

Het ‘Wetsvoorstel open overheid’ in het licht van artikel 10 EVRM

Wouter Hins*

De opstellers van het ‘Wetsvoorstel open overheid’ hebben zich laten inspireren door onder meer artikel 10 EVRM en daarop gebaseerde jurisprudentie. In deze bijdrage worden drie belangrijke wijzigingen ten opzichte van de huidige Wob onderzocht. Geven deze wijzigingen een goede uitvoering aan het Europese recht?

Inleiding

Het omvangrijke Wetsvoorstel open overheid van de Tweede Kamerleden Voortman (GroenLinks) en Schouw (D66) haalt heel wat overhoop.¹ Veel bepalingen hebben een Europese achtergrond. Hoofdstuk 6 over hergebruik van overheidsinformatie geeft uitvoering aan een EU-richtlijn die gewijzigd werd in 2013.² De voorgestelde regeling inzake misbruik van het recht om informatie op te vragen ligt in het verlengde van een verdrag van de Raad van Europa.³ De mogelijkheid om informatie uitsluitend aan één belanghebbende te verstrekken lijkt te zijn gecreëerd voor gevallen waarin artikel 2, 3, 6 of 8 van het EVRM dat vereist. Over al deze aspecten gaat deze bijdrage niet. Wij beperken ons tot drie wijzigingen die geïnspireerd zijn door artikel 10 EVRM, in het bijzonder de wens om een maatschappelijk debat over onderwerpen van publiek belang te bevorderen

De genoemde wijzigingen houden het volgende in:

1. Het recht op toegang tot informatie blijft niet beperkt tot informatie bij een bestuursorgaan. Sommige autoriteiten die in de Awb van het begrip ‘bestuursorgaan’ zijn uitgezonderd, zullen onder de nieuwe wet vallen. Hetzelfde geldt voor de besturen van verenigingen van openbare lichamen, zoals de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG). Bij AMvB kunnen ook organisaties uit de semi-publieke sector tot openbaarheid worden verplicht.
2. De plicht van de overheid om uit eigen beweging informatie openbaar te maken zal worden aangescherpt. Het wetsvoorstel noemt een groot aantal categorieën van informatie die in ieder geval openbaar moeten zijn. Bovendien worden overheden verplicht een register bij te houden van alle bij hen berustende documenten. Openbaarmaking uit

eigen beweging is het uitgangspunt. Verzoeken van particulieren kunnen beperkt blijven tot probleemgevallen.

3. De huidige Wob kent vier absolute uitzonderingsgronden. Anders dan de relatieve uitzonderingsgronden in artikel 10, tweede lid, Wob laten zij het bestuursorgaan geen ruimte tot belangenafweging. Het wetsvoorstel zwakt het absolute karakter af. Als een zwaarwegend algemeen belang dat vergt, kan informatie die eigenlijk geheim moet blijven in een concreet geval toch openbaar worden gemaakt.

Na een korte schets van de relevante rechtspraak van het EHRM komen de drie genoemde wijzigingen aan de orde. Nagegaan zal worden waarom het recht op vrijheid van expressie en informatie, zoals gewaarborgd door artikel 10 EVRM, met de desbetreffende wijziging gediend kan zijn. Telkens is de volgende vraag of het wetsvoorstel een goede uitvoering geeft aan de Europese norm.

Rechtspraak van het EHRM

Sedert het arrest ‘Társaság a Szabadságjogokért’ (TASZ) uit 2009 staat vast dat de overheid artikel 10 EVRM kan schenden door te weigeren informatie over een onderwerp van maatschappelijk belang openbaar te maken.⁴ TASZ was een ideële organisatie ter bescherming van mensenrechten, die aan het Hongaarse constitutionele hof tevergeefs had gevraagd inzage te geven in een belangrijk procesdossier. Een lid van het Hongaarse parlement had aan het hof verzocht een recente wijziging van het nationale wetboek van strafrecht ongrondwettig te verklaren. Na een zogeheten ‘abstracte’ toetsingsprocedure had het constitutionele hof de wet inderdaad ongrondwettig verklaard en TASZ wilde weten hoe de klacht van de parlementariër precies had geluid. Uit de jurisprudentie van het EU

