij de bestuurlijke aangelegenheid betrokken directie door de minister wel openbaar is gemaakt. Voorts heeft de minister bij besluit van 23 oktober 2007 alsnog het faxnummer van deze directie en het doorkiesnummer van het secretariaat ervan openbaar gemaakt zodat informatie kan worden ingewonnen. Wat de bereikbaarheid van het bestuursorgaan als zodanig betreft komt aan een doorkiesnummer of e-mailadres van een individuele ambtenaar een ondergeschikte betekenis toe. Het belang van openbaarheid van deze gegevens weegt in dit geval niet op tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken ambtenaren.’<sup>243</sup>

Verstrekking van namen en e-mailadressen van internationale ambtenaren kan volgens de Afdeling geweigerd worden met een beroep op art. 10, tweede lid, aanhef en onder a Wob. Volgens de Afdeling heeft de staatssecretaris zich

‘in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat openbaarmaking van deze gegevens naar verwachting nadelig zal zijn voor een soepel verloop van internationale contacten en voor een efficiënte gegevensuitwisseling. Er is voorts geen grond voor het oordeel dat hij, bij afweging van de betrokken belangen, het belang van de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties niet heeft mogen laten prevaleren boven het belang van openbaarheid van deze documenten.’<sup>244</sup>

Annotator Overkleef-Verburg merkt hierover op dat deze e-mailberichten op grond van de Eurowob (Verordening 1049/2001) ook bij de Europese Commissie hadden kunnen worden opgevraagd. Zij vermoedt dat, gezien de jurisprudentie van het GvEA, wanneer de Commissie een afwijzing had gemotiveerd als in bovenstaande zaak, deze motivering onvoldoende geweest zou kunnen zijn.

---

242 ABRvS 18 juli 2007, *LJN* BA9807, *AB* 2007, 328, *JB* 2007, 180 m.nt. M.O.-V. (Koerdische demonstratie).

243 ABRvS 4 juni 2008, *LJN* BD3114, *AB* 2008, 232 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2008, 162 m.nt. M.O.-V. (Stichting Marorgelden).

244 ABRvS 12 maart 2008, *LJN* BC6375, *JB* 2008, 107 m.nt. M.O.-V. (Probo Koala).

Over het openbaar maken van verleende vergunningen heeft de Afdeling uitgesproken dat vergunningen, tegen de verlening waarvan door derden rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, gelet op hun aard, in beginsel openbaar worden geacht. Ook wachtlijsten om in aanmerking te komen voor een zodanige vergunning moeten openbaar toegankelijk zijn, zodat men kan zien of een ieder volgens de regels opschuift. Deze stukken bevatten volgens deze uitspraak geen gegevens in de persoonlijke levenssfeer. In een kort daaropvolgende uitspraak herhaalt de Afdeling het standpunt dat vergunningen, tegen de verlening waarvan door derden rechtsmiddelen kunnen worden aangewend, in beginsel openbaar zijn.<sup>245</sup> Vreemd is daarentegen de uitspraak waarin de Afdeling oordeelt dat een lijst met het illegale woonbotenbestand niet openbaar hoeft te worden gemaakt, met een beroep op de persoonlijke levenssfeer. Woonbootbewoners met vergunning hebben zo minder recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer dan woonbootbewoners zonder vergunning. De Afdeling motiveert dit verschil in beoordeling met de hierboven genoemde overweging dat tegen vergunningen een rechtsmiddel kan worden aangewend.<sup>246</sup> Maar tegen het illegaal, zonder vergunning, innemen van een ligplaats kunnen echter ook rechtsmiddelen worden aangewend: men kan immers het bestuursorgaan om handhaving verzoeken.

In een uitspraak over een verzoek om de verstrekking van de privé-adressen van de leden en de secretarissen van de commissie van advies voor de bezwaar- en beroepschriften, oordeelt de Afdeling dat de privé-adressen als strikt persoonlijke gegevens moeten worden aangemerkt. Het belang van openbaarmaking weegt niet op tegen het in art. 10, tweede lid, aanhef en onder e, Wob genoemde belang.<sup>247</sup> Hoewel de Afdeling dat in deze uitspraak niet expliciet maakt, wordt hier onderscheid gemaakt tussen de verschillende persoonsgegevens. De namen van de leden en secretarissen van de commissie waren openbaar. Dit was in de onderhavige zaak ook geen kwestie van geschil. Namen mochten van de Afdeling ook openbaar gemaakt worden in de zaak van het Nijkerkse afdelingshoofd. In deze zaak was een onderzoek verricht naar een mogelijke belangenverstremgeling van een afdelingshoofd. Het college van B en W wilde het rapport volledig, niet geanonimiseerd, openbaar maken. Volledige anonimisatie zou afbreuk doen aan de duidelijkheid van het rapport zodat daarmee de gewenste openheid van zaken niet zou worden gegeven.

---

245 Vz. ARRvS 4 oktober 1988, *LJN AN1475*, *AB* 1989, 275 m.nt. HJdR (Ligplaatsvergunningen Zwolle) en ARRvS 31 januari 1989, *LJN AN0429*, *AB* 1989, 277 m.nt. HJdR (Vergunningen Rivierenwet).

246 ABRvS 1 mei 2002, *LJN AE2047*, *AB* 2003, 37 m.nt. PJS (Bestand illegale woonboten).

247 ABRvS 1 oktober 2003, *LJN Al3338*, *AB* 2003, 438 m.nt. PJS (Privé-adressen leden commissie bezwaar en beroep).



Gedeeltelijke anonimisering zou volgens het college geen effect hebben, aangezien voor iedereen duidelijk zou zijn over wie het gaat. In de te verrichten belangenafweging op grond van het tweede lid van art. 10 Wob kende het college doorslaggevend gewicht toe aan de transparantie van het bestuur, nu de integriteit van de gemeente Nijkerk en haar ambtelijke organisatie in het geding was en het rapport niet zozeer de persoonlijke levenssfeer van appellant betrof als wel zijn zakelijke handelingen en belangen. De Afdeling oordeelt hier allereerst dat art. 8, eerste lid, Wob de grondslag biedt voor het nemen van een besluit als bedoeld in art. 1:3, eerste lid, Awb, indien belangen als bedoeld in art. 10 Wob daarbij zijn betrokken. Zo staat voor belanghebbenden de bestuursrechtelijke rechtsgang open. Over de door het college gemaakte belangenafweging oordeelt de Afdeling dat de uitkomst daarvan niet onredelijk is. Over het vermelden van de naam van betrokkene in het rapport oordeelt de Afdeling dat er onvoldoende grond is voor het oordeel dat het college aan het belang van bescherming van de persoonlijke levenssfeer een zwaarder gewicht had moeten toekennen dan aan het belang van het uitgangspunt van de Wob. Dit motiveert de Afdeling als volgt:

‘Bij dit oordeel heeft de Afdeling in aanmerking genomen het uitgangspunt van de Wob en hetgeen door het college in het primaire besluit en het besluit op bezwaar ter motivering van publicatie van de naam van appellant sub 2 is aangevoerd, in het bijzonder de omstandigheid dat in het geval de integriteit van het openbaar bestuur in het geding is, dat daarover in de openbaarheid commotie was ontstaan, waarbij ook namen zijn genoemd en dat het daarom van groot belang was het publiek duidelijkheid te verschaffen over wat wel is gebeurd en wat niet.’

Aan de wijze waarop het rapport actief openbaar gemaakt zou worden, worden geen overwegingen gewijd.<sup>248</sup>

Ten aanzien van namen van aanvragers oordeelt de Afdeling in een zaak waarin een verzoek wordt gedaan om informatie over een demonstratie, dat de korpsbeheerder, gezien de inhoud en aard van de stukken, terecht de naam, het adres en het telefoonnummer van de organisatoren van de Koerdische demonstratie niet openbaar heeft gemaakt. Verstrekking daarvan zou een directe inbreuk betekenen op de persoonlijke levenssfeer van betrokkene als bedoeld in artikel 10, tweede lid, onder e, van de Wob.

Evenals de rechtbank overweegt de Afdeling

‘dat de enkele omstandigheid dat door het organiseren van een demonstratie de hierbij betrokken personen zich in de openbaarheid hebben begeven nog niet meebrengt dat zij

---

248 ABRvS 31 mei 2006, *LJN AX6362*, AB 2006, 329 m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2006, 218 m.nt. M.O.-V. (Nijkerkse afdelingshoofd).

daarbij tevens hun persoonsgegevens, die zij in het kader van een vergunningaanvraag hebben moeten verstrekken, aan de openbaarheid prijsgeven.<sup>249</sup>

Overigens beriep de korpsbeheerder zich in eerste instantie ook op de weigeringsgrond uit art. 10, eerste lid, aanhef en onder d, Wob. De namen waren volgens hem bijzondere persoonsgegevens omtrent ras, omdat het om Koerdische namen ging. De Afdeling honoreert dit beroep niet. Annotator Overkleeft-Verburg noemt het weigeren de persoonsgegevens te verstrekken met een beroep op de persoonlijke levenssfeer niet gelukkig. Volgens haar staat dit haaks op het systeem van de Awb, in het bijzonder waar het inspraak, rechtsbescherming en het kunnen uitlokken van handhavingsbeschikkingen betreft. Zij is van mening dat ‘naw-gegevens omtrent de aanvrager van een vergunning e.d. in beginsel openbaar gemaakt dienen te worden tenzij sprake is van een overtuigende contra-indicatie. Deze regel behoort mijns inziens ook te gelden voor aanvragers van demonstratievergunningen.’ Wellicht heeft de Afdeling aan deze uitspraak ten grondslag gelegd dat het openbaar maken van de namen van de aanvragers van een demonstratievergunning het uitoefenen van het grondwettelijke recht tot betoging beïnvloedt, maar dit blijkt niet uit de overwegingen van deze uitspraak.

Ook deelnemers aan een demonstratie hebben recht op bescherming van hun persoonlijke levenssfeer. Het belang van de persoonlijke levenssfeer van personen, die duidelijk herkenbaar zijn op videofragmenten van een demonstratie, kan het bestuursorgaan in redelijkheid zwaarder laten wegen dan het belang van het verstrekken van deze beelden. Het argument van appellant dat deze personen hun persoonlijke levenssfeer in zoverre opgegeven hebben door in de openbaarheid te treden bij een publieke manifestatie gaat niet op.<sup>250</sup>

Tenslotte oordeelt de Afdeling in een casus waarin appellanten (onder andere) klagen over het niet-geanonimiseerd toezenden van zienswijzen aan alle indieners van zienswijzen dat in afdeling 3.4 Awb, noch in enig ander wettelijk voorschrift een bepaling valt aan te wijzen op grond waarvan de raad gehouden is om een zienswijze in een zienswijzenota die naar de indieners van een zienswijze wordt toegezonden, te anonimiseren.<sup>251</sup>

---

249 ABRvS 18 juli 2007, *LJN* BA9807, *AB* 2007, 328, *JB* 2007, 180 m.nt. M.O.-V. (Koerdische demonstratie).

250 ABRvS 6 januari 2010, *LJN* BK8363 (demonstratie Arnhem).

251 ABRvS 20 oktober 2010, *LJN* BO1177 (niet-anonimiseren zienswijzen).

### 4.3.3 Conclusie

Twee zwaar wegende rechten worden hier tegen elkaar afgewogen: het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt afgewogen tegen het recht op toegang tot overheidsinformatie.

Uit de wetsgeschiedenis van de Wbp blijkt dat de Wob een bijzondere regeling is, die voor de Wbp gaat. Uit recente gemeenschapsjurisprudentie, de zaak *Bavarian Lager II*, blijkt echter dat het Hof deze afweging anders - en naar mijn mening onjuist - maakt. 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 moet zijn, 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.

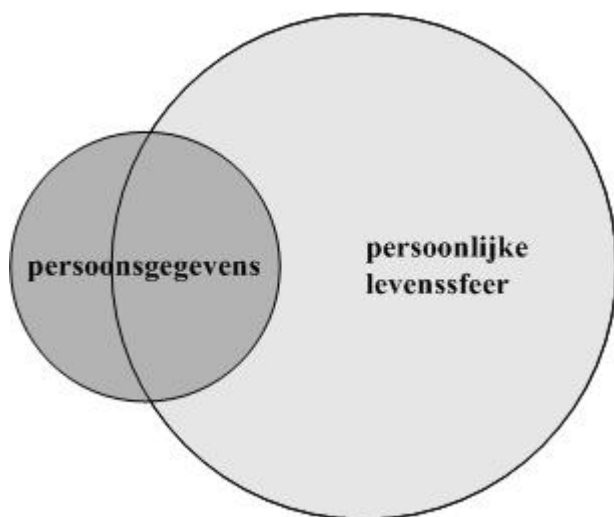
Van belang is, om vast te stellen dat niet elke openbaarmaking van een persoonsgegeven een inbreuk vormt op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Uit de vermelde jurisprudentie blijkt dat onderscheid gemaakt zou moeten worden naar de aard van het betrokken persoonsgegeven. Ondersteuning 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 de laatste meer bescherming geboden moet worden.

Dat niet elk persoonsgegeven op dezelfde wijze beschermd moet worden, blijkt uit de uitspraak van de Afdeling over het al dan niet verstrekken van de privé-adressen van de Leeuwardense bezwaarschriftcommissie. Hieruit blijkt dat er onderscheid gemaakt kan 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 al openbaar gemaakt.

Maar deze uitspraak illustreert wel dat het ene persoonsgegeven, i.c. een naam, minder bescherming nodig heeft dan het andere, i.c. een adres.

Het openbaar maken van overheidsinformatie met daarin persoonsgegevens, levert onder omstandigheden dan ook geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer op. 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:



Bij het openbaar maken van overheidsinformatie moet de afweging gemaakt worden welke informatie met persoonsgegevens wel en welke niet openbaar gemaakt wordt. Bij de vraag of er bij het openbaar maken van persoonsgegevens een inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer, wordt getoetst aan art. 8 EVRM. In elk geval kunnen de volgende conclusies getrokken worden:

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 bonussen, en circulatie in functies.

Verder zijn openbaar die besluiten, waarbij derden een belang kunnen hebben. Dit zullen voornamelijk besluiten zijn waar derden bezwaar en 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 blijkt uit de uitspraak waarom de Afdeling tot deze afweging kwam. Denkbaar is dat de Afdeling hier het grondwettelijke recht op demonstratie heeft willen beschermen, 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 zijn. Ook tegen een weigering om te handhaven kan immers geprocedeerd worden. Altijd geldt hier een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets. 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 dat het vermelden van overige persoonsgegevens dit niet meer kan zijn.

Voor het actief elektronisch openbaarmaken van overheidsinformatie met daarin persoonsgegevens zijn, zoals hierboven blijkt, geen aparte regels gesteld. Met het oog op de rechtszekerheid is dit een ongewenste situatie. Het verdient daarom aanbeveling om bij wet te regelen welke overheidsinformatie wel, en welke informatie niet elektronisch openbaar gemaakt wordt door overheidsorganen en op welke wijze dat dan moet gebeuren. Een dergelijke regeling zou kunnen staan in art. 8 Wob. Tevens moet deze wettelijke regeling een mogelijkheid bieden om het bestuursorgaan, in zwaarwegende gevallen, om afscherming van persoonsgegevens te verzoeken. Het besluit dat het orgaan neemt moet openstaan voor bezwaar en beroep. Door een dergelijke wettelijke regeling worden de belangen van enerzijds het beschermen van de persoonlijke levenssfeer en anderzijds het verstrekken van overheidsinformatie bijvoorbeeld door online registers, het beste tegen elkaar afgewogen en gewaarborgd.

## **4.4 Samenvatting en conclusies**

### **4.4.1 Samenvatting**

Informatieverstrekking wordt in een aantal verschillende wettelijke bepalingen geregeld. Allereerst de Grondwet. De informatie die ingevolge de bepalingen uit de Grondwet openbaar gemaakt wordt, is essentiële informatie: zonder dat deze informatie openbaar is, geen rechtszekerheid. De normen vormen een invulling van het legaliteitsbeginsel en van het democratiebeginsel.

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 dit 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 openbaar maken van overheidsinformatie moet de afweging gemaakt worden welke informatie met persoonsgegevens wel en welke niet openbaar gemaakt wordt.

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 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 blijkt uit de uitspraak waarom de Afdeling tot deze afweging komt. Denkbaar is dat de Afdeling hier het grondwettelijke recht op demonstratie heeft willen beschermen, maar dat blijkt niet uit de uitspraak.

De uitzondering die de Afdeling maakt 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 subsidiariteitstoets. 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 dit niet meer kan zijn.

#### **4.4.2 Conclusies**

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de vraag welke normen van toepassing zijn op de elektronische communicatie door de overheid, de informatieverstrekking, en of die normen adequaat zijn.

Dit is de tweede subvraag bij de centrale probleemstelling, die luidt:

*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?*

In de inleiding werden voorwaarden genoemd waaraan de normen voor elektronische communicatie met de overheid moeten voldoen. De eerste betrof de voorwaarde dat in normen die elektronische communicatie met de overheid reguleren, de transparantie en de toegang tot informatie en daarmee tot de communicatiemiddelen gewaarborgd moeten zijn. Ten tweede moeten deze normen de integriteit en de authenticiteit van de elektronische communicatiemiddelen waarborgen. En ten slotte moet de vertrouwelijkheid van de communicatie gewaarborgd zijn.

Het openbaar maken van verslagen van vertegenwoordigende lichamen door middel van videoverslagen moet wettelijk geregeld worden, waarbij aandacht



wordt besteed aan de positie van diegenen die niet over deze middelen beschikken.

Vanwege het essentiële karakter van bestuurlijke informatie, moet de actieve openbaarheidsverplichting een afdwingbare plicht worden voor overheidsorganen. Opgesomd moet worden welke informatie in elk geval onder deze verplichting valt. Vanwege het zwaarwegende belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer verdient het vanuit een rechtsstatelijk oogpunt van rechtszekerheid aanbeveling om bij wet te regelen welke informatie elektronische openbaar gemaakt wordt, en hoe de bescherming van de persoonlijke levenssfeer daarbij gewaarborgd is. Niet elke openbaarmaking van een persoonsgegeven betekent een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Door wettelijk te regelen welke informatie met persoonsgegevens wel, en welke niet, openbaar gemaakt moet worden wordt de rechtszekerheid en de gelijkheid bevorderd. Door hier duidelijkheid over te verschaffen biedt dit bestuursorganen de mogelijkheid of de verplichting om digitale registers te maken. Dit komt de toegang tot overheidsinformatie (en indirect de vrijheid van meningsuiting en de democratie) ten goede. Het tegelijkertijd regelen welke persoonsgegevens wel en welke niet openbaar moeten zijn, versterkt voor de betrokken burger de rechtszekerheid. Daarbij zou een wettelijke voorziening getroffen moeten worden voor diegenen voor wie zwaarwegende belangen zouden moeten leiden tot de conclusie dat publicatie van persoonsgegevens niet proportioneel is.

De relatieve weigeringsgronden moeten geherformuleerd worden. De beleidsvrijheid die het bestuur hierdoor krijgt, leidt in combinatie met de marginale rechterlijke toetsing, tot onduidelijkheid. De rechtszekerheid, jurisprudentie van het EHRM en het verdrag van Tromsø leiden tot de conclusie dat dit een ongewenste situatie is.



## 5 Bewaren en opslaan van elektronische overheidsinformatie

### 5.1 Inleiding

Toegang tot overheidsinformatie is een fundamenteel recht in een democratische samenleving, en dit moet als klassiek grondrecht beschouwd worden. Openbaarheid houdt ook in dat de informatie feitelijk toegankelijk is. En feitelijke toegankelijkheid heeft weer te maken met de wijze waarop de informatie bewaard is. Informatie die niet goed bewaard is, is immers vaak ook niet goed toegankelijk. Het is daarom van belang te weten welke regels er bestaan voor het bewaren van elektronische overheidsinformatie.

Voor de manier waarop de informatie bewaard wordt, moeten ook aanvullende maatregelen getroffen worden. Wie beschikt bijvoorbeeld nog over een computer waarmee informatie die is opgeslagen op diskettes, gelezen kan worden? En wie kan nog een document lezen dat is opgemaakt in de eerste versie van Word Perfect? En beslissingsondersteunende software? Willen we over 20 jaar de logica achter besluiten die met behulp van deze software zijn genomen, nog kunnen achterhalen? Deze vragen hebben te maken met de digitale duurzaamheid van elektronisch opgeslagen documenten.

In een editorial van Computerrecht wordt de *digitale duurzaamheid* een onderschat aspect van de informatiemaatschappij genoemd.<sup>252</sup> Digitale documenten gaan eerder verloren dan een papieren exemplaar. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren doordat een nieuwe versie over een eerdere versie heen wordt bewaard. Het kan ook gebeuren dat een digitaal document waardeloos wordt doordat de hardware die nodig is om het document te lezen, niet meer beschikbaar is. In het editorial wordt het voorbeeld gegeven van de NASA, die tot de ontdekking kwam dat data die in de jaren zeventig tijdens de Saturnusvluchten waren verzameld, niet meer leesbaar waren, omdat er geen computers meer waren die de banden waarop die data opgeslagen waren, accepteerden. Vervolgens spelen bij het bewaren van elektronisch opgeslagen documenten nog vragen rondom de authenticiteit en de integriteit van het document. Dit betreft vragen naar de afzender van het document, eventuele wijzigingen in het document, de oorspronkelijke vorm, inhoud en structuur van het document. Bij een papieren document blijken deze gegevens uit het document zélf. Bij elektronisch opgeslagen documenten blijken deze gegevens uit gegevens over het document, de zogenaamde metadata. Metadata betreffen dan ook informatie over informatie. Bij het op juiste wijze bewaren van

elektronisch opgeslagen documenten, moeten ook deze metadata opgeslagen worden.

Naast de vraag naar digitale duurzaamheid is het de vraag of de geldende regels met betrekking tot het bewaren van overheidsinformatie wel los gezien kunnen worden van de regels met betrekking tot toegang tot overheidsinformatie. In een in 2006 verschenen Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie is voorgesteld om de Wob samen te voegen met de Archiefwet. De Archiefwet is volgens dit voorstel een fundamenteel onderdeel van het overheidsinformatierecht. In het voorontwerp wordt dit niet uitgewerkt. Wel wordt in de toelichting opgemerkt dat samenvoeging van beide wetten de eenheid, hanteerbaarheid en toegankelijkheid van het rechtsgebied ten goede komen wanneer de materiële bepalingen en eventueel de institutionele bepalingen op termijn worden samengevoegd.<sup>253</sup>

In een advies van de Raad voor Cultuur en de Raad voor het openbaar bestuur wordt ook ingegaan op het integreren van de Wob en de Archiefwet.<sup>254</sup> Volgens dit advies heeft de overheid grote moeite om de huidige informatieverhouding te sturen en te beheersen, terwijl ondertussen de ambitie uitgesproken wordt de digitale dienstverlening snel naar een hoger plan te brengen. Integratie tussen de Archiefwet en de Wob achten de Raden in dit advies zinvol.

In dit hoofdstuk zullen de wettelijke regels ten aanzien van het bewaren van elektronisch opgeslagen overheidsinformatie onderzocht worden. Elektronische communicatie en informatieverstrekking heeft direct te maken met de wijze waarop de informatie opgeslagen en bewaard, en dus toegankelijk en beschikbaar is.

De Archiefwet 1995 verplicht overheidsorganen om overheidsinformatie voor bepaalde tijd te bewaren en toegankelijk te maken. Ook geeft de Archiefwet regels voor het bewaren van elektronisch vastgelegde informatie. Allereerst zal dan ook de reikwijdte van deze verplichting uit de Archiefwet onderzocht worden. Daartoe zal ik in het algemeen de Archiefwet beschrijven; op welke categorie informatie is de wet van toepassing, en op welke organen? Vervolgens zal ik nagaan welke regels de Archiefwet stelt voor het bewaren van elektronisch vastgelegde informatie. Door het hele hoofdstuk heen zal, waar relevant, de vergelijking met de Wob gemaakt worden. Zo kan worden nagegaan of samenvoeging met de Wob de toegankelijkheid van overheidsinformatie ten goede zal komen. Vervolgens zal een conclusie getrokken worden.

---

253 Van der Meulen 2006, p. 7 van de aanbiedingsbrief en p. 102.

254 Rob en RvC 2008.

## 5.2 Toepassingsbereik Archiefwet

De huidige Archiefwet 1995 (hierna Archiefwet) is op 1 januari 1996 in werking getreden. In de memorie van toelichting wordt gewezen op de tweeledige functie van archieven.<sup>255</sup>

‘De overheidsarchieven zijn het (papieren) geheugen van de overheid. De archiefstukken dienen als instrumenten van bestuur. Zonder goed geordende en toegankelijke archieven zijn bestuurlijke zorgvuldigheid en continuïteit loze begrippen en is een goede democratische controle op het bestuur vrijwel onmogelijk. Juist in de archieven is vastgelegd op welke wijze de overheid zich in politieke en bestuurlijke zin heeft beziggehouden met de samenleving. In ons staatsbestel rust dan ook op de overheid de plicht haar archieven in beginsel open te stellen voor de burger. Openbare archieven zijn onmisbaar voor de rechtsstaat. Maar bovendien vormen zij een vitaal onderdeel van het culturele erfgoed van een natie.’

De Archiefwet beoogt dus twee belangen te waarborgen: ten eerste het belang van het behoud van het cultureel erfgoed, en ten tweede het rechtsstatelijke belang om overheidsinformatie te bewaren en toegankelijk te maken en te houden. Van Boven noemt de wet een cultuurwet, die tot doel heeft de archiefbescheiden die voor blijvende bewaring in aanmerking komen, te beschermen. Hij schrijft verder:

‘Omdat een algemene informatiewet ontbreekt, is de Archiefwet 1995 ook van wezenlijk belang door de verplichting voor overheidsorganen hun archieven in goede, geordende en toegankelijke staat te houden, ook als deze niet voor blijvende bewaring in aanmerking komen.’<sup>256</sup>

De primaire invalshoek van de wet lijkt echter de culturele invalshoek te zijn. Uit het feit dat in art. 1, aanhef en onder a, de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap als de bevoegde minister wordt aangewezen, kan worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om de nadruk te leggen op het culturele erfgoed-aspect van de wet. Dit blijkt ook uit het aanwijzen van de Raad van Cultuur als adviesorgaan in art. 5, tweede lid, Archiefwet. De invalshoek van de wet is echter een bredere dan enkel de cultuur-historische. Uit de toelichting bij de wet blijkt immers dat de wetgever de openbaarheid van overheidsarchieven (overheidsinformatie) onmisbaar acht voor de rechtsstaat. Deze invalshoek lijkt echter minder zwaar te wegen dan de culturele invalshoek. In deze paragraaf zal het toepassingsbereik van de Archiefwet besproken worden. Uit het hierboven aangehaalde art. 3 blijkt dat de wet van toepassing is op archiefbescheiden die berusten bij een overheidsorgaan. Ter bepaling van het toepassingsbereik van de wet, de reikwijdte, zal ik daarom eerst drie

---

255 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 3-4.

256 Van Boven e.a. 2003, p. 15-16.

basisbegrippen uit deze wet toelichten: het overheidsorgaan, de zorgdrager en archiefbescheiden.

### 5.2.1 Het overheidsorgaan

Ten eerste het overheidsorgaan. Een overheidsorgaan is blijkens art. 1, aanhef en onder b, Archiefwet 1995 een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. Deze definitie is identiek aan die van het begrip bestuursorgaan uit art. 1:1, eerste lid, Awb.

In het tweede lid van art. 1:1, Awb staan echter een aantal uitzonderingen op het bestuursorgaan begrip opgesomd:

de wetgevende macht, de kamers en de verenigde vergadering der Staten-Generaal, onafhankelijke, bij de wet ingestelde organen die met rechtspraak zijn belast, alsmede de Raad voor de rechtspraak en het College van afgevaardigden, de Raad van State en zijn afdelingen, de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman en de substituut-ombudsmannen als bedoeld in art. 9, eerste lid, van de Wet Nationale ombudsman, en ombudsmannen en ombudscommissies als bedoeld in art. 9:17, onderdeel b, de voorzitters, leden, griffiers en secretarissen van de onder de onderdelen a tot en met f bedoelde organen, de procureur-generaal bij de Hoge Raad, de besturen van de in onderdeel c bedoelde organen alsmede de voorzitters van die besturen, alsmede de commissies uit het midden van de in de onderdelen b tot en met f bedoelde organen, en de commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, bedoeld in art. 64 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002.

Deze uitzonderingen uit art. 1:1, tweede lid, Awb gelden niet voor de Archiefwet, omdat de wetgever met deze wet een bredere reikwijdte beoogde dan alleen de uitvoerende macht.<sup>257</sup> Het doel van de wetgever is geweest om alle informatie die te maken heeft met de uitoefening van een publieke taak, de uitoefening van openbaar gezag, onder de Archiefwet te laten vallen, of die uitoefening van de publieke taak nu plaats vond door een publiekrechtelijke dan wel een privaatrechtelijke rechtspersoon.

De Archiefwet heeft hierdoor niet alleen een breder toepassingsbereik dan de Awb, maar ook een breder toepassingsbereik dan de Wob. De Wob is immers op grond van art. 1a, eerste lid, van toepassing op de in het eerste lid van die bepaling opgesomde bestuursorganen, met uitzondering van de bestuursorganen die in de in sub d van het eerste lid genoemde algemene maatregel van bestuur staan genoemd, het Besluit bestuursorganen WNo en Wob. Deze uitgezonderde bestuursorganen zijn de Nederlandse Omroep Stichting, de Nederlandsche Bank N.V. en de Stichting Autoriteit Financiële

---

257 *Kamerstukken II 1992/93, 22 866, nr. 7, p. 8-9.*

Markten. In het tweede lid van art. 1a Wob staat echter dat wanneer het gaat om het verstrekken van milieu-informatie, de uitzondering voor deze bestuursorganen niet geldt. Dan is de Wob wel van toepassing. De milieu-informatie die hier wordt bedoeld is, kort gezegd, informatie als bedoeld in art. 19.1a van de Wet milieubeheer en dat betreft de aanwezigheid van stoffen in het milieu die het milieu kunnen aantasten, en het beleid, plannen en analyses over deze stoffen.

Overigens bevat artikel 2 van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob een opsomming van bestuursorganen waarop de Wob van toepassing is, met een verwijzing naar art. 1a, tweede lid, Wob. Deze bepaling is achterhaald. Het art. 1a, tweede lid, waarnaar wordt verwezen is per 1 juli 2003 vervallen. Hierin stond dat in afwijking van art. 1a, eerste lid, Wob, de Wob slechts van toepassing is op bestuursorganen belast met onderwijs en onderzoek op het beleidsterrein van het ministerie van OCSW, wanneer deze bij AmvB zijn aangewezen. Art. 2 van het Besluit WNo en Wob is echter niet aangepast aan deze wetswijziging.

De Wob geeft in hoofdstuk V-A een ruimere toepassingsregeling als het gaat om hergebruik van overheidsinformatie. Art. 11b Wob bepaalt dat een ieder een verzoek om hergebruik kan richten tot een overheidsorgaan. Dit begrip overheidsorgaan wordt gedefinieerd in art. 1, aanhef en onder i, Wob als:

- 1°. Een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
- 2°. Een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

Hier wordt hetzelfde begrip overheidsorgaan gebruikt als wat in de Archiefwet gehanteerd wordt. Dit begrip is ruimer dan het begrip bestuursorgaan, dat in de Wob gebruikt wordt. Het tweede lid van art. 11a bepaalt dat in afwijking van art. 1a, eerste lid, onder d, Wob hoofdstuk V-A van toepassing is op de krachtens die bepaling uitgezonderde bestuursorganen voor zover het gaat om hergebruik. De in het Besluit bestuursorganen Wno en Wob aangeduide uitgezonderde bestuursorganen vallen daarmee ook onder de hergebruikregeling.

Het aantal organen dat onder de Archiefwet valt, is al met al groter dan het aantal organen dat onder de Wob valt. Voor alle organen met een publiekrechtelijke taak geldt de Archiefwet, dus de verplichting om archiefbescheiden in een goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren. Voor een beperkt deel van deze organen, de bestuursorganen met een aantal uitzonderingen, geldt dat bestuurlijke informatie op grond van de Wob openbaar is. Voor de in de Wob uitgezonderde bestuursorganen geldt echter weer wel dat milieu-informatie openbaar is. De Wob kent ook nog een derde categorie, waarop de hergebruikregeling uit hoofdstuk V-A van toepassing is. Dit zijn de overheidsorganen als bedoeld in art 1, aanhef en onder i, Wob, en dit zijn dezelfde als de overheidsorganen waarop de Archiefwet van toepassing

is. Er zitten dus drie verschillende openbaarheidregimes in de Wob, die alle drie op een andere categorie overheidsorganen van toepassing zijn, waarbij het toepassingsbereik van de hergebruikregeling uit hoofdstuk V-A Wob hetzelfde is als het toepassingsbereik van de Archiefwet.

### 5.2.2 De zorgdrager

Binnen het overheidsorgaan is de *zorgdrager* ingevolge art. 1, aanhef en onder d,

degene die bij of krachtens de wet belast is met de zorg voor archiefbescheiden.

In de wet komen verschillende bepalingen voor, waarin zorgdragers worden aangewezen. Op grond van artikel 23 Archiefwet worden de Eerste en Tweede Kamer, de andere Hoge Colleges van Staat, de directeur van het Kabinet der Koningin en de ministers aangewezen als zorgdrager voor hun archiefbescheiden. Het tweede lid van art. 23 bepaalt dat de commissarissen der Koningin zorgdrager zijn voor archiefbescheiden die verband houden met de taken als bedoeld in art. 182, eerste en tweede lid, van de Provinciewet. Dit zijn de eigen taken en bevoegdheden van de commissarissen der Koningin. Voor wat betreft de overige taken van de provincie zijn op grond van art. 27 Archiefwet gedeputeerde staten aangewezen als zorgdrager voor de archiefbescheiden van de provinciale organen. Ten aanzien van gemeenten is in art. 30 bepaald dat burgemeester en wethouders zorg dragen voor de archiefbescheiden van de gemeentelijke organen, overeenkomstig een door de gemeenteraad vast te stellen verordening. De Archiefwet geeft soortgelijke regels voor waterschappen in art. 35, voor gemeenschappelijke regelingen in art. 40, en voor andere overheidsorganen in art. 41. Het komt erop neer dat in beginsel het dagelijks bestuur van een overheidslichaam zorgdrager is op grond van de Archiefwet.

De zorgdrager is op grond van art. 5 verplicht tot het ontwerpen van selectielijsten waarin tenminste wordt aangegeven welke archiefbescheiden voor vernietiging in aanmerking komen. Archiefbescheiden die niet voor vernietiging in aanmerking komen, dus die niet op een selectielijst staan als bedoeld in art. 5, moeten door de zorgdrager op grond van art. 12 overgebracht worden naar een archiefbewaarplaats wanneer de bescheiden ouder zijn dan 20 jaar. Art. 13 geeft een aantal uitzonderingen op deze termijn van 20 jaar. De zorgdrager is op grond van art. 10 verplicht om erop toe te zien dat archiefbescheiden, die ten onrechte onder een ander overheidsorgaan berusten dan waaronder zij behoren te berusten, op de juiste plaats belanden. De taken en bevoegdheden van de zorgdrager strekken zich uit tot zowel archiefbescheiden die zich (nog) niet in een archiefbewaarplaats bevinden, die dus nog bij het overheidsorgaan berusten,



als tot archiefbescheiden die al wel naar een archiefbewaarplaats zijn overgebracht.

Naast het zorgdragen kent de wet ook de term *beheer*. Dit begrip is echter niet gedefinieerd in de wet. De beheerder krijgt in de wet echter wel een aantal taken en bevoegdheden toegekend. Deze taken en bevoegdheden richten zich tot de beheerder van archiefbescheiden die zich in een archiefbewaarplaats bevinden, dus de archiefbescheiden die blijvend bewaard worden. Blijkens de memorie van toelichting betreft de verplichting uit art. 3 om archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te bewaren, aspecten die elders in de wet onder de term *beheer* worden verstaan. Ook de toegankelijke staat van archiefbescheiden, door middel van inventarissen en andere hulpmiddelen, moeten uitdrukkelijk als aspect van *beheer* worden genoemd.<sup>258</sup> Het *beheer* betreft dan de feitelijke werkzaamheden die nodig zijn om archiefbescheiden in een goede, toegankelijke en geordende staat te brengen en te bewaren. Deze verplichting uit art. 3 geldt voor alle archiefbescheiden. De bepalingen uit de Archiefwet die zich tot de beheerder richten, richten zich tot de beheerder van een archiefbewaarplaats.

### 5.2.3 Archiefbescheiden

Ten derde de vraag welke overheidsinformatie onder de werking van de Archiefwet valt. Dit is geregeld in art. 1, aanhef en onder c, van de wet. Hier staat:

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

c. archiefbescheiden:

- 1°. bescheiden, ongeacht hun vorm, door de overheidsorganen ontvangen of opgemaakt en naar hun aard bestemd daaronder te berusten;
- 2°. bescheiden, ongeacht hun vorm, met overeenkomstige bestemming, ontvangen of opgemaakt door instellingen of personen, wier rechten of functies op enig overheidsorgaan zijn overgegaan;
- 3°. bescheiden, ongeacht hun vorm, welke ingevolge overeenkomsten met of beschikkingen van instellingen of personen dan wel uit anderen hoofde in een archiefbewaarplaats zijn opgenomen om daar te berusten;
- 4°. reproducties, ongeacht hun vorm, welke bij of krachtens de wet in de plaats zijn gesteld van de onder 1°, 2° of 3° bedoelde archiefbescheiden of welke op grond van het bepaalde in artikel 7 zijn vervaardigd.

Duidelijk is door het gebruik van de woorden ‘ongeacht hun vorm’ dat het de bedoeling is geweest de Archiefwet ook van toepassing te laten zijn op niet op

---

258 *Kamerstukken II 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 21-22.*

papier vastgelegde informatie. Informatie die opgeslagen is op elektronische gegevensdragers, valt daardoor onder het bereik van deze wet. Met de zinsnede ‘bescheiden, die naar hun aard bestemd zijn om onder het overheidsorgaan te berusten,’ wordt bedoeld bescheiden die een directe relatie hebben met de werkprocessen van het overheidsorgaan, de zogenaamde procesgebonden informatie.<sup>259</sup> Volgens Ketelaar is hierdoor de omschrijving van het begrip document een beperktere dan die uit de Wob, waar onder document wordt verstaan ‘een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat’.<sup>260</sup> Een document valt echter alleen dan onder de werking van de Wob, indien het document een bestuurlijke aangelegenheid betreft. Een onder een overheidsorgaan berustend stuk valt onder de werking van de Archiefwet indien dit document te maken heeft met de uitvoering van de taak, van het werk, dat dit orgaan moet verrichten. Zogenaamde documentatie als boeken, tijdschriften en knipselverzamelingen, vallen door deze definitie niet onder de werking van de wet.<sup>261</sup>

Tussen de definitie uit de Wob en die uit de Archiefwet lijkt dan ook, afgezien van een verschil in de begripsomschrijving, niet veel verschil te zitten. Uit een nadere uitwerking van de definitie uit de Archiefwet blijkt dat een archiefbescheid informatie bevat ‘die door onderling samenhangende werkprocessen is gegenereerd en die zodanig door die werkprocessen is gestructureerd en vastgelegd dat ze vanuit de context van die werkprocessen kan worden bevraagd.’<sup>262</sup> Deze definitie is gebaseerd op het archivalische beginsel dat een archief niet een willekeurige verzameling van documenten is, maar dat de documenten waaruit een archief bestaat, met elkaar gemeen hebben dat ze zijn gebonden aan de werkprocessen waaruit ze zijn voortgebracht.<sup>263</sup> In dit verband gebruikt de archivaliek ook het begrip context. Hiermee wordt dan bedoeld de samenhangende omgevingselementen die bepalen hoe het archief wordt gegenereerd, gestructureerd en bevraagd.<sup>264</sup> Hierdoor wordt een archief meer dan een willekeurige verzameling documenten.