in maart 2014 geratificeerd door zes lidstaten, te weten Bosnië-Herzegovina, Hongarije, Litouwen, Montenegro, Noorwegen en Zweden. Voor de inwerkingtreding zijn tien ratificaties vereist. Acht staten hebben het verdrag wel ondertekend, maar nog niet geratificeerd. Nederland behoort tot de landen die het zelfs niet ondertekend hebben. De redenen daarvoor zijn uiteengezet door de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in een brief aan de Tweede Kamer van 31 mei 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 802, nr. 1. Zie hierover het artikel van Eric Daalder, ‘Aanpassingen van de Wob: de brief van minister Donner’, *Mediaforum* 2011-9, p. 238-243. De Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa heeft op 2 oktober 2013 de resterende lidstaten opgeroepen alsnog tot ratificatie over te gaan. PACE Resolution 1954 (2013) en PACE Recommendation 2024 (2013).

- 4 EHRM 14 april 2009, NJ 2010, 209 m.nt. E.J. Dommering (*TASZ/Hongarije*) en EHRC 2009, 74 m.nt. A.W. Hins.

* Prof. mr. A.W. Hins is hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden, universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht bij de UvA en onderzoeker bij het Instituut voor Informatierecht.

1 Voorstel van wet van de leden Voortman en Schouw houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Wet open overheid), *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 8. De eerste versie van het wetsvoorstel was aanhangig gemaakt door het lid Peters op 5 juli 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 328, nrs. 1-3.

2 Richtlijn 2013/37/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 tot wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie (*PbEU* L 175/1). De richtlijn moet uiterlijk 18 juli 2015 door de lidstaten zijn geïmplementeerd.

3 Council of Europe Convention on Access to Official Documents, Tromsø 18 juni 2009, *CETS* no. 205. Zie in het bijzonder artikel 5, vijfde lid. Het verdrag was

Hof van Justitie is bekend dat het recht op openbaarheid van overheidsinformatie bijzonder zwaar weegt wanneer het gaat om informatie betreffende een wetgevingshandeling.⁵ Het ligt voor de hand dat het ongeldig verklaren van een eerder aanvaarde wet minstens zo belangrijk is als het uitvaardigen van een nieuwe regeling.

In het TASZ-arrest maakt het EHRM duidelijk dat ook hij van oordeel is dat het maken en buiten werking stellen van wetten een onderwerp is van algemeen belang, waarover het publiek moet kunnen debatteren. Het EHRM overwoog dat de afwijzing van het verzoek van TASZ om inzage te krijgen in het procesdossier een beperking opleverde van artikel 10 EVRM. Bovendien was deze afwijzing niet te rechtvaardigen op grond van het tweede lid. In Nederland bestaat geen constitutioneel gerechtshof, maar we zouden een vergelijking kunnen maken met de Hoge Raad. In Nederland wordt een verzoek aan de Hoge Raad om inzage in een procesdossier eveneens geweigerd. Artikel 28, derde lid, Rv en artikel 365, vijfde lid, Sv verbieden dat afschriften van een procesdossier aan derden worden verstrekt. Daarnaast is de Hoge Raad uitgezonderd van het begrip 'bestuursorgaan' krachtens artikel 1:1, tweede lid onder c, Awb, zodat de Wob niet van toepassing is.

Lastiger is de vraag of in het TASZ-arrest een 'algemeen' recht op toegang tot overheidsinformatie kan worden afgeleid. Kan artikel 10 EVRM worden opgevat als een Europese Wet open overheid? Enige voorzichtigheid is op zijn plaats, want het EHRM verwees uitdrukkelijk naar de bijzondere kenmerken van het concrete geval. In dat verband noemde het Hof:

- a. De overheid had een informatiemonopolie en de gevraagde informatie was kant en klaar beschikbaar.
- b. De aanvrager TASZ handelde als een 'social watchdog', vergelijkbaar met de pers.
- c. Het gevraagde document kon bijdragen aan een publiek debat en had betrekking op het functionele handelen van een parlamentslid.
- d. TASZ had zich ermee akkoord verklaard dat persoonlijke informatie uit het document zou worden verwijderd.
- e. Er bestond een wettelijke basis voor de aanvraag, maar het bevoegde orgaan had toepassing gegeven aan een weigeringsgrond.