Voor een archief van een overheidsorgaan houdt de definitie van het begrip archiefbescheid in, dat daaronder moeten worden begrepen die documenten, die zijn ontstaan bij het realiseren van de taak van de overheidsorganisatie. Hierbij wordt weer onderscheid gemaakt tussen de primaire werkprocessen en de secundaire werkprocessen. De primaire werkprocessen zijn gericht op het bereiken van het doel van het

---

259 Van Boven e.a. 2003, p. 18.

260 Ketelaar 2004, p. 4.

261 Van Boven e.a. 2003, p. 18.

262 Thomassen 1999, p. 11 en 12.

263 Thomassen 1999, p. 12.

264 Thomassen 2000, p. 24.

overheidsorgaan, de secundaire werkprocessen zijn gericht op de ondersteuning van de primaire werkprocessen. Een voorbeeld van een secundair werkproces is personeelsbeheer. Volgens de definitie die luidt dat archiefbescheiden informatie bevatten die door onderling samenhangende werkprocessen is gegenereerd, valt zowel informatie die uit de primaire werkprocessen voortkomt, als informatie die uit de secundaire werkprocessen voortkomt, onder het begrip archiefbescheid. Een archiefbescheid is daarmee een document dat archiefinformatie bevat.

De Archiefwet bevat geen definitie van het begrip document, maar er zou aangesloten kunnen worden bij de definitie die de Wob gebruikt: een document in de zin van de Wob is ex art. 1, aanhef en onder a: een bij een bestuursorgaan berustend stuk of ander materiaal dat gegevens bevat. Een document is dan een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat. De laatste zinsnede uit deze definitie duidt erop dat het begrip document ruim uitgelegd moet worden. Van oudsher worden bijvoorbeeld geluidsbanden aangeduid als documenten. Ook vallen onder de definitie uit de Wob:

‘foto’s, films, ponskaarten en -banden en elektromagnetische kaarten en -banden. De ontwikkeling van de computertechniek zal naar verwachting tot nieuwe gegevensdragers leiden. Het is niet onmogelijk dat gegevens niet alleen worden gedragen door de software, maar dat zij reeds in de hardware worden ingebouwd of geprogrammeerd.’

Verder is ‘niet alleen de fysieke aanwezigheid van belang. Het document moet ook bestemd zijn voor het overheidsorgaan als zodanig.’<sup>265</sup> In dit onderzoek wordt daarom onder archiefbescheid verstaan: een document dat archiefinformatie bevat. Onder archiefinformatie wordt verstaan: informatie die is ontstaan in voorbereiding op, bij of als gevolg van het uitoefenen van een taak van een overheidsorgaan.

#### **5.2.4 Openbaarheid van archiefbescheiden**

Voor archiefbescheiden die bij het betreffende overheidsorgaan berusten, gelden de in hoofdstuk 3 besproken openbaarheidsregelingen. Dat betekent dat zij openbaar zijn volgens de wettelijke bekendmakings- en openbaarheidsregelingen en dat de beperkingen die daarin zijn opgenomen, eveneens van kracht zijn.

Voor archiefbescheiden die zijn overgebracht naar een archiefbewaarpplaats, geldt dat het beperkingenregime van de Archiefwet van toepassing is. Dat houdt in dat volgens art. 15 Archiefwet de zorgdrager, na advies van de beheerder van de archiefbewaarpplaats, bij het overbrengen van

---

265 *Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 21*

archiefbescheiden naar een archiefbewaarplaats slechts beperkingen aan de openbaarheid kan stellen voor een bepaalde termijn en met het oog op:

- a. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
- b. het belang van de Staat of zijn bondgenoten;
- c. het anderszins voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Dit levert een ruimer openbaarheidsregime op dan dat van de Wob. Ten eerste moet de zorgdrager expliciet, en voor een bepaalde termijn, bepalen dat voor een bepaald archiefbescheid een bepaalde beperking geldt. Ten tweede is het aantal mogelijke beperkingen kleiner dan het aantal weigeringsgronden dat de Wob kent.

De weigeringsgronden die niet in de Archiefwet staan maar wel in de Wob, verliezen dus door het verouderen van de betrokken informatie hun waarde.<sup>266</sup> Het is ook expliciet de bedoeling geweest om in de Archiefwet tot een grotere openbaarheid te komen dan op grond van de Wob. In de toelichting bij de Wob wordt hierover opgemerkt:

‘de Archiefwet dient een nog grotere mate van openbaarheid van overheidsdocumenten te verzekeren dan aanwezig is in de fase waarin de stukken nog betrekking hebben op het actuele doen en laten van de overheid.’<sup>267</sup>

Dit heeft te maken met de termijn waarop stukken naar een archiefbewaarplaats worden overgebracht, namelijk 20 jaar. Na deze termijn zal naar verwachting geen behoefte meer zijn aan een weigeringsgrond als bijvoorbeeld bedoeld in art. 11 Wob, op grond waarvan persoonlijke beleidsopvattingen in het intern beraad niet openbaar gemaakt hoeven te worden, of een weigeringsgrond die bedrijfs- of fabricagegevens beschermt, of de opsporing of vervolging van strafbare feiten.

---

266 *Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 12.*

267 *Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 11-12.*

### 5.2.5 Conclusie

De conclusie is dat de Archiefwet een ruimer toepassingsbereik heeft dan de Wob. Het aantal overheidsorganen dat onder de Archiefwet valt, is ruimer dan het aantal organen dat onder de Wob valt. Deze is namelijk hoofdzakelijk, met uitzondering van de regeling voor hergebruik, van toepassing op bestuursorganen.

Het begrip *archiefbescheid* komt 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, en die bestuurlijke informatie betreft, of volgens de Archiefwet: die te maken heeft met de werkprocessen van het overheidsorgaan.

De beperkingen aan de openbaarheid op grond van de Archiefwet zijn minder ruim dan de weigeringsgronden van de Wob. Hoewel het vanzelfsprekend is dat een aantal weigeringsgronden hun werking na verloop van tijd verliezen, en dat bepaalde documenten dus na verloop van tijd openbaar gemaakt kunnen worden, is deze vaststelling vreemd. Juist in de fase waarin stukken betrekking hebben op het actuele doen en nalaten van de overheid, bestaat er behoefte aan controle op het overheidshandelen.

## 5.3 Kernplicht Archiefwet

### 5.3.1 Bewaren van informatie

De kernplicht van de wet tenslotte staat in art. 3:

Overheidsorganen zijn verplicht de onder hen berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren, alsmede zorg te dragen voor de vernietiging van de daarvoor in aanmerking komende archiefbescheiden.

Deze verplichting de archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren, geldt voor de hele levenscyclus van overheidsbescheiden: vanaf het ontstaan tot en met de vernietiging of blijvende bewaring.<sup>268</sup> De Archiefwet is daarmee van belang voor het toegankelijk maken en houden van overheidsinformatie. Archiefbescheiden die niet bewaard hoeven te worden, dienen volgens art. 3 te worden vernietigd. In de memorie van toelichting staat hierover bepaald dat door archieven te ontdoen van niet meer relevante stukken, de toegankelijkheid en de beschikbaarheid van archieven toenemen en de beheerskosten daardoor afnemen.<sup>269</sup> Vernietiging is daarmee

---

<sup>268</sup> Van Boven 2003, p. 16.

<sup>269</sup> *Kamerstukken II* 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 6.

van belang voor een goed archiefbeheer, en daarom is de plicht hiertoe wettelijk vastgelegd in art. 5 van de Archiefwet.<sup>270</sup>

De verplichting uit art. 3 richt zich tot overheidsorganen, niet tot de zorgdrager, hoewel uit de voorgaande paragraaf bleek dat de zorgdrager degene is die belast is met de zorg voor archiefbescheiden. Dit blijkt ook uit de aan de zorgdrager opgedragen taken en bevoegdheden waarmee invulling kan worden gegeven aan deze verantwoordelijkheid. Om te bepalen welke bescheiden bewaard, dan wel vernietigd moeten worden, stelt de zorgdrager op grond van art. 5 selectielijsten op, waarin tenminste wordt aangegeven welke archiefbescheiden voor vernietiging in aanmerking komen. Deze selectielijsten, die eigenlijk vernietigingslijsten zijn, hoeven dus ten aanzien van de te bewaren bescheiden niet uitputtend te zijn. Wel moet in de lijsten uitputtend staan opgesomd welke bescheiden vernietigd moeten worden. Bij het opstellen van een selectielijst, dus bij het maken van een afweging over de vraag welke archiefbescheiden blijvend bewaard dan wel gedurende een beperkte periode bewaard moeten blijven, bepaalt art. 2 van het Archiefbesluit 1995:

1. Bij het ontwerpen en vaststellen van selectielijsten, bij besluiten omtrent de vervanging van archiefbescheiden door reproducties en bij besluiten omtrent de vervreemding van archiefbescheiden wordt rekening gehouden met:
  - a. de taak van het desbetreffende overheidsorgaan;
  - b. de verhouding van dit overheidsorgaan tot andere overheidsorganen;
  - c. de waarde van de archiefbescheiden als bestanddeel van het cultureel erfgoed; en
  - d. het belang van de in de archiefbescheiden voorkomende gegevens voor overheidsorganen, voor recht- of bewijszoekenden en voor historisch onderzoek.

Ten aanzien van archiefbescheiden die niet voor vernietiging in aanmerking komen en ouder zijn dan 20 jaar, bepaalt art. 12 dat deze worden overgebracht naar een archiefbewaarplaats. Een archiefbewaarplaats is een bij of krachtens de Archiefwet voor de blijvende bewaring van archiefbescheiden aangewezen plaats, art. 1, aanhef en onder f. Archiefbescheiden kunnen ook eerder overgebracht worden naar een archiefbewaarplaats, wanneer er voor de beheerder van de archiefbewaarplaats voldoende aanleiding is om daarvoor ruimte beschikbaar te stellen. In elk geval berusten archiefbescheiden jonger dan 20 jaar in beginsel bij het overheidsorgaan, op wiens taak de bescheiden van toepassing zijn. Op dat overheidsorgaan berust dan de algemene taak ingevolge art. 3 om de bescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren. Het overbrengen van bescheiden naar een archiefbewaarplaats heeft als doel een zo groot mogelijke openbaarheid van bestuur te verwezenlijken. Dit gebeurt door informatie over niet-recent overheidsbeleid te bewaren en voor onderzoek beschikbaar te houden. Het gaat dan om archiefbescheiden die door

---

270 *Kamerstukken II 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 23.*

overheidsorganen niet meer veelvuldig geraadpleegd worden of gebruikt. Een archiefbescheid van ouder dan 20 jaar wordt geacht hieraan te voldoen. Bescheiden jonger dan 20 jaar, die niet meer veelvuldig worden geraadpleegd of gebruikt, kunnen al eerder worden overgebracht naar een archiefbewaarpplaats.

### 5.3.2 Digitale duurzaamheid

In de inleiding bij dit hoofdstuk is al iets gezegd over het belang van digitale duurzaamheid. Bij het archiveren van elektronisch opgeslagen informatie komen er andere vragen om de hoek kijken dan bij het archiveren van papieren documenten. Zo spelen bij het archiveren van elektronisch opgeslagen documenten de authenticiteit en de integriteit van het archiefbescheid een grote rol. Met *authenticiteit* wordt in de archivaliek bedoeld de eigenschap van een archiefstuk dat de integriteit vaststaat als gevolg van een controleerbare wijze van archiefvorming, overlevering, bewaring en raadpleging. Onder *integriteit* wordt in de archivaliek verstaan de eigenschap van een archiefstuk dat zijn vorm, inhoud en structuur bij raadpleging gelijk zijn aan de vorm, inhoud en structuur op het tijdstip dat het werd opgemaakt.<sup>271</sup> Als voorbeeld van authenticiteitsbehoud geeft Noordam het voorbeeld van een digitale brief, geproduceerd in 1998. Deze brief moet in 2098 in identieke vorm gelezen kunnen worden, ondanks alle opeenvolgende wijzigingen in hardware, software en gegevensdragers. Dit geldt dan niet alleen voor de feitelijke inhoud van de brief, maar ook voor elementen als de lay-out, het lettertype en het briefhoofd.<sup>272</sup> Volgens Ketelaar is het hoofddoel van de hieronder besproken ‘Regeling geordende en toegankelijke staat archiefbescheiden’ het voor nu en later verzekeren van de authenticiteit en de integriteit van archiefbescheiden.<sup>273</sup>

Waaruit bestaan deze regels nu? Uit de begripsomschrijving uit art. 1 Archiefwet is gebleken dat de wet ook op elektronisch opgeslagen informatie van toepassing is. Art. 21 Archiefwet bepaalt dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld met betrekking tot de duurzaamheid van door overheidsorganen op te maken archiefbescheiden. Deze regels staan in het Archiefbesluit 1995. Art. 11 van dit Archiefbesluit bepaalt dat de zorgdrager zodanige voorzieningen treft ten aanzien van de door hem opgemaakte archiefbescheiden die ingevolge een voor hem geldende selectielijst voor bewaring in aanmerking komen, dat bij het raadplegen van die archiefbescheiden na ten minste honderd jaar geen noemenswaardige achteruitgang zal zijn te constateren. Bij ministeriële regeling worden nadere regels gesteld omtrent de duurzaamheid van de in het eerste lid bedoelde

---

271 Ketelaar 2004, p. 6.

272 Noordam 1998, p. 164.

273 Ketelaar 2004, p. 6.

archiefbescheiden. Deze ministeriële regeling is de ‘Regeling duurzaamheid archiefbescheiden’. De regeling geldt dus alleen voor archiefbescheiden die voor blijvende bewaring in aanmerking komen. Archiefbescheiden die na een aantal jaren vernietigd moeten worden, vallen niet onder de werking van de regeling. In de regeling staan normen waaraan materialen die gebruikt worden voor het bewaren van archiefbescheiden, moeten voldoen. Voor elektronisch opgeslagen archiefbescheiden bepaalt art. 8:

Archiefbescheiden op optische schijven of elektromagnetische dragers worden overgezet op of in nieuwe dragers, zodra het gevaar dreigt dat de informatie verloren gaat dan wel onleesbaar of niet waarneembaar wordt als gevolg van:

- a. natuurlijke of door de verpakking veroorzaakte veroudering van de gebruikte materialen, of;
- b. het in onbruik raken van apparatuur of programmatuur, die benodigd is om de informatie leesbaar of waarneembaar te maken.

Deze regels zijn van toepassing op archiefbescheiden in een archiefbewaarpplaats, maar ook op archiefbescheiden die zich nog bij het overheidsorgaan bevinden. Het moet bij dit laatste dan echter wel gaan om bescheiden die voor blijvende bewaring in aanmerking komen. Ten aanzien van archiefbescheiden die niet voor blijvende bewaring in aanmerking komen, geldt de Regeling duurzaamheid archiefbescheiden niet. Voor deze bescheiden geldt alleen de algemene zorgplicht uit art. 3 Archiefwet, deze bescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren. Deze zorgplicht wordt niet verder ingevuld voor elektronisch opgeslagen archiefbescheiden die niet blijvend bewaard hoeven worden. Uit de selectielijst van de VNG blijkt dat de bewaartermijn voor bepaalde categorieën te verwijderen archiefbescheiden nog flink kan oplopen.<sup>274</sup> Bepaalde informatie wordt bijvoorbeeld 7 jaar na het vervallen van het belang bewaard;<sup>275</sup> andere informatie moet bijvoorbeeld tot 30 jaar na het vervallen van het besluit bewaard blijven.<sup>276</sup> Het is daarom wenselijk om ook ten aanzien van bescheiden die niet blijvend bewaard hoeven te worden, over normen te beschikken die het elektronisch opslaan van deze informatie reguleren.

De belangrijkste normen ten aanzien van de digitale duurzaamheid staan in de ‘Regeling geordende en toegankelijke staat archiefbescheiden’. Deze

---

274 Vaststelling selectielijst voor archiefbescheiden van gemeentelijke en intergemeentelijke organen opgemaakt of ontvangen vanaf 1 januari 1996, 21 november 2005/Nr. C/S&A/05/2376, *Stcrt.*, 2005, 247, p. 39.

275 Dit geldt bijvoorbeeld voor overeenkomsten, nr. 17.

276 Dit geldt bijvoorbeeld voor mandaat besluiten, par. 3.5, nr. 4.



ministeriële regeling van februari 2002 is gebaseerd op art. 12 van het Archiefbesluit 1995, dat bepaalt:

Bij ministeriële regeling worden regels gesteld met betrekking tot het in geordende en toegankelijke staat brengen en bewaren van archiefbescheiden die ingevolge een selectielijst voor bewaring in aanmerking komen.

Art. 12 Archiefbesluit is weer een uitwerking van het tweede lid van art. 21 Archiefwet, dat bepaalt:

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot het in geordende en toegankelijke staat brengen en bewaren van archiefbescheiden.

Zoals blijkt uit art. 12 Archiefbesluit, is ook deze ministeriële regeling alleen van toepassing op archiefbescheiden die voor blijvende bewaring in aanmerking komen. De regeling is hoofdzakelijk gericht op digitale archiefbescheiden. Onder digitale archiefbescheiden wordt in art. 1, eerste lid onder f, verstaan:

archiefbescheiden die uitsluitend met behulp van besturings- of toepassingsprogrammatuur geraadpleegd kunnen worden.

Wat verstaan moet worden onder besturings- en toepassingsapparatuur staat in de begripsomschrijving in art. 1 van de regeling. In art. 1, eerste lid onder d, staat als omschrijving van besturingsapparatuur:

de programmatuur die bestemd is ter besturing van een informatiesysteem.

Denk daarbij bijvoorbeeld aan Microsoft Windows, Linux of Mac OSX. Toepassingsapparatuur is blijkens art. 1, eerste lid onder n:

de programmatuur die bestemd is voor de ondersteuning van de uitvoering van een werkproces.

Onder werkproces wordt in art. 1, eerste lid onder p, verstaan:

de uitvoering van de taak of handeling uit hoofde waarvan archiefbescheiden door een overheidsorgaan worden ontvangen of opgemaakt als naar hun aard bestemd om daaronder te berusten.

Toepassingsapparatuur zou dus bijvoorbeeld het programma Word van Microsoft kunnen zijn, indien daarmee archiefbescheiden worden opgemaakt.

De algemene normen uit deze regeling staan in paragraaf 2. De paragraaf bestaat uit de artikelen 2, 3 en 4. Uit art. 2 van de regeling volgt dat de zorgdrager ervoor moet zorgen dat van elk archiefbescheid te allen tijde de inhoud, structuur en vorm kunnen worden vastgesteld. Ook moet kunnen worden vastgesteld wanneer een archiefbescheid door het overheidsorgaan werd ontvangen dan wel opgemaakt, en moet de samenhang met andere archiefbescheiden kunnen worden vastgesteld. In de toelichting bij dit artikel wordt deze informatie *contextinformatie* genoemd. Door deze informatie kan de gebruiker van archiefbescheiden deze bescheiden interpreteren, ook als de oorspronkelijke omgeving waarin ze zijn ontstaan en een rol hebben vervuld, niet meer bestaat. Onder *context* wordt dan zowel verstaan de samenhang met het werkproces, als de samenhang met andere archiefbescheiden die door het overheidsorgaan zijn ontvangen en opgemaakt. Verder moet de zorgdrager er op grond van art. 3 voor zorgen dat de onder hem ressorterende overheidsorganen beschikken over een actueel, compleet en logisch samenhangend overzicht van de bij het overheidsorgaan berustende archiefbescheiden en de bestanden waarin deze bewaard worden. Art. 4 ten slotte bepaalt dat de zorgdrager ervoor zorgt dat het archiefsysteem de toegankelijke staat van archiefbescheiden waarborgt, zodanig dat elk van de archiefbescheiden binnen een redelijke termijn gevonden kan worden, en dat elk van de archiefbescheiden binnen een redelijke termijn leesbaar of waarneembaar te maken is.

De artikelen 5 tot en met 9 geven vervolgens specifieke regels voor te bewaren digitale archiefbescheiden. Het eerste lid van art. 5 bepaalt dat indien een gerede kans bestaat dat, als gevolg van wijziging van besturingsapparatuur, toepassingsprogrammatuur of andere apparatuur, niet langer kan worden voldaan aan de artikelen 2, 3 en 4, de zorgdrager er voor zorgt dat conversie dan wel migratie van digitale archiefbescheiden plaatsvindt. In art. 6 is uitputtend geregeld in welke standaarden digitale archiefbescheiden moeten staan opgeslagen. In art. 7 staat dat de ordening en toegankelijkheid van digitale archiefbescheiden, zoals gerealiseerd door middel van toepassingsprogrammatuur, onverbreekelijk onderdeel uitmaken van de archiefbescheiden waarop ze betrekking hebben. De toepassingsapparatuur, zoals bijvoorbeeld het programma Word, wordt op grond van art. 8 bewaard, voor zover dat nodig is om aan de artikelen 2, 3 en 4 te voldoen. Het derde lid van art. 8 bepaalt dat de zorgdrager indien nodig ervoor zorgt te beschikken over de benodigde licenties van deze toepassingsprogrammatuur. Art. 9 tenslotte bevat de verplichting voor de zorgdrager om een aantal gegevens te bewaren: de benaming van de toepassingsapparatuur, de beschrijving van het platform (een platform wordt in art. 1, eerste lid onder 1, gedefinieerd als het geheel van apparatuur en besturingsprogrammatuur waarop de toepassingsprogrammatuur

werkt), de documentatie die aangeeft hoe de toepassingsprogrammatuur heeft gewerkt en een beschrijving van de opgeslagen bestanden.

Deze normen gelden echter alleen voor archiefbescheiden die blijvend bewaard moeten blijven. Duidelijk is echter wel dat e-mail-, sms- en chatberichten onder de Archiefwet kunnen vallen en dat een deel daarvan, afhankelijk van de aard van het bericht, voor blijvende bewaring in aanmerking zou kunnen komen. Dit geldt ook voor websites en berichten die daarop geplaatst zijn. Beslissingsondersteunende software staat als aparte categorie niet in de selectielijst van de VNG opgenomen. In hoofdstuk 3 staat echter in par. 3.5, onder 1, dat informatiserings- en automatiseringsplannen, indien uitgevoerd, blijvend bewaard moeten worden. Gelet op het feit dat archiefbescheiden in hun context bewaard moeten worden, zal echter de conclusie getrokken moeten worden dat beslissingsondersteunende software even lang bewaard moet blijven als de erop gebaseerde individuele beslissingen. Dit geldt ook voor andere software programma's die gebruikt zijn om besluiten te nemen. Dat de hierboven beschreven normen ook zouden moeten gelden voor archiefbescheiden die niet blijvend bewaard hoeven te blijven, blijkt uit het volgende voorbeeld: voor bijstandsbeslissingen bijvoorbeeld is de bewaartermijn op grond van par. 3.14 onder 1 van de selectielijst 20 jaar na beëindiging van de bijstand. Uiteraard is dit een flinke periode, waarbij dan ook zeker rekening gehouden zou moeten worden met de digitale duurzaamheid van eventuele elektronisch opgeslagen informatie. Bouwvergunningen worden op grond van par. 3.6 onder 2, blijvend bewaard. Wordt beslissingsondersteunende software aangemerkt als beleidsregel, dan zal deze blijvend bewaard moeten worden. Overigens zou uit het feit dat deze software niet als aparte categorie op de (vernietigings)lijst staat opgesomd, kunnen worden afgeleid dat deze blijvend bewaard blijft.

### 5.3.3 Conclusie

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.<sup>277</sup> 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.

---

277 Van Boven 2003, p. 16.

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. Uit de in de vorige paragraaf genoemde voorbeelden blijkt dat deze bewaartermijn flink kan oplopen. Er geldt geen verplichting deze informatie op een digitaal duurzame wijze op te slaan, en zo'n verplichting is wel wenselijk.

## **5.4 Samenvatting en conclusies**

### **5.4.1 Samenvatting**

Vastgesteld is dat de Archiefwet van toepassing is op elektronisch opgeslagen informatie. Ook is gebleken dat toegang tot overheidsinformatie een van de twee hoofddoelen van de Archiefwet is.

De Archiefwet heeft een ruimer toepassingsbereik dan de Wob. Het aantal overheidsorganen dat onder de Archiefwet valt, is ruimer dan het aantal organen 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.<sup>278</sup> De Archiefwet is daarmee van belang voor het toegankelijk maken 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. Dit 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 deze informatie op een digitaal duurzame wijze op te slaan en zo'n verplichting is wel wenselijk. Wellicht kan deze verplichting worden ingelezen in 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.

---

278 Van Boven 2003, p. 16.

### **5.4.2 Conclusies**

Het begrip overheidsorgaan, het toepassingsbereik van de Archiefwet, moet ook gelden voor de Wob.

Voor alle overheidsinformatie, niet alleen die informatie die onder de Archiefwet valt, moet de verplichting gelden om deze in goede, geordende, toegankelijke en dus duurzame, staat te bewaren.

De Wob en de Archiefwet moeten samengevoegd worden.

## 6 Toezicht op informatieverstrekking

### 6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden onderzocht op welke wijze bevorderd kan worden dat de overheid zich houdt aan de normen voor communicatie door de overheid. Meer specifiek zal worden onderzocht of er in het Nederlandse rechtssysteem behoefte is aan toezicht op het (elektronisch) verstrekken van overheidsinformatie en, zo ja, op welke wijze dit toezicht op de openbaarheid dan vorm zou moeten krijgen.

Nu is toezicht een breed begrip. Globaal worden in het toezicht 3 stappen onderscheiden: voorlichting, toezicht houden en geschilbeslechting. Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld verwijzen naar de handavingspiramide die geïntroduceerd is door Ayres en Braithwaite.<sup>279</sup> Deze piramide begint onderaan met overtuigen, instrueren en adviseren en eindigt in de top met boete, dwangsom en het intrekken of opschorten van een vergunning.<sup>280</sup>

Wellicht levert het instellen van een speciaal instituut dat toezicht houdt op de openbaarheid van bestuur, een grotere mate van transparantie en toegang tot overheidsinformatie op: één van de beoordelingsmaatstaven van dit onderzoek.

Het instellen van een speciaal instituut dat toezicht houdt op de openbaarheid van bestuur is overigens geen nieuw idee. Al in het rapport van de commissie Biesheuvel uit 1970 werd door de commissie de voorkeur uitgesproken voor het instellen van een raad voor de openbaarheid. Deze raad zou een permanent adviesorgaan moeten zijn. De raad zou geen individuele klachten behandelen, maar wel.<sup>281</sup>

‘ – bijvoorbeeld aan de hand van dergelijke klachten – aandacht schenken aan meer structurele tekortkomingen in de toepassing van het openbaarheidsbeginsel en de regering over haar bevindingen dienaangaande adviseren. Bondig geformuleerd zou aan dit permanente college kunnen worden opgedragen, de regering van advies te dienen over de meest wenselijke toepassing van het beginsel van openbaarheid door de organen van de overheid. Dit laatste wordt in de meest ruime zin opgevat.’

Dit voorstel om een Raad voor de openbaarheid van bestuur in te stellen is overgenomen in het wetsvoorstel van de eerste Wob.<sup>282</sup> Deze Raad voor de openbaarheid van bestuur zou tot taak hebben de regering, op verzoek of uit

---

279 Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007, p. 60.

280 Van der Pligt, Koomen & Van Harreveld 2007, p. 61.

281 Commissie Biesheuvel, p. 78.

282 *Kamerstukken II 1974/75*, 13 418, nr. 3, p. 20.

eigen beweging, te adviseren over ‘de gehele problematiek van de openheid en openbaarheid’. Het voorstel heeft het Staatsblad echter niet gehaald. Bij nota van wijzigingen is het voorstel om een Raad voor de openbaarheid van bestuur in te stellen, gewijzigd in een verplichting voor de minister-president, de minister van algemene zaken en de minister van binnenlandse zaken, tot het opstellen van een verslag over de wijze waarop de wet is toegepast.<sup>283</sup> Als reden voor deze wijziging voerde de toenmalige regering aan, dat

‘de veelzijdig samengestelde raad zou als eerste taak krijgen te adviseren over het ontwerp voor de algemene maatregelen van bestuur die het bepaalde in de eerste twee leden van dit artikel (bedoeld is art. 1 van het wetsvoorstel) concrete inhoud zou verlenen.’<sup>284</sup>

In deze AMvB zou het recht op passieve informatie worden

‘uitgewerkt in regelen die met behulp van illustratieve voorbeelden een eenheid van optreden door de verschillende organen van de Centrale overheid op het gebied van de openheid en openbaarheid van bestuur moeten bewerkstelligen.’<sup>285</sup>

Maar omdat het voorontwerp van dit AMvB intussen tot stand gekomen was, vond de regering dat voor het instellen van een dergelijk college een belangrijk argument was komen te vervallen.<sup>286</sup>

Dit hoofdstuk is gebaseerd op een rechtsvergelijkend onderzoek dat in 2005 is verricht in opdracht van het ministerie van Binnenlandse zaken.<sup>287</sup> Dit onderzoek betrof een aantal instituten, die worden aangeduid met het begrip informatiecommissaris. De informatiecommissaris is een onafhankelijk instituut, dat is belast met het bevorderen van de openbaarheid in een land. In verschillende landen bestaat een dergelijk instituut, dat de openbaarheid bevordert, bijvoorbeeld door middel van het geven van voorlichting en door het uitoefenen van toezicht op de wijze waarop de openbaarheidsregelgeving door de overheid wordt toegepast.

In dit hoofdstuk zal de vraag beantwoord worden of het instellen van een orgaan dat toezicht houdt op het verstrekken van informatie in het Nederlandse rechtstelsel wenselijk is en zo ja, of het ingepast kan worden. Allereerst wordt onderzocht wat de meerwaarde is van een informatiecommissaris. Vervolgens

---

283 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 418, nr. 9, p. 2.

284 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 418, nrs. 7-8, p.30.

285 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 418, nr. 3, p. 15.

286 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 418, nrs. 7-8, p. 30.

287 Klingsberg & Damen 2007.



zal worden onderzocht hoe dit in het Nederlandse systeem zou kunnen worden ingepast.

## **6.2 Uitkomsten rechtsvergelijkend onderzoek**

In deze paragraaf worden de uitkomsten van de rechtsvergelijking weergegeven. Het onderzoek is verricht in 2005, dus gebaseerd op de wetgeving die in 2005 van kracht was. Dit is geen bezwaar, omdat het vooral de bedoeling is de verschillende varianten in beeld te brengen. De gevonden resultaten zijn, voor zover mogelijk, opgenomen in een tabel. Daarin wordt in de laatste kolom het aantal keren weergegeven waarbij het onderzochte fenomeen zich voordoet. Vervolgens worden de uitkomsten van het onderzoek kort besproken.

	België	Canada	Duitsland	Hongarije	Ierland	Italië	Mexico	Noorwegen	VK	9
<b>Openbaarheid in grondwet</b>	X	-	X	X	-	-	-	X	-	4
<b>Wie neemt initiatief tot onderzoek</b>										
burger	X	X	X	X	X	-	X	X	X	8
instituut	X	X	X	X	X	X	X	X	X	9
bestuursorgaan	X	-	-	-	-	-	-	-	-	1
<b>Interventiebevoegdheden instituut</b>										
Advies bevoegdheid	X	X	X	X	-	X	-	X	-	6
Bemiddeling	-	-	-	-	X	-	-	-	-	1
Bindende beslisbevoegdheid	-	-	-	-	X	-	X	-	X	3
Opdracht geven	-	X	-	X	-	-	X	-	X	4
Andere sanctie	-	-	-	X	-	-	-	-	X	2
Anderszins openbaarmaking afdwingen	-	X	-	X	-	-	-	-	-	2
<b>Onderzoeksbevoegdheden</b>										
Opvragen/Inlichtingen	X	X	X	X	X	X	X	X	X	9
Oproepen	-	X	-	X	X	-	X	-	-	4
Eed afnemen	-	X	-	-	-	-	-	-	-	1
Betreden	-	X	X	X	X	-	-	X	X	6
Meenemen	-	X	-	-	-	-	-	-	X	2
<b>Rechtsbescherming</b>										
Bindende beslisbevoegdheid	-	-	-	-	X	-	X	-	X	3
Advies bevoegdheid	X	X	X	X	-	X	-	X	-	6
Beroep tegen beslissing Informatie-commissaris	-	-	-	<sup>288</sup>	X	-	X	-	X	3
<b>Overige adviesbevoegdheden</b>										
Advies wetgeving	X	-	X	X	-	X	-	-	X	5
Adviesbeleid	-	-	X	-	-	X	-	-		2

288 Er is wel beroep mogelijk tegen een beslissing omtrent classificatie van gegevens, niet tegen het advies van de informatiecommissaris.

Van de negen onderzochte informatiecommissarissen bestaat er bij vier een constitutioneel recht op openbaarheid. Het al dan niet bestaan van een grondwettelijk recht op overheidsinformatie is kennelijk niet van invloed op de wijze waarop het toezicht op openbaarheid is geregeld en speelt geen rol bij de beslissing om al dan niet een informatiecommissaris in te stellen.

Verder vormen er van de negen onderzochte informatiecommissarissen zes een eenhoofdig ambt, twee een commissie en één een instituut. Vier van de negen onderzochte informatiecommissarissen zijn ook belast met bescherming van persoonsgegevens. In Ierland is sprake van een personele unie met de ombudsman en in Noorwegen vindt het toezicht op openbaarheid plaats door de ombudsman. In België, Italië en Canada is geen sprake van andere taken. Daarbij valt op dat in België en Italië sprake is van commissies. Bij de twee commissies is geen sprake van meerdere taken. De eenhoofdige instituten hebben – op Canada na – meerdere taken, waarbij er in Ierland zoals gezegd sprake is van een personele unie.

In Hongarije en Canada wordt de informatiecommissaris een bijzondere ombudsman genoemd. Dit zal te maken hebben met de bevoegdheid van de informatiecommissaris, die in deze twee landen een adviserende is. Een algemene bevoegdheid om (behoorlijkheids)klachten over overheidsoptreden te behandelen hebben deze twee informatiecommissarissen niet.

Er zijn dan ook geen aanwijzingen dat de functie van informatiecommissaris zou moeten worden uitgeoefend door een instituut dat het bevorderen van de openbaarheid als enige taak heeft. Van de combinaties van taken is de combinatie met de bescherming van persoonsgegevens de meest voorkomende (vier keer). De combinatie met de ombudsman komt twee keer voor.

In het merendeel van de gevallen (zes van de negen) vindt de benoeming plaats door de Koning(in), de president of een gouverneur. In drie gevallen vindt benoeming plaats door het parlement. Duitsland kent een mengvorm, de Bondsdag kiest en de president benoemt. De duur van de benoeming loopt uiteen van drie tot zeven jaar.

Alle onderzochte informatiecommissarissen hebben de bevoegdheid om op eigen initiatief onderzoek te verrichten. In acht gevallen (alle behalve Italië) kan er een onderzoek starten nadat een burger een verzoek hiertoe heeft ingediend. In één geval, België, is bij wet geregeld dat ook het bestuursorgaan om advies kan vragen.

Wat de onderzoeksbevoegdheden betreft, hebben alle onderzochte instanties de bevoegdheid om inlichtingen te vragen. Vier van de negen hebben de bevoegdheid om getuigen op te roepen, en zes van de negen kunnen ruimten betreden. Twee kunnen informatie meenemen, en één kan de eed afnemen.

De onderzochte informatiecommissarissen hebben wisselende interventiebevoegdheden. De twee onderzochte commissies (België en Italië)

hebben een adviesbevoegdheid. Van de informatiecommissarissen die tevens gegevensbescherming tot taak hebben, hebben die in Mexico en het Verenigd Koninkrijk een bindende beslisbevoegdheid, en die in Duitsland en Hongarije een adviesbevoegdheid. De Noorse ombudsman die tevens het toezicht op openbaarheid als taak heeft, heeft een adviserende bevoegdheid. De Ierse Information Commissioner, die tevens ombudsman is, heeft een bindende beslisbevoegdheid. De Canadese en de Hongaarse informatiecommissarissen, die tevens bijzonder ombudsman zijn, hebben een adviserende bevoegdheid.

De Ierse Information Commissioner heeft een wettelijk vastgelegde bevoegdheid om te bemiddelen. De anderen hebben dit niet, wat overigens niet wil zeggen dat er door hen niet bemiddeld wordt. Uit het interview met de Britse Information Commissioner blijkt dat deze ook van bemiddeling gebruik maakt.<sup>289</sup>

De combinatie van taken is dan ook niet van invloed op de interventiebevoegdheden. Van de informatiecommissarissen die tevens dataprotectie tot taak hebben (Duitsland, Hongarije, Mexico en het Verenigd Koninkrijk), hebben Mexico en het Verenigd Koninkrijk een bindende beslisbevoegdheid en Duitsland en Hongarije een adviserende bevoegdheid. De informatiecommissarissen die tevens algemeen ombudsman zijn, hebben even vaak een bindende beslisbevoegdheid (Ierland) als een adviserende bevoegdheid (Noorwegen). De informatiecommissarissen die bijzonder ombudsman zijn (Canada en Hongarije), hebben een adviserende bevoegdheid.

Tegen de beslissingen van informatiecommissarissen die een bindende beslisbevoegdheid hebben, is beroep mogelijk. Tegen beslissingen van informatiecommissarissen die een adviserende bevoegdheid hebben, staat geen beroep open. Wel kan men hier in alle gevallen (behalve Italië, daarvan is het niet duidelijk) via beroep tegen het besluit van het overheidsorgaan bij de rechter terecht.

Van de negen onderzochte instituten hebben er vijf de wettelijke bevoegdheid om te adviseren over wetgeving. Twee hebben de bevoegdheid om over beleid te adviseren.

Alle onderzochte informatiecommissarissen hebben een verplichting om een jaarverslag op te stellen.

---

289 Klingenberg & Damen 2007, p. 75-77.

## 6.3 De meerwaarde van een informatiecommissaris

### 6.3.1 Inleiding

Aan de hand van het rechtsvergelijkende onderzoek is aan het licht gekomen dat een informatiecommissaris over taken en bevoegdheden ten aanzien van de openbaarheidsregelgeving beschikt, waarover in Nederland geen enkel instituut beschikt.<sup>290</sup> Die extra taken en bevoegdheden bieden een toegevoegde waarde bij het bevorderen van het openbaarheidsklimaat en kunnen daarnaast de rechtsbescherming inzake openbaarheid door de bestuursrechter aanvullen. Het gaat dan bijvoorbeeld om het geven van voorlichting over de wijze waarop burgers informatie van de overheid kunnen krijgen, om de bevoegdheid om systematisch en op eigen initiatief onderzoek te verrichten bij bestuursorganen waarover veel klachten komen, of de bevoegdheid om adviezen over wetgeving of beleid te verstrekken.

De in verschillende landen bestaande informatiecommissarissen verschillen sterk naar vormgeving en positionering. Soms gaat het om een eenhoofdig ambt, in andere gevallen is het een college of een commissie. Soms is de taak via een personele unie of anderszins ondergebracht bij een bestaand ambt, zoals de Ombudsman,<sup>291</sup> soms is die taak samengevoegd met een andere taak, zoals het toezicht op de bescherming van persoonsgegevens.<sup>292</sup> In enkele gevallen is de informatiecommissaris een speciale ombudsman, een ombudsman met de speciale taak om toezicht te houden op de uitvoering van de regelgeving over openbaarheid van bestuur.<sup>293</sup> Er bestaan ook grote verschillen in bevoegdheden. In een aantal gevallen zijn die adviserend, soms kan de informatiecommissaris bindende besluiten nemen. In enkele gevallen heeft het instituut vergaande onderzoeksbevoegdheden,<sup>294</sup> in andere gevallen is de informatiecommissaris afhankelijk van de informatie die het betreffende overheidsorgaan aanlevert.