Met name het laatstgenoemde aspect is interessant. Zou het EHRM lidstaten ook verplichten inzage te geven in documenten, zonder dat de nationale wetgever daar een regeling voor heeft getroffen? Of wanneer een nationale openbaarheidswet duidelijk maakt dat zij geen betrekking heeft op bepaalde overheidsorganen of een bepaalde categorie informatie? In een arrest van 26 maart 2014 noemde het Britse Supreme Court de Straatsburgse jurisprudentie 'onbevredigend'. Een op artikel 10 EVRM gebaseerde plicht om informatie openbaar te maken kan volgens een meerderheid van dit hof alleen worden ingeroepen wanneer het nationale recht heeft bepaald dat de infor-

matie in beginsel openbaar is. Het aannemen van een algemene verplichting voor overheidsorganen om informatie te verstrekken over onderwerpen van algemeen belang, losgekoppeld van het nationale recht, zou veel te ver gaan. Namens de meerderheid overwoog Lord Mance:

Article 10 would itself become a European-wide Freedom of Information law. But it would be a law lacking the specific provisions and qualifications which are in practice debated and fashioned by national legislatures according to national conditions and are set out in national Freedom of Information statutes.⁶

De geciteerde overweging is niet gespeend van demagogie. Men kan heel goed een weigering toetsen aan artikel 10 EVRM zonder dat de bevoegdheid van de nationale wetgever meteen naar Straatsburg weglekt. Het EHRM zal lidstaten niet veroordelen omdat het anders denkt over details. Doorslaggevend in de TASZ-zaak was dat de totstandkoming van een publiek debat zonder geldige reden werd gehinderd. In latere jurisprudentie is dit een terugkerend thema. Actiegroepen, mensenrechtenverenigingen, ngo's, journalisten en wetenschappers hebben met succes een schending van artikel 10 EVRM aangevoerd wegens het niet verstrekken van informatie.⁷ In de concurring opinion bij het arrest *Youth Initiative for Human Rights/Servië* benadrukten twee rechters dat artikel 10 EVRM moet worden uitgelegd in het licht van ander internationaal recht.⁸ Zij wezen op General Comment no. 34 van het Human Rights Committee van de Verenigde Naties en het Verdrag van Tromsø. Beide teksten gaan ervan uit dat het recht op informatie aan eenieder toekomt, ook als de nationale wetgever steken heeft laten vallen.⁹

Reikwijdte van de wet

Artikel 10 EVRM maakt uiteraard geen onderscheid tussen bestuursorganen in de zin van de Awb en andere organen van de staat. Het voorstel om de Wet open overheid een ruime reikwijdte te geven is daarom verstandig. Zo zullen de Kamers en de verenigde vergadering van de Staten-Generaal krachtens artikel 2.2, eerste lid aanhef en onder b, van het wetsvoorstel op één lijn worden gesteld met bestuursorganen. De memorie van toelichting merkt op dat informatie die alleen berust bij individuele Kamerleden of fracties niet onder de wet zal vallen. Men zou het een nadeel kunnen noemen dat de wet niet gebruikt kan worden om bij individuele Kamerleden informatie op te vragen over de persoonlijke belangen die zij bij een wetsvoorstel hebben. Dat nadeel heeft echter weinig praktische betekenis. Artikel 150a van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer schrijft nu al voor dat nevenactiviteiten in een openbaar register worden opgenomen. In beginsel zou de Tweede Kamer ook kunnen besluiten een register aan te leggen voor het bezit van aandelen of onroerend goed. Omdat de informatie dan berust bij de Tweede Kamer als zodanig, zou de Wet open overheid wel van toepassing zijn.

5 HvJ EG 1 juli 2008, NJ 2008, 573 en *Mediaforum* 2009-1, nr. 1 m.nt. A.W. Hins (*Turco en Zweden/Raad van de EU*).

6 Supreme Court (UK) 26 maart 2014 (*Kennedy/The Charity Commission*), <http://supremecourt.uk/decided-cases/index.shtml>. Zie par. 94. Twee van de zeven rechters meenden dat artikel 10 EVRM wel een rechtstreekse aanspraak vestigt. Zij gaan uitvoerig in op de meest recente jurisprudentie van het EHRM, waaronder het hierna te bespreken OVESSG-arrest.