Het doel van het instellen van een informatiecommissaris is het bevorderen van een klimaat in de publieke sector waar openbaarheid onlosmakelijk deel uitmaakt van de wijze waarop er bestuurd wordt. De eerste Britse Information Commissioner Richard Thomas zag het als zijn taak

---

290 Klingenberg & Damen 2007, p. 5-13.

291 Zoals in Ierland het geval is.

292 Zoals in Groot-Brittannië, Hongarije en Duitsland het geval is.

293 Bijvoorbeeld Canada en Hongarije.

294 De Ierse Informatiecommissaris heeft ingevolge art. 37 van de Ierse Freedom of Information Act 1997 vergaande bevoegdheden om informatie op te vragen en te verkrijgen, medewerking te vorderen en bestanden te doorzoeken. Niet meewerken aan een vordering van de Informatiecommissaris is ingevolge het zevende lid van dit artikel strafbaar.

‘to promote an environment within the public sector where freedom of information is inherent in the way in which public authorities are run and to promote good practice amongst all those who handle official or personal information’.<sup>295</sup>

In Nederland bestaat geen speciaal orgaan dat belast is met het bevorderen van de openbaarheid, dan wel het houden van toezicht op de openbaarheid van bestuur. Alleen de bestuursrechter ziet in de aan hem voorgelegde zaken hoe de Wob door bestuursorganen wordt uitgevoerd. Een beslissing van een bestuursorgaan om een document al dan niet, of gedeeltelijk, openbaar te maken is een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Tegen dit besluit kan een belanghebbende ingevolge art. 8:1 jo 7:1 Awb bezwaar maken bij het bestuursorgaan dat het primaire besluit genomen heeft, en vervolgens kan tegen het besluit op bezwaar beroep bij de rechtbank worden ingesteld. Tegen de uitspraak van de rechtbank staat ingevolge art. 37 van de Wet op de Raad van State hoger beroep open bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Dit is echter geen toezicht te noemen. Scheltema noemt het volstrekt misplaatst om van de rechter te verwachten dat deze het bestuur houdt aan de geldende regels.<sup>296</sup> Hij noemt de rechter van groot belang, maar oordeelt zijn rol om het bestuur aan de regels te houden, beperkt.

In een rapport van de Wereldbank wordt onderscheid gemaakt tussen ‘enforcement’, waarmee geschilbeslechting wordt bedoeld, en ‘supervision’ of ‘oversight’. Met dit laatste wordt bedoeld het algemene toezicht op het functioneren van de wet, wat kan inhouden: het opleiden van ambtenaren, het vervaardigen van handleidingen en informatiemateriaal, het geven van publieksvoorlichting en het opstellen van een jaarlijks rapport.<sup>297</sup> Deze beide taken kunnen door verschillende instellingen uitgevoerd worden, maar ook door één instantie.

Structurele voorlichting, zowel van het publiek als van overheidsorganen en de daarvoor werkzame ambtenaren, over toegang tot overheidsinformatie vindt in Nederland niet plaats.

Uit de laatste Wob-evaluatie in Nederland blijkt dat zich in de uitvoeringspraktijk problemen voordoen. Termijnen worden overschreden, bepaalde begrippen in de wet leveren onduidelijkheid en meningsverschillen op en megaverzoeken zorgen voor een werklust die een groot beslag legt op de ambtelijke tijd.<sup>298</sup> Verstreckers van overheidsinformatie beschrijven de problemen vooral in termen van capaciteit en verkeerd gebruik, de meeste

---

295 Thomas 2003.

296 Scheltema 1997, p. 7.

297 Neuman 2009, p. 2.

298 Over wetten en praktische bezwaren, Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur, Universiteit van Tilburg, Tilburg januari 2004, p. vi.

actieve gebruikers in termen van onwil en manipulatie. De conclusie is dat er gezocht moet worden naar oplossingen die zowel de druk op de fysieke capaciteit verminderen als het vertrouwen tussen de verstrekkers en gebruikers van informatie versterken. Een mogelijke bijdrage aan een oplossing zou zijn het instellen van een instituut dat belast is met het houden van toezicht op het functioneren van de openbaarheidsregelgeving. Dit instituut kan voorlichting geven over openbaarheid van bestuur aan overheidsorganen en burgers. Tevens kan dit instituut een laagdrempelige instantie zijn om geschillen over openbaarheid te beslechten en om systematisch en op eigen initiatief onderzoek te verrichten bij bestuursorganen waarover veel klachten komen. In een groot aantal landen bestaat een dergelijke instantie.

In Duitsland, waar op 1 januari 2006 het Informationsfreiheitsgesetz in werking is getreden, is een Bundesbeauftragte für Informationsfreiheit ingesteld. In een analyse van de Bertelsmann Stiftung staat dat de noodzaak om een instantie te hebben die kan bemiddelen tussen de partijen en die als adviseur kan optreden, onomstreden is.<sup>299</sup> De Duitse Bundesbeauftragte für die Informationsfreiheit schrijft in zijn jaarverslag over de jaren 2006 en 2007 dat hij volgens de wet vier taken heeft: hij behandelt bezwaren van burgers, hij adviseert het parlement en overheidsorganen van de Bondsregering over vragen die te maken hebben met informatievrijheid, hij controleert de wijze waarop de wet door de instanties wordt toegepast, en hij geeft publieksvoorlichting.<sup>300</sup>

De Britse Information Commissioner geeft in een met hem gehouden interview aan dat een informatiecommissaris drie functies heeft: klachtenbehandeling, voorlichting van het bestuur en voorlichting van het publiek. Hij is tegelijkertijd rechter en openbaarheidskampioen.<sup>301</sup> De laatste taak houdt in dat hij bijvoorbeeld voorlichting geeft over de wijze waarop de wet werkt, de wijze waarop informatie kan worden opgevraagd, en wat de redenen zijn op grond waarvan al dan niet informatie kan worden verstrekt.

De taak van een informatiecommissaris is dan ook in het algemeen het bevorderen van een klimaat in de publieke sector waar openbaarheid onlosmakelijk deel uitmaakt van de wijze waarop er bestuurd wordt. Hierbij uit de toegevoegde waarde van een dergelijk instituut zich in twee aspecten:

1. Het geven van voorlichting aan burgers en aan bestuursorganen over de wijze waarop openbaarheidsregelgeving uitgevoerd en toegepast moet worden, en

---

299 Hart & Welzel 2003, p. 8-9.

300 Tätigkeitsbericht 2006-2007, p. 22.

301 Klingenberg & Damen 2007, p. 75-77.

over de wijze waarop de rechten die de openbaarheidsregelgeving biedt, uitgeoefend kunnen worden.

2. Het bieden van een laagdrempelige instantie waaraan geschillen over de openbaarheidsregelgeving kunnen worden voorgelegd, en de bevoegdheid om systematisch en op eigen initiatief, onderzoek te verrichten bij bestuursorganen of naar gedragingen waarover veel klachten komen.

### **6.3.2 Voorlichting**

Een belangrijke taak van een informatiecommissaris is, zoals hierboven vastgesteld, het geven van voorlichting over het recht op toegang tot overheidsinformatie. Zo kan een informatiecommissaris een publiekscampagne voeren waarbij burgers worden gewezen op het recht op openbaarheid en de wijze waarop dit kan worden uitgeoefend. Ook kan de informatiecommissaris een voorlichtingscampagne richten tot overheidsorganen. Deze worden niet systematisch voorgelicht over de Wob. In de laatste evaluatie van de Wob wordt aanbevolen om te investeren in het vergroten van kennis over de Wob bij de bestuursorganen die de wet in de praktijk toepassen.<sup>302</sup> Structurele en systematische voorlichting en advisering over het recht op toegang vindt in Nederland niet plaats. Over het recht om informatie bij de overheid op te vragen en de wijze waarop dit kan, worden de burgers niet systematisch voorgelicht. Toch is aannemelijk dat kennis van regels van invloed is op het gebruik van de Wob.

In het jaarverslag van de Britse Parliamentary and Health Service Ombudsman 2004-2005 wordt hier op ingegaan.<sup>303</sup> De Parliamentary Ombudsman geeft in dit verslag aan hoe de overgang heeft plaatsgevonden van de Code of Practice on Access to Government Information (de AOI Code) en de Code of Practice on Openness in the National Health Service (de NHS Code) op grond waarvan klachten konden worden ingediend bij de Parliamentary Ombudsman, naar de nu geldende Freedom of Information Act (FOIA), waar de Information Commissioner verantwoordelijk voor is. De Parliamentary Ombudsman geeft aan dat het aantal klachten in de periode tussen april en december 2004 zijn hoogste piek ooit heeft bereikt; er zijn in die periode 63 onderzoeken uitgevoerd. Ter vergelijking: gedurende de hele periode dat de NHS Code in werking was, heeft de Parliamentary Ombudsman drie onderzoeken uitgevoerd. De Parliamentary Ombudsman verklaart dit record aan klachten door vergrote media-aandacht voor een aantal grote zaken. In die periode was het juridisch advies rond de oorlog in Irak veel in het nieuws, wat

---

302 Over wetten en praktische bezwaren 2004, p. 17.

303 Annual Report 2004-05 A year of progress, Parliamentary and Health Service Ombudsman, p. 31.



verzoeken opleverde. Daarnaast groeide in die periode het bewustzijn van mensen door de publiciteit die de aanstaande inwerkingtreding van de FOI Act genereerde.

De Britse Information Commissioner heeft rondom de inwerkingtreding van de FOIA een uitgebreide publiekscampagne over het recht op overheidsinformatie gevoerd. Volgens de Britse Information Commissioner zijn er in de eerste maanden van de inwerkingtreding van de wet in 2005 door de rijksoverheid 21.000 verzoeken ontvangen. Hiervan werd 65 tot 80% gehonoreerd en het overgrote deel van de verzoeken om informatie bleek afkomstig te zijn van burgers.<sup>304</sup> Deze cijfers zijn na de startfase niet teruggelopen. In het jaarverslag van de Britse Information Commissioner over de periode 2008/2009, verschenen in juli 2009, staat dat het aantal verzoeken bij de rijksoverheid onverminderd hoog blijft. Burgers, van wie het verzoek om informatie niet gehonoreerd wordt, kunnen daarover klagen bij de Information Commissioner. In het eerste jaar, de periode 2005/2006, ontving de Information Commissioner 2713 klachten, over de periode 2008/2009 3100.<sup>305</sup>

In Nederland zijn geen exacte cijfers bekend van het aantal verzoeken op grond van de Wob, maar het algemene beeld is dat burgers niet veel gebruik maken van het recht om op grond van de Wob informatie op te vragen, en vervolgens ook niet vaak opkomen tegen een (gedeeltelijke) weigering om gegevens te verstrekken.<sup>306</sup> In een nota van GroenLinks 'Open de Oester'<sup>307</sup> wordt een getal genoemd van jaarlijks 1000 verzoeken bij de rijksoverheid. Slechts 15% van de verzoeken wordt in eerste instantie gehonoreerd.<sup>308</sup> Hoe GroenLinks aan deze cijfers komt, blijkt echter niet uit de nota.

De Nederlandse cijfers (voor zover die er zijn en zij betrouwbaar zijn) en de Britse cijfers lopen dus nogal uiteen. Het feit dat in Nederland gedurende meer dan 25 jaar een Wob van kracht is, heeft kennelijk niet tot grote bewustwording geleid van de Nederlandse burger ten aanzien van openbaarheid. Bewustwording wordt dan afgeleid uit cijfers ten aanzien van het gebruik van de wet.

304 Klingenberg & Damen 2007, p. 76.

305 Information Commissioner's Office Annual Report 2008/09, p. 30.

306 Zoeken op rechtspraak.nl levert bij de volgende zoekopdracht: instantie: **Alle Rechtbanken**; zoektekst: **Wob in uitspraak/conclusie**; datum uitspraak: **01-01-2008 t/m 31-12-2008** 66 uitspraken op. De volgende zoekopdracht: instantie: **Raad van State**; zoektekst: **Wob in uitspraak/conclusie**; datum uitspraak: **01-01-2008 t/m 31-12-2008** levert 42 resultaten op. Dit is echter geen sluitend overzicht, niet alle uitspraken worden op rechtspraak.nl gepubliceerd.

307 W. Duyvendak i.s.m. R. Vleugels, *Open de Oester, Nota over openbaarheid van bestuur*, GroenLinks nota over de openbaarheid van bestuur, [http://www.groenlinks.nl/2ekamer/notities/Notitie.2005-07-06.0511/publication/download\\_file](http://www.groenlinks.nl/2ekamer/notities/Notitie.2005-07-06.0511/publication/download_file).

308 Prins 2005, p. 1385.

Opvallend is dat in het Verenigd Koninkrijk na een aantal jaren FOIA een grotere mate van openbaarheid lijkt te zijn bereikt, wat blijkt uit het consistent grote gebruik van de wet. Een belangrijk aspect daarbij lijkt de voorlichting aan zowel de burgers als aan de overheidsorganen te zijn. Volgens de Britse Information Commissioner heeft het instituut een enorme inspanning in publiciteit geleverd, en is het aan te nemen dat het daarom zo goed loopt.<sup>309</sup> In Nederland vindt geen systematische voorlichting plaats over de Wob, met informatie voor burgers over de wijze waarop toegang tot overheidsinformatie kan worden verkregen.

De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat de voorlichtende rol die een informatiecommissaris zou kunnen hebben, in Nederland wordt gemist. Sommige in de laatste evaluatie gesignaleerde problemen zouden kunnen verminderen indien er meer kennis zou bestaan van het recht op toegang tot overheidsinformatie. Art. 9 van het verdrag van Tromsø bepaalt dat staten het publiek moeten informeren over het recht op toegang, en ook de overheidsorganen moeten voorlichten over hun verplichtingen ten aanzien van de implementatie van het verdrag.

### **6.3.3 Laagdrempelige beroeps/klachtinstantie**

De andere taak die informatiecommissarissen in het algemeen hebben, is het bieden van een laagdrempelige beroeps- of klachteninstantie. In Nederland wordt deze rol ingevuld door de procedures van bezwaar bij het bestuursorgaan, beroep bij de rechtbanken en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Toezicht op openbaarheid van bestuur enkel en alleen door middel van beroep bij een rechter is niet effectief. Sommige betrokkenen zullen afzien van het instellen van beroep vanwege de kosten en de tijdsduur van een beroep, of om hun relatie met het bestuursorgaan niet onnodig te belasten. Verder zijn bestuursrechters over het algemeen terughoudend in hun toetsing van overheidshandelen, met name bij vrije bevoegdheden. Daarnaast is een bestuursrechter er niet op toegerust om een algemene toezichtsrol te vervullen, door bijvoorbeeld voorlichting te geven. De bestuursrechter is erop ingericht om recht te spreken in het individuele geval waarin beroep is ingesteld, en het voor hem dienende geschil te beslechten op grond van de gronden van het beroep. De bestuursrechter zal naar aanleiding van beroepen ook geen beleidsmatige uitspraken doen over de wijze waarop de Wob toegepast wordt door bestuursorganen of uitspraken doen over de wet zelf. De rechtsvormende rol wordt daarmee min of meer beperkt door toeval.

---

309 Klingenberg & Damen 2007, p. 76.

In het studierapport van de Wereldbank wordt aangenomen dat een optimale inrichting van een stelsel van geschilbeslechting inzake openbaarheidsgeschillen aan de volgende eisen voldoet:

- 1 het is vrij van politieke invloed;
- 2 juridische bijstand is niet nodig;
- 3 het systeem bevat niet al te veel formele vereisten;
- 4 het is betaalbaar;
- 5 de procedures verlopen vlot;
- 6 en het is bij voorkeur specialistisch.<sup>310</sup>

Het Nederlandse systeem van bezwaar en beroep voldoet in zekere zin aan de eerste vier hierboven genoemde eisen. De bezwarenprocedure, als verlengde besluitvorming, is niet perse vrij van politieke invloed, maar dat is de latere beroepsprocedure wel. Juridische bijstand is strikt genomen niet nodig, hoewel zonder specialistische kennis van de Wob het procederen niet eenvoudig zal zijn. Het bevat een aantal formele eisen, hoewel het Awb systeem niet al te formalistisch genoemd kan worden. Het systeem is betaalbaar.

Het maken van bezwaar tegen besluiten van een bestuursorgaan die genomen zijn op grond van de Wob, is kosteloos. Voor het instellen van beroep bij de rechtbank moeten griffierechten betaald worden.<sup>311</sup> Wint de burger de procedure, dan wordt in het algemeen het bestuursorgaan veroordeeld tot het betalen van de door de burger betaalde griffierechten. Ook is dan een proceskostenveroordeling van het bestuursorgaan in de kosten van de burger gebruikelijk. Dit is echter geen volledige proceskostenveroordeling. Het is daarom mogelijk dat burgers zich door de griffierechten en de proceskosten laten afhouden van het instellen van (hoger) beroep, met name indien onduidelijk is wat de kans van slagen van het beroep zal zijn.

Een aspect waar dit systeem niet aan voldoet, is de eis dat procedures vlot verlopen. Tussen het nemen van een primair besluit en het verkrijgen van definitieve rechtszekerheid, kan een flinke periode liggen. Met name bij toegang tot overheidsinformatie door de pers speelt de actualiteit een belangrijke rol. De Afdeling noemt een procedure met een totale lengte van ten hoogste vijf jaar als

---

310 Neuman 2009, p. 2.

311 In Nederland bedraagt het griffierecht voor een beroepsprocedure bij de rechtbank € 150 voor een natuurlijke persoon en € 298 voor een rechtspersoon, art. 8:41, derde lid, onder b en c, Awb. Het griffierecht voor hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak bedraagt € 224 voor een natuurlijke persoon en € 448 voor een rechtspersoon, art. 51, tweede lid, onder a en b, Wet op de Raad van State.

een redelijke termijn, maar ook dit kan niet vlot genoemd worden.<sup>312</sup> Deze termijn van vijf jaar vloeit voort uit art. 6 EVRM, waarin staat dat binnen een redelijke termijn uitspraak moet worden gedaan bij het vaststellen van iemands burgerlijke rechten en plichten. Art. 6 EVRM is echter niet van toepassing op procedures ingevolge de Wob, aangezien hierin het algemeen belang bij openbaarmaking aan de orde is en niet enig burgerrechtelijk recht of enige burgerrechtelijke verplichting. De Afdeling acht deze termijn echter toch van toepassing.<sup>313</sup>

‘Echter, zoals de Afdeling heeft overwogen in haar uitspraak van 3 december 2008, nr. 200704652/1, geldt de rechtszekerheid als algemeen aanvaard rechtsbeginsel dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt, evenzeer binnen de nationale rechtsorde en evenzeer los van die verdragsbepaling en noopt dit beginsel er toe dat een geschil binnen een redelijke termijn, in voorkomend geval na behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, tot finale vaststelling leidt. Nu onverkort van de geldigheid van het uit voormeld rechtsbeginsel voortvloeiende vereiste binnen de nationale rechtsorde moet worden uitgegaan, geldt dat vereiste derhalve ook voor deze procedure. Aangezien dit vereiste ook in artikel 6 van het EVRM is neergelegd, wordt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) over de uitleg van deze verdragsbepaling. Uit deze jurisprudentie volgt dat bij overschrijding van de redelijke termijn, behoudens bijzondere omstandigheden, spanning en frustratie als grond voor vergoeding van immateriële schade wordt verondersteld.’

Maar los van de doorlooptijden van de bestuursrechtelijke procedures is het mogelijk om bij spoedeisendheid, om een voorlopige voorziening te verzoeken.

Uit een voorbeeld uit Ierland blijkt dat het belangrijk is dat de toegang tot overheidsinformatie in financieel opzicht laagdrempelig is. Toen de Ierse regering in juli 2003 ‘fees’ introduceerde van € 15 voor een normaal Freedom of Information (FOI) verzoek, € 75 voor een daaropvolgende bezwaarprocedure en € 150 voor een verzoek aan de Information Commissioner tot het herzien van een besluit, liep het aantal verzoeken aanzienlijk terug. Uit onderzoek van de Ierse Information Commissioner<sup>314</sup> bleek dat het algemene gebruik van de FOI terugliep met 50%, en dat het aantal verzoeken tot niet-persoonlijke informatie met 75% is afgenomen. Het opwerpen van een financiële drempel heeft dan ook

312 ABRvS 24 december 2008, *LJN* BG8294, *AB* 2009, 213 m.nt. B.P.M., *JB* 2009, 42 m.nt. C.L.G.F.H.A., *USZ* 2009, 75 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (Amelandse benzinepomp).

313 ABRvS 20 mei 2009, *LJN* BI4558, *JB* 2009, 167 m.nt. redactie (Redelijke termijn Wob).

314 Review of the Operation of the Freedom of Information (Amendment) Act 2003, An investigation by the Information Commissioner into the effects of the Amendment Act and the introduction of fees on access requests by members of the public, June 2004, <http://www.oic.gov.ie/261e/Review.pdf>

wel degelijk gevolgen voor de mate waarin en de wijze waarop burgers van hun recht op toegang gebruik maken.

### 6.3.4 Conclusie

Toegang tot overheidsinformatie is een fundamenteel recht. Om dit recht te effectueren is goed functionerende openbaarheidsregelgeving vereist. Daarbij is vastgesteld dat de nadruk moet komen te liggen op het actief openbaarmaken van overheidsinformatie. Controle daarop ontbreekt op dit moment. Goed functionerende regelgeving vereist dat gebruikers van de wet, dus zowel burgers als bestuursorganen, kennis hebben van hun rechten en plichten, dus van de wijze waarop zij dit recht kunnen uitoefenen. Uit de laatste Wob-evaluatie blijkt dat er op het functioneren van de Wob nog heel wat valt af te dingen. In de uitvoeringspraktijk doen zich problemen voor, en is er sprake van wantrouwen tussen gebruikers en verstrekkers van overheidsinformatie. Meer kennis over de wederzijdse rechten en plichten zou kunnen helpen bij het wegnemen van dit wantrouwen. Daarna is effectieve handhaving van de regelgeving in de zin van geschilbeslechting vereist. Dit houdt in dat snel duidelijkheid wordt gegeven over de rechtsverhouding.

De conclusie dat een informatiecommissaris in Nederland toegevoegde waarde zou hebben ten opzichte van het systeem van bezwaar en beroep dat we nu kennen, is gerechtvaardigd. Voor goed functionerende openbaarheidsregelgeving is het van belang dat burgers zich bewust zijn van het recht op overheidsinformatie en dat zij kennis hebben over de wijze waarop zij dat recht kunnen uitoefenen. Dit bewustzijn en die kennis lijken op dit moment onvoldoende aanwezig te zijn. Verder is van belang dat overheidsorganen kennis hebben van openbaarheidsregelgeving en dat ze al bij het begin van werk- en besluitvormingsprocessen openbaarheid mee laten wegen. Ook dat lijkt op het moment onvoldoende te zijn. In de laatste evaluatie van de Wob wordt daarom aanbevolen om te investeren in het vergroten van kennis over de Wob bij de bestuursorganen die de wet in de praktijk toepassen.<sup>315</sup> Structurele voorlichting over openbaarheid zowel aan burgers als aan bestuursorganen, vindt niet plaats. Duidelijk is dat deze voorlichting wel zou moeten plaats vinden. Een informatiecommissaris kan hierin een belangrijke rol spelen. Verder is het voor het effectueren van openbaarheidsregelgeving belangrijk dat er een laagdrempelige instantie is, die geschillen over het recht op informatie kan beslechten.

---

315 Over wetten en praktische bezwaren 2004, p. 17.

In het algemeen zal een goed functionerende informatiecommissaris het gehalte aan openbaarheid van overheidsinformatie in de samenleving kunnen vergroten.

## **6.4 Vormgeving en bevoegdheden van een Nederlandse informatiecommissaris**

### **6.4.1 Inleiding**

Uit de bovenstaande paragraaf blijkt dat de in verschillende landen bestaande instituten verschillen naar vormgeving en bevoegdheden. Uiteraard heeft de keuze voor de vormgeving van het instituut direct te maken met de keuze voor de bevoegdheden waarmee de informatiecommissaris bekleed wordt. Bij het instellen van een informatiecommissaris zijn verschillende varianten mogelijk. Er kan een commissie of college worden ingesteld, of er kan worden uitgegaan van een eenhoofdig ambt. De informatiecommissaris kan met verschillende interventie- en onderzoeksbevoegdheden worden bekleed. In deze paragraaf zullen de voor- en nadelen van de verschillende modellen besproken worden, alsmede de consequenties die een bepaald model met zich meebrengt voor wat betreft de bevoegdheden waarmee de instantie bekleed zou moeten worden. Er wordt hierbij vanuit gegaan dat een Nederlandse informatiecommissaris moet passen binnen de structuren van het Nederlandse bestuursrecht en het procesrecht zoals we in de Awb kennen.

### **6.4.2 Taken en bevoegdheden**

In het algemeen zou een informatiecommissaris als taak moeten hebben het bevorderen van een klimaat in de publieke sector waar openbaarheid onlosmakelijk deel uit maakt van de wijze waarop er bestuurd wordt. Duidelijk is dat de Wob en de wijze waarop gebruik gemaakt kan worden van het recht om documenten op te vragen, veel meer onder de aandacht van het publiek gebracht moeten worden. Een belangrijke taak is dan het geven van voorlichting over de openbaarheidsregelgeving en de werking van die regels.

De algemene taak, het bevorderen van een openbaarheidsklimaat in de publieke sector, kan in twee deeltaken worden opgedeeld. De eerste taak is het geven van voorlichting. De tweede taak is het bieden van een laagdrempelige instantie waar geschillen over openbaarheid kunnen worden beslecht.

#### **6.4.2.1 Voorlichtingstaak**

Het geven van voorlichting is niet in alle gevallen een taak die expliciet is toegekend aan de onderzochte informatiecommissarissen die in verschillende landen actief zijn. Toch geven bijna alle onderzochte instituten via hun website informatie over de van toepassing zijnde openbaarheidsregelgeving. Het is dan ook niet strikt noodzakelijk om, indien de voorlichtende taak zou moeten worden uitgevoerd, hiervoor een speciale bevoegdheid te geven. In Nederland vindt geen systematische voorlichting en advisering plaats, en het is aannemelijk dat de problemen die ten aanzien van de huidige Wob gesignaleerd worden mede met een gebrek aan kennis te maken hebben, zowel bij burgers als bestuursorganen. Het geven van voorlichting en adviezen zou daarom een expliciete taak en bevoegdheid moeten worden van een in te stellen informatiecommissaris. Wordt het verdrag van Tromsø door Nederland getekend, dan volgt uit art. 9 van het verdrag dat voorlichting gegeven moet worden, zowel aan burgers als aan overheidsorganen.

#### **6.4.2.2 Geschilbeslechtingstaak**

Ten aanzien van de geschilbeslechtingstaak zullen er wel speciale bevoegdheden gecreëerd moeten worden. Ten eerste moet worden vastgesteld of een informatiecommissaris alleen geschillen beslecht op verzoek, of dat deze ook op eigen initiatief onderzoek kan verrichten. In elk geval moet een informatiecommissaris die geschillen beslecht, daarvoor onderzoek kunnen verrichten. De informatiecommissaris moet snel kunnen handelen, aangezien de behandeltermijnen kort moeten zijn, aansluitend bij de beslistermijn van vier weken uit art. 6 Wob. Het instellen van een commissie die eens in de zoveel tijd bij elkaar komt, ligt daarom minder voor de hand. Het heeft dan ook de voorkeur dat de taak van een informatiecommissaris die belast wordt met geschilbeslechting, wordt uitgevoerd door een instituut (eenhoofdig dan wel college) dat altijd beschikbaar is.

De onderzoeksbevoegdheden die een informatiecommissaris in elk geval zou moeten hebben, zijn de bevoegdheid om alle documenten in te zien, informatie op te vragen en plaatsen te betreden. Deze bevoegdheden kwamen in de rechtsvergelijking het meeste voor. De bevoegdheid om mensen te horen kwam minder vaak voor. Deze bevoegdheid zou echter voor een Nederlandse informatiecommissaris een goede aanvulling zijn op de onderzoeksbevoegdheden.

In sommige landen heeft het instituut de bevoegdheid om zelf beroep in te stellen bij een rechtbank. In de Nederlandse situatie is het niet nodig een dergelijke bevoegdheid expliciet toe te kennen. Een informatiecommissaris die uitsluitend een adviserende bevoegdheid heeft, heeft er geen belang bij beroep in

te kunnen stellen. Bij een informatiecommissaris die bindende beslissingen kan nemen, en die daardoor een bestuursorgaan is, volgt uit art. 37 van de Wet op de Raad van State dat het bestuursorgaan hoger beroep kan instellen tegen uitspraken van de rechtbank op beroepsprocedures tegen besluiten genomen door de informatiecommissaris.

Noodzakelijk is dat er een rechterlijke toetsing is van de uitvoering van de openbaarheidsregelgeving. Zeker wanneer de informatiecommissaris uitsluitend een adviesbevoegdheid heeft, zal er een instantie moeten zijn die bindende uitspraken doet over de toepassing van de Wob. Wanneer voor een systeem gekozen wordt waarin de informatiecommissaris een adviserende bevoegdheid krijgt, zal er daarom daarnaast nog beroep bij de rechter mogelijk moeten zijn voor de verzoeker.

### 6.4.3 Vormgeving

Het instellen van een nieuw instituut is mogelijk, maar dit brengt nadelen met zich mee op het gebied van kosten en overhead. In het rechtsvergelijkende onderzoek zijn informatiecommissarissen gevonden die een zelfstandig instituut vormen, en er zijn informatiecommissarissen gevonden die ook tot taak hadden toezicht te houden op de wijze waarop met persoonsgegevens omgegaan wordt. Een aantal was een bijzondere ombudsman. De combinatie met de ‘algemene’ ombudsman is eveneens gevonden. Het is daarom aantrekkelijk om deze taak onder te brengen bij een bestaand instituut, als de Nationale ombudsman of het College bescherming persoonsgegevens. De keuze voor onderbrenging bij een van deze instanties heeft gevolgen voor de bevoegdheden die het instituut zou krijgen. Verder is hier van belang dat de Nationale ombudsman en het Cbp samen zullen gaan werken in het op te richten College voor de rechten van de mens.<sup>316</sup> Dit instituut wordt opgericht om te voldoen aan de Paris Principles.<sup>317</sup> Volgens deze Paris Principles moet ieder land beschikken over een van overheidswege opgericht instituut, dat onafhankelijk is en dat tot taak heeft de bevordering en de bescherming van de rechten van de mens, binnen de nationale rechtsorde. Dit dient alle categorieën mensenrechten te omvatten, mede vanwege de ondeelbaarheid en de onderlinge afhankelijkheid van de rechten van de mens. In hoofdstuk 2 is vastgesteld dat het recht op toegang tot overheidsinformatie in de jurisprudentie van het EHRM als een grondrecht

---

<sup>316</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32 467, nr 1-4.

<sup>317</sup> De *Paris Principles* zijn opgesteld tijdens de eerste International Workshop on National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights in Parijs van 7 tot 9 Oktober 1991 van de Verenigde Naties, en vastgesteld door de Human Rights Commission in Resolutie 1992/54, 1992 en door de General Assembly door Resolutie 48/134, 1993.



wordt beschouwd. Het bevorderen en beschermen hiervan zal dan ook tot de taak van het op te richten College voor de rechten van de mens moeten gaan horen. Een beschrijving van de verschillende mogelijkheden volgt hieronder.

#### ***6.4.3.1 Vormgeving als zelfstandig instituut***

Vormgeving als zelfstandig instituut ligt niet voor de hand. Voorbeelden uit andere landen laten zien dat dit ook geen specifieke voordelen met zich meebrengt. Wel brengt het meer kosten met zich mee, dan wanneer er gekozen wordt voor onderbrenging van de taak bij een reeds bestaand instituut. Ook met het oog op de aanstaande oprichting van het College voor de rechten van de mens ligt oprichting van een nieuw instituut niet voor de hand. Voor de hand ligt het deze taak bij een van de instituten onder te brengen die in dit College gaan samen werken.

#### ***6.4.3.2 Onderbrenging bij Nationale ombudsman***

Wordt de taak ondergebracht bij de Nationale ombudsman, dan zou de informatiecommissaris, uitgaande van de huidige bevoegdheden van de Nationale ombudsman, een adviserende bevoegdheid moeten krijgen. Wel zal het wenselijk zijn om tegen de besluiten die het bestuursorgaan na verwerking van het advies neemt, bezwaar en beroep open te laten staan, zodat er toch een rechterlijke toetsing op de toepassing van de Wob plaats vindt. Dan zou gekozen kunnen worden voor de wijze waarop de informatiecommissaris in Noorwegen of Duitsland vormgegeven is. In Noorwegen heeft een verzoeker de keuze om na de bezwaarprocedure een zaak om advies voor te leggen bij de ombudsman in plaats van een procedure bij de bestuursrechter te voeren. Dit sluit echter niet uit dat de betrokkene later nog kan kiezen voor een procedure bij de bestuursrechter. In Duitsland kan blijkens art. 12 van het Informationsfreiheitsgesetz een ieder zich wenden tot de Bundesbeauftragte wanneer hij van mening is gehinderd te zijn in het recht op toegang tot informatie op grond van de wet. Tegen een afwijzing van een verzoek om informatie zijn blijkens art. 9, vierde lid, IFG ‘Widerspruch und Verpflichtungsklage’ mogelijk. Het Duitse systeem van bestuursrechtspraak is vergelijkbaar met het Nederlandse.

Onderbrenging bij de ombudsman moet binnen de bestuurscultuur passen. Indien de verwachting is dat overheidsorganen zich niet aan adviezen zullen houden, dan zou niet voor deze mogelijkheid gekozen moeten worden. Verder zal dit voor de ombudsman een andere werkwijze met zich meebrengen. Bij een behoorlijkheidstoetsing bestaat in het algemeen geen noodzaak om dit

binnen een korte termijn uit te voeren. Een oordeel of informatie al dan niet openbaar gemaakt moet worden, vraagt in de regel om kortere termijnen.

De onderzoeksbevoegdheden van de Nationale ombudsman komen overeen met de bevoegdheden die bij de verschillende informatiecommissarissen gevonden zijn. De onderzoeksbevoegdheden voldoen ook aan de onderzoeksbevoegdheden waarover een informatiecommissaris op grond van bovenstaande paragraaf zou moeten beschikken. De Nationale ombudsman heeft de bevoegdheid om inlichtingen op te vragen, plaatsen te betreden en getuigen te horen. De Nationale ombudsman beschikt over de bevoegdheid om op eigen initiatief onderzoek te verrichten. Ook voert de Nationale ombudsman publiekscampagnes om overheden en burgers voor te lichten. Het instellen van een informatiecommissaris door middel van het aanstellen van een speciale substituut ombudsman, met als taak het houden van toezicht op openbaarheidsregelgeving, zou daarom binnen het Nederlandse bestuursrechtelijke systeem passen en aansluiten bij de bestaande taken van de Nationale ombudsman.

#### ***6.4.3.3 Onderbrenging bij College bescherming persoonsgegevens***

Wordt de taak ondergebracht bij het College bescherming persoonsgegevens, dan kan er zowel sprake zijn van een adviserende bevoegdheid, als een bevoegdheid om bindende besluiten te nemen.

Over de interventiebevoegdheden waarover een informatiecommissaris zou moeten beschikken, beschikt het Cbp op dit moment niet. Gekozen zou kunnen worden voor een adviserende bevoegdheid, zoals bij de Nationale ombudsman. Ook zou gekozen kunnen worden voor een bindende beslisbevoegdheid. Gezien de huidige taken van het College kan heel goed gekozen worden voor een constructie waarbij het College besluiten in de zin van de Awb ten aanzien van geschillen over openbaarheid kan nemen. Het College is immers bestuursorgaan. Tegen deze besluiten zal dan bezwaar en beroep bij de bestuursrechter openstaan.

Onderbrenging bij het College bescherming persoonsgegevens heeft tevens als voordeel dat beslissingen over openbaarheid en bescherming van persoonsgegevens door dezelfde instantie worden genomen. Afbakeningsproblemen worden zo voorkomen. Bescherming van de persoonlijke levenssfeer is een veel gebruikte weigeringsgrond. De informatiecommissaris zal dan ook nadrukkelijk de grens tussen openbaarheid en bescherming van persoonsgegevens moeten bewaken. Het heeft een voordeel wanneer dit door één instantie kan plaats vinden; de begrippen kunnen dan gemakkelijker op uniforme wijze worden geïnterpreteerd en toegepast. Indien dit door twee verschillende instanties moet gebeuren, dan zal de

informatiecommissaris ook over grote kennis over bescherming van persoonsgegevens moeten beschikken en zullen de twee instanties ervoor zorg moeten dragen dat de grens op een uniforme wijze wordt vastgesteld.

In het Verenigd Koninkrijk is het toezicht op de openbaarheid samengevoegd met het toezicht op de bescherming van persoonsgegevens. Niet duidelijk is echter waarom deze keuze is gemaakt. De keuze voor een zelfstandig instituut is vanwege de daaraan verbonden extra kosten nooit aan de orde geweest en de onderbrenging bij de Parliamentary ombudsman lag niet voor de hand, onder andere omdat daar alleen via de tussenkomst van een parlamentslid geklaagd kan worden.

In Duitsland is er expliciet voor gekozen om het toezicht op de openbaarheid te laten uitvoeren door de instantie die ook het toezicht op bescherming van persoonsgegevens uitoefent. De Bundesbeauftragte für Datenschutz is tevens Bundesbeauftragte für Informationsfreiheit geworden. In de reeds genoemde analyse van de Bertelsmann Stiftung staat dat de noodzaak om een dergelijke instantie te hebben onomstreden is, en aangezien deze instantie in het bijzonder een afweging moet maken tussen gegevensbescherming en openbaarheid, kan de taak het beste door een en dezelfde instantie worden uitgevoerd. In de toelichting bij het Informationsfreiheitsgesetz<sup>318</sup> staat dat ‘ein Beauftragter bürgernah Informationsfreiheit und Datenschutz in Ausgleich bringen kann’.

Publieksvoorlichting zou een belangrijke taak worden voor een in te stellen Nederlandse informatiecommissaris. Het Cbp heeft recent de keuze gemaakt om de nadruk te leggen op strikte (robuuste) handhaving, en minder nadruk te leggen op publieksvoorlichting en voorlichting in individuele gevallen.<sup>319</sup>

#### 6.4.4 Conclusie

In paragraaf 6.3.4 is geconcludeerd dat een informatiecommissaris in Nederland toegevoegde waarde heeft. Uiteraard is dit afhankelijk van de vormgeving van en de bevoegdheden waarmee het instituut zal worden uitgerust. Oprichting van een nieuw, zelfstandig instituut ligt niet voor de hand. Met het oog op de oprichting van het College voor de rechten van de mens ligt het evenwel voor de

---

318 Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes*, Begründung, p. 45, Drucksache 15/4493, 14.12.2004

319 Jaarverslag CBP 2008, p. 3-4. In de op p. 15 opgesomde doelen voor 2009, geeft het CBP aan primair als toezichthouder te zullen gaan optreden, en zeer selectief te zullen zijn bij de behandeling van individuele gevallen.

hand om het instituut onder te brengen bij een van de instellingen die samen dit College gaan vormgeven.

In het Nederlandse openbaarheidsregime wordt de voorlichtende rol door geen enkele instantie vervuld. Individuele geschilbeslechting vindt plaats door de rechter. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat op dit moment een instituut dat zich richt op voorlichting, zowel in algemene zin als in individuele gevallen, het meest in een behoefte voorziet.

Onderbrenging van de taak informatiecommissaris bij de Nationale ombudsman verdient daarom de voorkeur boven onderbrenging bij het Cbp.

De Nationale ombudsman is erop ingericht om overheidshandelen te beoordelen. Het Cbp richt zich op zowel de overheid als de private sector. Vervolgens is de Nationale ombudsman gericht op het geven van voorlichting en het zoeken naar een oplossing (interventiemethode) waar het Cbp zich op dit moment vooral richt op robuuste handhaving.