7 Voor een overzicht zie A.W. Hins, 'De toegang tot overheidsinformatie' in M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2013, p. 151-159. Zie ook Päivi Tiilikka, 'Access to Information as a Human Right in the Case Law of the European Court of Human Rights', *Journal of Media Law* (2013)5 (1), p. 79-103.

8 EHRM 25 juni 2013, appl. nr. 48135/06 (*Youth Initiative for Human Rights/Servië*). Unaniem oordeelde de Kamer dat artikel 10 EVRM was geschonden. De concurring opinion werd geschreven door de rechters Sajó en Vučinić.

9 Vgl. het arrest *Claude Reyes e.a./Chili* van het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens van 19 september 2006. Chili werd veroordeeld wegens schending van artikel 13 van de Inter-Amerikaanse Conventie voor de Rechten van de Mens (vergelijkbaar met artikel 10 EVRM) omdat de overheid geweigerd had informatie te verstrekken over een groot houtkapproject. Chili had indertijd geen wet inzake de toegang tot overheidsinformatie en had het verzoek om informatie daarom genegeerd. A.W. Hins en D. Voorhoof, 'Access to State-held Information as a Fundamental Right under the European Convention on Human Rights', *European Constitutional Law Review* 2007, p. 114-126 (p. 121-122).

Positief is dat artikel 26 van de Wet op de Raad van State komt te vervallen. Dat artikel bepaalt dat een advies van de Afdeling advisering over een wetsvoorstel van de regering geheim moet blijven totdat het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer is ingediend. In het verleden was de gedachte dat men een broedende kip, in casu de regering die zich bezint op het advies, niet moet storen met een maatschappelijk debat. Dit argument wordt nu omgedraaid. Relevant commentaar van buiten kan de besluitvorming juist verbeteren.¹⁰ Aan de ratio van artikel 10 EVRM wordt zo beter recht gedaan.¹¹

Op een ander onderdeel roept het wetsvoorstel vragen op. Waarom strekt het zich niet uit tot organen die met rechtspraak zijn belast? Het TASZ-arrest had juist daarop betrekking. Daar staat tegenover dat het verdrag van Tromsø rechterlijke organen alleen als overheid behandelt voor zover zij bestuurlijke maatregelen nemen. De memorie van toelichting geeft slechts een summier verklaring waarom organen met rechtspraak belast een bijzondere positie houden. 'Voor hen gelden voldoende andere regels om openbaarheid en transparantie te garanderen. In de praktijk zijn bovendien geen of nauwelijks problemen geconstateerd', aldus de toelichting.¹² Nu zijn de artikelen 28 Rv en 365 Sv tamelijk zuinig wat betreft het recht op openbaarheid. Waarschijnlijk hebben de opstellers gedacht dat bij toekomstige problemen deze bepalingen altijd nog kunnen worden aangepast. Zou het EHRM ooit in navolging van het Britse Supreme Court bepalen dat een recht op informatie krachtens artikel 10 EVRM alleen kan werken binnen het kader van een nationale wet, dan zou een wetswijziging inderdaad nodig zijn. Een vergelijkbare situatie bestaat ten aanzien van informatie die berust bij inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Daarop zal de Wet open overheid slechts zeer beperkt van toepassing zijn.¹³

Openbaarmaking uit eigen beweging

Dat artikel 10 EVRM een plicht kan bevatten tot openbaarmaking uit eigen beweging door de overheid, ligt minder voor de hand. In het arrest Guerra oordeelde het EHRM dat de Italiaanse overheid niet in strijd had gehandeld met artikel 10 EVRM toen zij onvoldoende voorlichting gaf over de risico's van een chemische fabriek voor de omwonenden. Het Hof overwoog dat artikel 10 EVRM in de gegeven omstandigheden geen positieve verplichting bevatte voor de staat 'to collect and disseminate information of its own motion'.¹⁴ Artikel 10 was niet van toepassing in tegenstelling tot artikel 8 EVRM. Het latere TASZ-arrest benadrukt een verschil met Guerra. In TASZ overweegt het EHRM namelijk 'that the information sought by the applicant in the present case was ready and available (see a contrario, Guerra and others v. Italy)'. In het geval van TASZ was artikel 10 EVRM niet alleen beperkt, maar ook geschonden. Het is verleidelijk te concluderen dat uit artikel 10 EVRM wel een plicht voor de overheid kan worden afgeleid om op verzoek van een 'public watchdog' informatie openbaar

te maken die 'ready and available' is, maar geen plicht om uit eigen beweging aan voorlichting te doen.