Als nadeel van onderbrenging van het toezicht op openbaarheid bij de Nationale ombudsman, en niet bij het Cbp, kan gezien worden dat privacy en openbaarheid als (soms botsende maar soms ook elkaar aanvullende) rechtsbelangen dan niet door één deskundig instituut worden behartigd. Daar staat echter tegenover dat de Nationale ombudsman het beginsel van actieve en adequate informatieverstrekking reeds toepast als onderdeel van de behoorlijkheidsnorm. Daarbij is privacy, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, ook een van de normen waar de Nationale ombudsman overheidshandelen aan toetst.

Op grond van de huidige taken en uitoefening van de bevoegdheden, ligt het dan ook het meest voor de hand om het instituut informatiecommissaris onder te brengen bij de Nationale ombudsman. Bijvoorbeeld door het instellen van een speciale substituut-ombudsman. Zo kan het recht op toegang tot overheidsinformatie op adequate wijze bevorderd worden en kan het toezicht op de openbaarheidswetgeving gestalte krijgen.

## **6.5 Conclusies**

### **6.5.1 Samenvatting**

De taken en bevoegdheden van de verschillende in het buitenland bestaande informatiecommissarissen worden op dit moment in Nederland niet door enig ambt vervuld. Toezicht op de werking van openbaarheidswetgeving vindt niet plaats, individuele geschilbeslechting gebeurt door de bestuursrechter. De vraag of een informatiecommissaris in Nederland enige toegevoegde waarde zou hebben, wordt positief beantwoord.

In Nederland vindt 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 om de volgende redenen niet ideaal. Een rechter zal geen beleidsmatige uitspraken doen. Een rechter toetst bestuurshandelen waarbij sprake is van een discretionaire bevoegdheid, zoals wanneer een bestuursorgaan bij het weigeren van informatie gebruik maakt van een relatieve weigeringsgrond, terughoudend. Daarbij is sprake van incidentele controle. En ten slotte duurt een procedure bij de bestuursrechter enige tijd, waardoor van snelle geschilbeslechting niet kan worden gesproken. Ook is geen sprake van de bevoegdheid van enig orgaan om systematisch en op eigen initiatief, onderzoek te verrichten bij bestuursorganen of naar gedragingen waarover veel klachten komen.

Oprichting van een zelfstandig instituut is niet aan de orde. 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 beste bij de reeds bestaande werkwijze van de Nationale ombudsman, die bestaat uit voorlichten en adviseren. Het Nederlandse openbaarheidsklimaat lijkt het meest gebaat bij betere voorlichting en adviseren. Na het niet-bindende rapport dat eventueel door de Nationale ombudsman is uitgebracht, moet dan wel bestuursrechtelijke rechtsbescherming open blijven staan. Met een dergelijke uitbreiding van taken van de Nationale ombudsman lijkt het recht op toegang tot overheidsinformatie gebaat.

### **6.5.2 Conclusies**

Het belang van het recht op toegang tot overheidsinformatie vereist dat in Nederland toezicht plaats gaat vinden op de wijze waarop dit recht wordt uitgevoerd. Dit toezicht zal in de eerste plaats moeten worden uitgevoerd door het geven van voorlichting, zowel aan burgers als aan bestuursorganen. Vervolgens past in het Nederlandse systeem dat de Nationale ombudsman een

adviserende bevoegdheid krijgt in het kader van geschilbeslechting en de bevoegdheid krijgt om systematisch en op eigen initiatief, onderzoek te verrichten bij bestuursorganen of naar gedragingen waarover veel klachten komen. Bestuursrechtelijke rechtsbescherming blijft openstaan.

## 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.

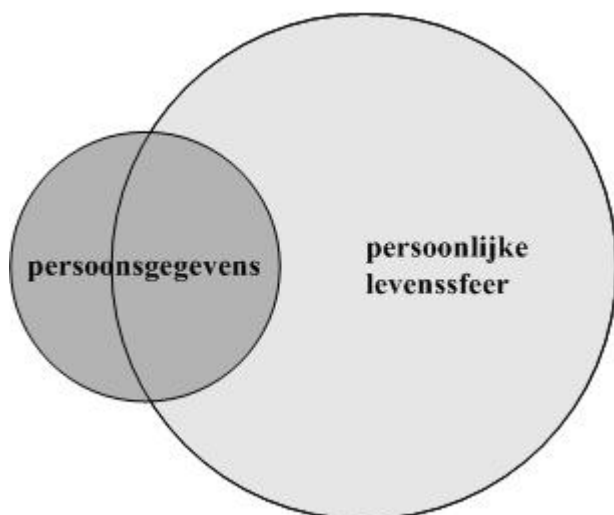
Uit het *Bank Austria* arrest van het GvEA blijkt dat uit het legaliteitsbeginsel niet kan worden afgeleid dat alleen dan openbaar mag worden gemaakt, wanneer specifiek in de bekendmaking van de informatie is voorzien. Dit zou volgens het Gerecht in strijd zijn met het beginsel volgens hetwelk besluiten 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 subsidiariteits-eis. 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.<sup>320</sup> 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.



## Summary

Governments increasingly make use of electronic means of communication. It is therefore important that citizens have access to these means of communication. Without these means, communication with the government becomes more limited. This in turn limits the citizen's functioning in society. The importance of public information must be acknowledged, by adding a right of access to public information as a constitutional law to the Dutch Constitution. This will lead to a clash with the right to privacy. An Act of Parliament must clarify this trade off by determining which government information will be made public.

Accessible public information demands an adequate information entity. Electronic public information that is not stored correctly is not accessible. This is why the Act on the public access to government information and the Archives Act must be integrated.

In the Netherlands, an institution must be given the task to give information on access to public information, as well as monitor it. It seems logical to appoint this task to the National Ombudsman.

A reliable electronic government and article 2:14, third paragraph, General Administrative Law Act, require that the administrative authority is accountable for sufficiently reliable and confidential means of sending information. This is not compatible with disclaimers on government websites and below e-mail messages of administrative authorities.

The demand in article 2:15 from the General Administrative Law Act that communication with the government can only take place electronically when this is clearly made known, must be reversed: electronic communication with the government is possible, unless it is explained why not.

Lastly, the increasing use of electronic means of communication demands that decisions made by administrative authorities on this use, can be made subject to appeals. For this reason article 8:4, preamble and under k, General Administrative Law Act, must be cancelled.



## Literatuurlijst

### A

Arlman 2009

H. Arlman, 'Motivering en openbaarheid van vonnissen', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 177-178

Art. 29 werkgroep 2007

Groep gegevensbescherming artikel 29, *Advies 4/2007 over het begrip persoonsgegevens*, 20 juni 2007, WP 136

### B

Van Bijsterveld 2002

S.C. van Bijsterveld, *The Empty Throne, Democracy and the Rule of Law in Transition*, Utrecht: Lemma Publishers 2002

Van Boven e.a. 2003

M.W. van Boven, R. Kramer & C.G.M. Noordam, *De Archiefwet 1995 in 100 trefwoorden*, Den Haag: VNG Uitgeverij 2003

Bovens 1999

M.A.P. Bovens, *Informatierechten. Over burgerschap in de informatiemaatschappij*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor de Wijsbegeerte van het recht, *Nederlands Tijdschrift voor de Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1999, p. 102-124

Over wetten en praktische bezwaren 2004

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

Brenninkmeijer 2005

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Op de grens van rechtsorde en rechtschaos', *Ars Aequi* 2005, p. 533-543

Buijze & Widdershoven 2010

A.W.J.G. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 589-607

Burkens e.a. 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat, Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

Tätigkeitsbericht 2006-2007

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, *Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit für die Jahre 2006 und 2007*, via [http://www.bfdi.bund.de/clin\\_111/IFG/Home/homepage\\_node.html](http://www.bfdi.bund.de/clin_111/IFG/Home/homepage_node.html)

## C

Cliteur 2002

P.B. Cliteur, *Rechtsfilosofie, een thematische benadering*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002

Cbp 2009

College bescherming persoonsgegevens, *Actieve openbaarmaking en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer*, CBP Richtsnoeren 13 augustus 2009

Commissie Biesheuvel

Rapport van de commissie heroriëntatie overheidsvoorlichting, ingesteld bij besluit van de minister-president van 13 september 1968, *'Openbaarheid openheid'*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1970

Commissie Franken

Commissie *'Grondrechten in het digitale tijdperk'*, rapport en onderzoeksbijlage, Rotterdam: Phoenix & den Oudsten 2000

Commissie Wallage

Commissie Toekomst Overheidscommunicatie, *'In dienst van de democratie, over de toekomst van overheidscommunicatie'*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2001

## D

Daalder 2005

E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie, Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid*, (diss. RU Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Damen 2010a

L.J.A. Damen, 'Een bewindsman moet de Tweede Kamer geen sprookjes vertellen', *Ars Aequi* 2010, p. 32-38

Damen 2010b

L.J.A. Damen, 'Ga ik nou nog van Drees trekken en hoeveel? De Wet dwangsom in de praktijk', *NTB* 2010, p. 161-162

Damen e.a. deel 1 2005

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Damen e.a. deel 1 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 1*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Damen e.a. deel 2 2009

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht 2*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

W. Duyvendak i.s.m. R. Vleugels, *Open de Oester, Nota over openbaarheid van bestuur*, Groen Links nota over de openbaarheid van bestuur, Den Haag: 2005



Drahman 2010

A. Drahman, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahman, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie*, (Preadviezen Jonge Var) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-197

**E**

Van Eecke 2004

P. van Eecke, *De handtekening in het recht, van pennetrek tot elektronische handtekening*, (diss. K.U. Leuven), Gent: Larcier 2004

Van Eecke & Dumortier 1998

P. van Eecke & J. Dumortier, Een juridisch kader voor Trusted Third Parties in België, *Computerrecht* 1998, p. 228-234

Van Erp 2007

J. van Erp, *Informatie en communicatie in het handhavingsbeleid, Inzichten uit wetenschappelijk onderzoek*, Centrum voor Recht en Samenleving, Erasmus Universiteit Rotterdam, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007

**F**

Franken 1993

H. Franken, 'Kanttekeningen bij het automatiseren van beschikkingen', in *Beschikken en automatiseren*, p. 7 tot en met 50, VAR Preadviezen, VAR-reeks 110, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1993

**G**

Groothuis 2010

M.M. Groothuis, 'De Awb en digitalisering', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 343-358

Grosheide & De Cock Buning 2007

F.W. Grosheide & M. de Cock Buning (red.), *Hoofdstukken Communicatie- & Mediarecht, Beschouwingen over de juridische aspecten van openbare communicatie en massamedia*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007

**H**

Hart & Welzel 2003

Th. Hart & C. Welzel, *Informationsfreiheit und der transparente Staat, Eine Analyse der Bertelsmann Stiftung*, Gütersloh: Bertelsmann Stiftung 2003

Van Hoven 1994

M.J. van Hoven, 'Towards ethical principles for designing politico-administrative information systems', *Information and the Public Sector* 1994, p. 353-373

**I**

Information Commissioner's Office Annual Report 2008/09  
*Information Commissioner's Office Annual Report 2008/09*, via <http://www.ico.gov.uk/>

**K**

Kaspersen 2008  
H.W.K. Kaspersen, 'Belediging op Hyves gedaan is toch strafbaar (Rb Assen 4 augustus 2008)', *Computerrecht* 2008, p. 199

Ketelaar 2004

F.C.J. Ketelaar, 'Het verdwenen origineel. Digitale overheidsdocumenten en de Archiefwet', *Computerrecht* 2004, 3, p. 4-9

Klingenberg & Damen 2007

A.M. Klingenberg & L.J.A. Damen, *De Informatiecommissaris*, Groningen: Universiteitsdrukkerij, Rijksuniversiteit Groningen, 2007

Koops, Leenes & De Hert 2007

B.J. Koops, R. Leenes & P. De Hert (ed.), *Constitutional Rights and New Technologies, A comparative study covering Belgium, Canada, France, Germany, Sweden and the United States*, Tilburg University, februari 2007

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008

**L**

Langbroek & Rijpkema (red.) 2004

Ph.M. Langbroek & R. Rijpkema (red.), *Ombudsprudentie, Over de behoorlijkheidsnorm en zijn toepassing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2004

Lodder, Dumortier & Bol 2005

A.R. Lodder, J. Dumortier & S.H. Bol, *Het recht rond elektronische handtekeningen, Richtlijn 1999/93/EG en de omzetting in België en Nederland*, Deventer: Kluwer 2005

**M**

MDW-rapport Hulst

MDW-rapport 'Elektronisch verrichten van rechtshandelingen', Kamerstukken II 1997/98, 24 036, nr. 84

Van der Meulen 2006

B.M.J. van der Meulen, *Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie*, Wageningen Universiteit, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2006

**N**

Neuman 2009

L. Neuman, *Enforcement Models, Content and Context, Access to Information Working Paper Series 47991* 2009, Washington DC: World Bank Institute

Noordam 1998

C.G.M. Noordam, Juridische vormgeving Digitale Duurzaamheid bij de overheid, *Computerrecht* 1998, p. 162-166

**O**

Van Ommeren 2003

F.J. van Ommeren, De rechtsstaat als toetsingskader, in: F.J. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 7-22

Van Ommeren 2008

F.J. van Ommeren, Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid, De betekenis van de democratie-idee voor het bestuursrecht, in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Het volk regeert, Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21e eeuw*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 213-242

Overkleeft-Verburg 2008

G. Overkleeft-Verburg, Elektronisch bestuurlijk verkeer in de Awb. Rechtspraktijk en rechtspraak, *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus* 2008, p. 20-38

Overkleeft-Verburg 2009

G. Overkleeft-Verburg, 'Basisregistraties en rechtsbescherming. Over de dualisering van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2009, p. 70-80

**P**

Van der Pligt, Koomen & van Harreveld 2007

J. van der Pligt, W. Koomen & F. van Harreveld, *Bestrafen, belonen en beïnvloeden, Een gedragswetenschappelijk perspectief op handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007

Prechal & De Leeuw 2007

S. Prechal & M. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency: The Building Blocks for a New Legal Principle?', *Real Law*, 2007, p. 51-61

Prins 2005

J.E.J. Prins, 'Het vergeten feestje van de Wob', *Nederlands Juristenblad* 2005, p. 1385

Prins 2007

J.E.J. Prins, 'Technocratie en de toekomstagenda van de Nationale ombudsman', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Werken aan behoorlijkheid, De Nationale ombudsman in zijn context*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 111-134

Pront-van Bommel 2006

S. Pront-van Bommel, 'Rechtszekerheid in concreto. Aanspraak op gerichte informatie van het bestuursorgaan', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2006, p. 146-152

**R**

Rob 2003

Raad voor het openbaar bestuur, *Trias informatica, ICT en overheid in vogelvlucht*, juli 2003

Rob en RvC 2008

Raad voor het openbaar bestuur en de Raad voor Cultuur, *Informatie: grondstof met toekomstwaarde, Contouren van een visie op de rol en betekenis van informatie*, 3/ 2008

**S**

Schellekens 2004

M.H.M. Schellekens, *Electronic Signatures, Authentication Technology from a Legal Perspective*, Den Haag: T.M.C. Asser Press, Information Technology & Law Series 5, 2004

Scheltema 1989

M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Scheltema 1997

M. Scheltema, *De wondere wereld van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 1997

Schuijt 2006

G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006

**T**

Thomas 2003

R. Thomas, *The Freedom of Information Act, an introduction*. Information Commissioner's Office, juni 2003, via <http://www.ico.gov.uk>

Thomassen 1999

P.J. Thomassen, 'Een korte introductie in de archivistiek', in: P.J. Horsman, F.C.J. Ketelaar en P.J. Thomassen (red.), *Naar een nieuw paradigma in de archivistiek*, Jaarboek 1999, 's-Gravenhage: Stichting Archiefpublicaties 1999

Thomassen 2000

P.J. Thomassen, 'Het begrip context in de archiefwetenschap', in: P.J. Horsman, F.C.J. Ketelaar en P.J. Thomassen (red.), *Context. Interpretatiekaders in de archivistiek*, Jaarboek 2000, 's-Gravenhage: Stichting Archiefpublicaties 2000

**V**

Voorhoof 2006

D. Voorhoof, 'Europees Mensenrechtenhof maakt (eindelijk) toepassing van artikel 10 EVRM in het kader van openbaarheid van bestuur en toegang tot bestuursdocumenten', *Mediaforum* 2006, p. 290-294

**W**

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, 14e druk, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008

# Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers

## Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 26 maart 1987, nr. 9248/81, *NJCM-bulletin* 1988, p. 148 m.nt. ThLB (Leander v. Zweden) 2.2.2.2
- EHRM 7 juli 1989, nr. 10454/83, *LJN* AB9903, *NJ* 1991, 659 m.nt. EJD (Gaskin v. VK) 2.2.2.2
- EHRM 16 december 1992, *ECHR Series A* vol. 252-B, *LJN* AD1800, *NJ* 1993, 400 m.nt. EJD (Niemitz) 4.3.2
- EHRM 19 februari 1998, 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) 2.2.2.2
- EHRM 19 oktober 2005, nr. 32555/96, *LJN* AU9986, *EHRC* 2005, 118, *NJ* 2009, 453 (Roche v. VK) 2.2.2.2
- EHRM 10 juli 2006, nr. 19101/03, *NJCM-bulletin* 2007, p. 28 m.nt. Kranenborg (Sdružení Jihočeské Matky v. Tsjechië) 2.2.2.2
- 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) 2.2.2.2
- 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) 2.2.2.2

## Hof van Justitie

- HvJEG 20 mei 2003, nr. C-465/00, nr. C-138/01, nr. C-139/01 (Österreichischer Rundfunk) 4.3.2
- HvJEG 6 november 2003, nr. C-101/01 (Lindqvist) 4.3.1
- HvJEG 29 juni 2010, nr. C-28/08P (Bavarian Beer II) 4.3.2

## Gerecht van eerste aanleg

- GvEA 30 mei 2006, nr. T-198/03 (Bank Austria) 4.2.1.2
- GvEA 8 november 2008, nr. T-194/04 (Bavarian Beer) 4.3.2

## Hoge Raad

- HR 8 maart 2002, *LJN* AD9331, *NJ* 2002, 200, *NJB* 2002, p. 676, *JB* 2002, 111 m.nt. Van der Linden (Hulter Staat) 4.2.1.2
- HR 22 september 2006, *LJN* AY8658, *AB* 2007, 1 m.nt. B.W.N. de Waard, *JB* 2006, 300 (Niet ontvangen faxbericht) 3.8
- HR 9 april 2010, *LJN* BK4549 (Passief kiesrecht voor SGP-vrouwen) 4.2.1.1

**Hof**

Hof Leeuwarden 9 juli 2003, <i>LJN</i> AI0434, <i>JB</i> 2003, 277 (Beroep per e-mail niet-ontvankelijk)	3.5.1
Hof Amsterdam 20 juni 2008, <i>LJN</i> BD7024 (Belediging en discriminatie op weblog)	1.4.2
Hof Amsterdam 23 november 2009, <i>LJN</i> BK4139, <i>NJFS</i> 2010, 29 (Openbaarheid Polinco website)	1.4.2

**Rechtbank**

Pres. Rb. Haarlem 9 november 1990, <i>LJN</i> AH3346, <i>KG</i> 1990, 400 (Bussluis Heemstede)	4.2.1.2
Rb. Almelo 20 december 2001, <i>LJN</i> AF3277 (Processen-verbaal bestuursdwang Weerselo)	4.3.2
Vzr. Rb. Assen 15 september 2005, <i>LJN</i> AU2709 (Landbouwsubsidies)	4.3.2
Vzr. Rb. Utrecht 20 september 2005, <i>LJN</i> AU2894 (Landbouwsubsidies)	4.3.2
Rb. Haarlem 31 oktober 2005, <i>LJN</i> AV1672, <i>USZ</i> 2006, 71 m.nt. Groothuis (Zoekgeraakt e-mailbericht)	3.8
Rb. Maastricht 27 maart 2006, <i>LJN</i> AW6886, <i>JB</i> 2006, 162 m.nt. M.O.-V. (Hotmail bezwaar bij IBG)	3.3.2.4
Rb. Zwolle 17 januari 2007, <i>LJN</i> AZ 7162 (Elektronisch bezwaar bij CBR)	3.3.2.4
Rb. Arnhem 25 april 2007, <i>LJN</i> BA4054, <i>NTFR</i> 2007, 905 (Geen elektronische aangifte bij belastingdienst)	3.4.1
Rb. Arnhem 16 augustus 2007, <i>LJN</i> BB1983 (Doorzendplicht bij elektronisch verkeer)	3.5.1
Rb. Haarlem 16 augustus 2007, <i>LJN</i> BB2114, <i>NTFR</i> 2007, 1581 (Inlogproblemen bij belastingdienst)	3.4.1
Rb. Amsterdam 1 november 2007, <i>LJN</i> BB6926 (Website Martijn)	1.4.2
Rb. Amsterdam 2 juni 2008, <i>LJN</i> BD2977 (Openbaarheid Polinco website)	1.4.2
Rb. Zwolle 24 maart 2009, <i>LJN</i> BH7555 (Beëindigen arbeidsovereenkomst per e-mailbericht)	3.3.1
Rb. Rotterdam 2 juli 2009, <i>LJN</i> BJ2435 (Bezwaar zonder handtekening)	3.3.2.4
Vzr. Rb. Almelo 15 oktober 2009, <i>LJN</i> BK0555, <i>NJF</i> 2009, 489 (Foto's zoon op Hyves)	1.4.2
Rb. Amsterdam 24 maart 2010, <i>LJN</i> BL8956 (Omroepblad TV Film)	4.2.1.2
Rb. Den Haag 28 april 2010, <i>LJN</i> BM4074, <i>AB</i> 2010, 258 m.nt. Peters (Leges bij Wob-verzoek)	4.2.1.2

**Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State**

ABRvS 26 september 2001, <i>LJN</i> AD4375, <i>JB</i> 2001, 291 (Bonussen gemeente Groningen)	4.3.2
ABRvS 1 mei 2002, <i>LJN</i> AE2047, <i>AB</i> 2003, 37 m.nt. PJS (Bestand illegale woonboten)	4.3.2
ABRvS 17 juli 2002, <i>LJN</i> AE5445 (VARA en SCBR)	4.3.2
ABRvS 15 januari 2003, <i>LJN</i> AF2907, <i>AB</i> 2003, 145 m.nt. PJS (Processen-verbaal bestuursdwang Weerselo)	4.3.2
ABRvS 16 juli 2003, <i>LJN</i> AH9903 (Actieve bekendmaking in beleidsregel)	4.2.1.2
ABRvS 10 september 2003, <i>LJN</i> AJ3308, <i>AB</i> 2004, 34 m.nt. Michiels,	

<i>BR</i> 2003, 1050, <i>JB</i> 2003, 295, <i>JM</i> 2004, 3 m.nt. Zigenhorn (Bedenkingen per e-mail)	3.5.1
ABRvS 1 oktober 2003, <i>LJN</i> AL3338, <i>AB</i> 2003, 438 m.nt. PJS (Privé-adressen leden commissie bezwaar en beroep)	4.3.2
ABRvS 14 juli 2004, <i>LJN</i> AQ1360, <i>AB</i> 2004, 349 m.nt. P.J. Stolk, <i>JB</i> 2004, 297 m.nt. G. Overkleeft-Verburg, <i>TAR</i> 2004, 160 (Medewerker belastingdienst)	4.3.2
ABRvS 23 december 2005, <i>LJN</i> AU9187, <i>AB</i> 2006, 101 m.nt. I. Sewandono (Aannemelijke computeruitdraai)	3.8
ABRvS 31 mei 2006, <i>LJN</i> AX6362, <i>AB</i> 2006, 329 m.nt. P.J. Stolk, <i>JB</i> 2006, 218 m.nt. M.O.-V. (Nijkerkse afdelingshoofd)	4.2.1.2, 3.2
ABRvS 18 juli 2007, <i>LJN</i> BA9807, <i>AB</i> 2007, 328, <i>JB</i> 2007, 180 m.nt. M.O.-V. (Koerdische demonstratie)	4.3.2
ABRvS 24 november 2007, <i>LJN</i> BB 6318, <i>AB</i> 2008, 3 m.nt. A.T. Marseille (Herplanten Ede)	3.8
ABRvS 12 maart 2008, <i>LJN</i> BC6375, <i>JB</i> 2008, 107 m.nt. M.O.-V. (Probo Koala)	4.3.2
ABRvS 29 april 2008, <i>LJN</i> BD0772, <i>AB</i> 2008, 202 m.nt. P.J. Stolk, <i>JB</i> 2008, 130 (Kenbaar maken door bestendige praktijk)	3.5.1
ABRvS 4 juni 2008, <i>LJN</i> BD3114, <i>AB</i> 2008, 232 m.nt. P.J. Stolk, <i>JB</i> 2008, 162 m.nt. M.O.-V. (Stichting Marorgelden)	4.3.2
ABRvS 3 december 2008, <i>LJN</i> BG5897, <i>AB</i> 2009, 8 m.nt. P.J. Stolk, <i>JB</i> 2009, 15 m.nt. M.O.-V. (Politie Rijnmond)	3.5.1
ABRvS 24 december 2008, <i>LJN</i> BG8294, <i>AB</i> 2009, 213 m.nt. B.P.M., <i>JB</i> 2009, 42 m.nt. C.L.G.F.H.A., <i>USZ</i> 2009, 75 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (Amelandse benzinepomp)	6.3.3
ABRvS 21 januari 2009, <i>LJN</i> BH0453, <i>AB</i> 2009, 94 m.nt. E.J. Daalder, <i>JB</i> 2009, 73 m.nt. G. Overkleeft-Verburg, <i>TAR</i> 2009, 99 (Vertrouwenscommissie Arnhem)	4.3.2
ABRvS 20 mei 2009, <i>LJN</i> BI4558, <i>JB</i> 2009, 167 m.nt. redactie (Redelijke termijn Wob)	6.3.3
ABRvS 27 mei 2009, <i>LJN</i> BI4972, <i>AB</i> 2009, 232 m.nt. P.J. Stolk (Documenten inval Irak)	4.2.1.2
ABRvS 6 januari 2010, <i>LJN</i> BK8363 (demonstratie Arnhem)	4.3.2
ABRvS 21 april 2010, <i>LJN</i> BM1793, <i>AB</i> 2010, 163 m.nt. de Gier (Downloaden ontwerpbestemmingsplan)	3.4.4
ABRvS 4 augustus 2010, <i>LJN</i> BN3186 (Politieregio Amsterdam-Amstelland)	3.5.1
ABRvS 20 oktober 2010, <i>LJN</i> BO1177 (niet-anonimiseren zienswijzen)	4.3.2
<b>Afdeling rechtspraak van de Raad van State</b>	
Vz. ARRvS State 4 oktober 1988, <i>LJN</i> AN1475, <i>AB</i> 1989, 275 m.nt. HJdR (Ligplaatsvergunningen Zwolle)	4.3.2
ARRvS 31 januari 1989, <i>LJN</i> AN0429, <i>AB</i> 1989, 277 m.nt. HJdR (Vergunningen Rivierenwet)	4.3.2

**Centrale Raad van Beroep**

CRvB 23 maart 2005, <i>LJN</i> AT3617, <i>AB</i> 2005, 193 m.nt. Ortlep, <i>USZ</i> 2005, 214 (Te late e-mail)	3.8
CRvB 1 september 2006, <i>LJN</i> AY9485, <i>JB</i> 2006, 310 m.nt M.O.-V. (Niet ontvangen faxbericht)	3.8
CRvB 7 februari 2007, <i>LJN</i> BA0213 en <i>LJN</i> AZ8886, <i>RSV</i> 2007, 148, <i>JB</i> 2007, 78 m.nt. M.O.-V. (Incompleet elektronisch dossier)	3.8
CRvB 10 december 2009, <i>LJN</i> BK7208, <i>AB</i> 2010, 131 m.nt. A.M. Klingenberg (Wuv-besluit)	3.5
CRvB 14 oktober 2010, <i>LJN</i> BO1902 (Overuren jeugdtheater)	3.5

**College van Beroep voor het Bedrijfsleven**

CBB 21 februari 2006, <i>LJN</i> AV3461, <i>JB</i> 2006, 102 m.nt. Overkleef-Verburg (Per post verzenden van een magnetische tape)	1.4.3
CBB 4 juni 2008, <i>LJN</i> BD4039, <i>JB</i> 2008, 212 m.nt. M.O.-V. (Aanvraag MEP-subsidie)	3.2



# Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar paragraafnummers

## A

actieve en adequate informatieverstrekking	2.2.3.3, 6.4.4
archiefbescheiden	5.2, 5.2.1, 5.2.2, 5.2.3, 5.2.4, 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3, 5.4.1, 7.5
asymmetrische encryptie	3.3.2.2, 3.3.2.3
audioverslag	4.2.1.1, 4.4.1, 7.4, 7.7
authenticatie	3.3.2, 3.3.2.1, 3.3.2.3, 3.3.2.4, 3.7, 3.9.1, 7.3
authenticiteit	1.3, 1.5, 3.3.1, 3.3.2.1, 3.3.2.4, 3.3.3, 3.4.4, 3.7, 3.7.1, 3.9.1, 3.9.2, 4.4.2, 5.1, 5.3.2, 7.1, 7.3

## B

bedrijfsgeheimen	4.2.1.2
beheer	5.2.2
beheerder	5.2.2
bekendmakingsverplichting	1.1, 4.2, 4.2.1, 4.4.1, 7.4
beleidsregel	2.2.1, 3.4, 4.2.1.2, 5.3.2
bericht	
– e-mail	1.1, 1.4.3, 3.3.1, 3.3.2.2, 3.3.2.1 3.3.2.4, 3.5.1, 3.7.1, 4.3.2, 5.3.2
– fax	1.4.3, 3.5.1, 3.8
– sms	1.1, 1.4.3, 3.3.2.4, 3.7, 3.9.1, 5.3.2, 7.3.2
beschikbaarheid	1.3, 2.2.2.4, 3.7, 3.7.1, 3.9.1 3.9.2, 4.2.2, 5.3.1, 7.1, 7.3, 7.4
besluiten van algemene strekking	3.4, 3.4.2, 3.9.1, 4.2.1, 4.2.1.2, 7.3
besturingsapparatuur	5.3.2
betrouwbaarheid	1.3, 1.5, 3.1, 3.3.1, 3.3.2.4, 3.6, 3.7, 3.7.1, 3.9.1, 3.9.2, 7.3
bewaren van overheidsinformatie	5.1
BurgerServiceNummer	3.3.2.4

## C

censuur	2.2.2.2, 2.3.1, 7.2
citoyen	1.1, 2.2.1, 4.2
communicatie	
– niet-openbare communicatie	1.4.2
– openbare communicatie	1.4.2
concretiserend besluit van algemene strekking	4.2.1.2
context	1.3, 1.4.2, 3.3.1, 3.3.2, 3.3.3, 4.1, 5.2.3, 5.3.2
context informatie	5.3.2

D	
databases	1.1
democratiebeginsel	1.3, 4.2.1.2, 4.4.1, 7.4
dienende overheid	1.3, 7.1
DigiD	3.3.2.4, 3.9.1, 7.3
digitale duurzaamheid	5.1, 5.3.2, 7.1
E	
elektronische bekendmaking	1.1, 3.4, 3.4.2, 3.4.6, 4.2.1.1, 4.4.1, 7.4
elektronische communicatie	1.4.3
elektronische handtekening	
– elektronische handtekening	3.3.2.1
– geavanceerde elektronische handtekening	3.3.2.2
– gekwalificeerde elektronische handtekening	3.3.2.3
e-mailadres	3.3.2.1, 3.5, 3.5.1, 3.5.2, 4.3.2
eNik	3.3.2.4
F	
flexibiliteit	1.3, 3.7, 3.7.1, 3.9.1, 7.3
functionele equivalenten	3.3, 3.9.1, 7.3
G	
garingsrecht	2.2.1, 2.2.2.2, 2.2.3.1
gekwaliceerd certificaat	3.3.2.3, 3.3.2.4
gelijkheidsbeginsel	1.3, 4.2.1.3, 4.4.1, 7.4
geschilbeslechting	6.1, 6.3.1, 6.3.3, 6.3.4, 6.4.3.2, 6.4.4, 6.5.1, 6.5.2, 7.6
grondrechten	1.3, 2.2.1, 2.2.3.1, 2.3.1, 2.3.2, 4.3.2, 7.1, 7.2
H	
hashwaarde	3.3.2.2
I	
identificatie	3.3.2, 3.3.2.1, 3.3.2.4, 3.3.3
informatiecommissaris	6.1
informatie-monopolie	2.2.2.2, 2.3.1, 7.2
informatierechten	1.1, 2.2.1
informatieverstrekking	1.4.1, 2.2.1, 2.2.3.3, 4.2, 4.2.1.2, 4.4.1, 4.4.2, 6.4.4, 7.1
informatievoorziening	1.5, 2.2.1, 2.2.3.3
inspraak	1.1, 2.2.1, 4.2, 4.2.1, 4.2.1.2, 4.3.2
integriteit	1.3, 2.2.2.3, 3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.3, 3.7, 3.7.1, 3.9.1, 3.9.2, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.2, 5.3.2, 7.1, 7.3, 7.4

---

K	
kenbaar maken	3.5, 3.5.1, 3.5.2, 3.9.1, 3.9.2, 7.3, 7.7
klant	1.1
L	
legaliteitsbeginsel	1.1, 1.3, 2.2.1, 2.2.3.2, 2.3.1, 4.2, 4.2.1.1, 4.2.1.2, 4.3.3, 4.4.1, 7.2, 7.4
M	
maatschappijlid	1.1, 2.2.1, 4.2
machtsevenwicht	1.3
N	
nadere eisen	3.6, 3.6.1, 3.9.1, 3.9.2, 7.3, 7.7
nevenschikking	3.4, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4, 3.4.5, 3.4.6, 3.6, 3.9.1, 3.9.2, 7.3, 7.7
niet-loochening	3.3.2.1
O	
onderdaan	1.1, 2.2.1, 4.2
ondertekening	3.3, 3.3.2, 3.3.2.2, 3.3.2.4, 3.3.3, 3.9.1, 7.3
openbaar maken	
– actief	4.2.1.2, 4.3.1.2
– passief	4.2.1.2
openbaarmakingsverplichting	4.2, 4.2.1, 7.4
overheidsvoorlichting	1.1, 4.2
onweerlegbaarheid	3.3.2.1, 3.7, 3.7.1, 3.9.1, 4.2.1.2, 7.3
P	
persoonlijke levenssfeer	1.3, 1.4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.2, 5.2.4, 7.4
persoonsgegevens	4.3.1, 4.3.1.1, 4.3.1.2, 4.3.2, 4.3.3, 4.4.1, 4.4.2, 6.2, 6.4.3, 6.4.3.3, 7.4, 7.7
persoonsgerichte beschikking	4.2.1.2
plan	4.2.1.2
portretrecht	1.4.2
private sleutel	3.3.2.1, 3.3.2.2, 3.3.2.3, 3.7
publicatieverplichting	4.2, 4.2.1, 4.2.1.2, 4.4.1, 7.4
publieke sleutel	3.3.2.2, 3.3.2.3
R	
Raad voor Cultuur	1.5, 5.1
Raad voor het openbaar bestuur	1.5, 5.1
rechterlijke macht	2.2.2.2, 2.3.1, 3.6.1, 4.2.1.2, 4.2.1.3, 4.4.1, 7.2, 7.4
recht op toegang tot overheidsinformatie	2.2, 2.2.1, 2.2.2.2, 2.2.3.1, 2.3.1, 2.3.2, 4.2.1.2, 6.3.2, 6.4.4, 6.5.1, 7.2, 7.4, 7.6, 7.7

rechtsgelijkheid	1.3, 2.2.1, 2.3.1, 7.2
rechtszekerheid	1.3, 2.2.1, 2.2.2.4, 2.2.3.2, 2.3.1, 3.4.3, 4.2, 4.2.1.1, 4.2.1.2, 4.3.3, 4.4.1, 6.3.3, 7.1, 7.2, 7.4, 7.7
rechtszekerheidsbeginsel	1.3, 4.2, 4.2.1.1, 4.4.1, 7.4
<b>S</b>	
schriftelijkheidsvereiste	3.3.1
spindoctoring	1.1, 4.2
staatsburger	1.1
Staatscommissie Grondwet	2.2.3.1
symmetrische encryptie	3.3.2.2
<b>T</b>	
termijn (begin en/of einde)	3.5.1, 3.8, 3.9.1, 3.9.2, 7.3
toegankelijk	1.1
toepassingsapparatuur	3.2
transparantie	1.3, 1.5, 2.2.1, 2.2.2.3, 2.2.2.4, 2.2.3.1, 2.3.1, 3.4.2, 3.7, 3.7.1, 3.9.1, 4.2.2, 4.3.2, 4.3.2, 4.4.2, 7.1, 7.2, 7.3
transparantiebeginsel	2.2.1, 2.2.2.4
trusted third party	3.3.2.3
<b>V</b>	
verdrag van Tromsø	2.2.2.3, 2.3.2, 4.2.1.2, 4.2.1.3, 4.4.1, 6.4.2.1, 6.5, 7.2, 7.4, 7.7
verkeer langs elektronische weg	1.4.3, 3.2, 3.9.1
verkiezingen	1.1, 2.2.1, 4.2
vertrouwelijkheid	1.3, 3.3.1, 3.3.2.2, 3.6, 3.7, 3.7.1, 3.9.1, 3.9.2, 7.1, 7.3
verwerking van persoonsgegevens	4.3.1, 4.3.2
verslag	
– audio	4.2.1.1, 4.4.1, 7.4, 7.7
– video	4.2.1.1, 4.2.1, 7.4, 7.7
vindbaarheid	1.1
vrijheid van meningsuiting	1.3, 1.4.2, 2.2.1, 2.2.2.1, 2.3.1, 4.2.2, 7.2
<b>W</b>	
weigeringsgronden	
– absolute	4.3.2
– relatieve	4.2.1.2, 4.3.2, 4.4.1, 4.4.2, 7.4, 7.7
woordvoering	1.1, 4.2
<b>Z</b>	
zaaksgerichte beschikking	4.2.1.2
zorgdrager	5.2.2, 5.3.2

## Lijst van gebruikte afkortingen

AB	Rechtspraak Bestuursrecht
ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
AOI Code	Code of Practice on Access to Government Information
APV	Algemene plaatselijke verordening
ARRvS	Afdeling rechtspraak van de Raad van State
art.	artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
B&W	burgemeester en wethouders
Bor	Besluit omgevingsrecht
Bro	Besluit ruimtelijke ordening
BSN	Burger Service Nummer
BW	Burgerlijk wetboek
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
Cbp	College bescherming persoonsgegevens
CRvB	Centrale Raad van Beroep
DigiD	Digitale Identiteit
ECHR	European Convention on Human Rights
EG	Europese gemeenschappen
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
eNik	elektronische Nederlandse identiteitskaart
ETGB	Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
FOI	Freedom of Information
FOIA	Freedom of Information Act
Gst.	De Gemeenstestem
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
ICT	informatie- en communicatietechnologie
ICTU	Stichting ICT Uitvoeringsorganisatie
IT	Informatietechnologie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JM	Jurisprudentie Milieurecht
jo.	juncto
KG	Kort Geding

LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LNV	Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit
MDW	Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit
M en R	Milieu & Recht
m.nt.	met noot
NIRM	Nationaal Instituut voor de Rechten van de Mens
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-bulletin	Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJFS	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak Strafzaken
NHS Code	Code of Practice on Openness in the National Health Service
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
Pres.	President
Rb.	Rechtbank
Red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvO EK	Reglement van Orde van de Eerste Kamer der Staten-Generaal
RvO TK	Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
RvS	Raad van State
SR	Wetboek van Strafrecht
Svb	Sociale verzekeringsbank
TAR	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
TTP	trusted third party
USAID	US Agency for International Development
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
UVW	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAR	Vereniging voor Bestuursrecht
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
vzr.	voorzieningenrechter
Wabo	Wet algemene bepalingen omgevingsrecht
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
WNo	Wet Nationale ombudsman
Wob	Wet openbaarheid van bestuur
Wpr	Wet persoonsregistraties
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WW	Werkloosheidswet