Die conclusie is om een aantal redenen onjuist. In de eerste plaats verwees het Hof in het arrest Guerra uitdrukkelijk naar de omstandigheden van het concrete geval. Het sloot dus niet uit dat artikel 10 EVRM onder andere omstandigheden wel een verplichting voor de overheid kan bevatten om uit eigen beweging informatie te verzamelen en te verspreiden. In de tweede plaats is artikel 10 EVRM een 'living instrument' dat moet worden uitgelegd tegen de achtergrond van ontwikkelingen in de samenleving en het internationale recht. Hoewel het Verdrag van Tromsø nog niet in werking is getreden, geeft het aan dat binnen de Raad van Europa de overtuiging groeit dat actieve voorlichting een bijdrage levert aan de democratie. Dat blijkt in het bijzonder uit artikel 10 van het Verdrag van Tromsø. Belangrijker nog is een passage in General Comment no. 34 van het Human Rights Committee over de betekenis van artikel 19 IVBPR. Het Human Rights Committee stelt daarin: 'To give effect to the right of access to information, States parties should proactively put in the public domain Government information of public interest.'¹⁵ Ook de Afdeling advisering van de Raad van State achtte deze overweging van belang.¹⁶

Een derde reden waarom actieve openbaarmaking noodzakelijk kan zijn, vloeit voort uit het arrest OVESSG tegen Oostenrijk.¹⁷ In deze zaak had de vereniging OVESSG kopieën opgevraagd van alle beslissingen (ca. 500 in totaal) die de *Tiroler Landesgrundverkehrskommission* had genomen in de periode van 2000 tot 2005. De commissie is blijkens het arrest een publieke autoriteit die geschillen beslecht in de zin van artikel 6 EVRM. Tot haar taken behoort onder meer het goedkeuren van eigendomsoverdrachten van onroerend goed om land te behouden voor agrarische bestemmingen en voor bosbouw. In de regio Tirol moet zij bovendien voorkomen dat er te veel tweede woningen ontstaan. De vereniging OVESSG accepteerde dat de besluiten geanonimiseerd zouden moeten worden en zij was bereid daarvoor een vergoeding te betalen. De commissie stelde echter vast dat zij te weinig personeel had om alle documenten bij elkaar te zoeken en te anonimiseren. Om die reden wordt het verzoek afgewezen. Bij het EHRM klaagt OVESSG dat haar recht op informatie krachtens artikel 10 EVRM is geschonden.

Het Hof geeft toe dat de gevraagde informatie, anders dan in de TASZ-zaak, niet *ready and available* was. Dat is echter niet doorslaggevend. Het Hof vindt het 'striking' dat de commissie de besluiten niet uit eigen beweging heeft gepubliceerd, hetzij in een elektronische databank, hetzij in een andere vorm. Had zij dat gedaan, zoals vergelijkbare commissie in andere regio's, dan had het probleem van het vele extra werk zich niet voorgedaan. De beperking van artikel 10 EVRM is daarom niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Het is nog net niet zo dat het EHRM lidstaten rechtstreeks verplicht tot het open-

10 Vgl. HvJ EG 1 juli 2008, *Turco en Zweden/Raad van de Europese Unie*, NJ 2008, 573 en *Mediaforum* 2009-1, nr. 1 over de zogeheten Eurowob (zie noot 5).

11 Zoals hierboven opgemerkt is publieke participatie juist bij wetgeving van groot belang. Dat bleek al uit het *Turco*-arrest (HvJ EG) en uit het TASZ-arrest (EHRM). Zie ook r.o. 47 van het EHRM-arrest OVESSG/Oostenrijk, nr. 7 in dit nummer.

12 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328 nr. 9, p. 22.

13 Artikel 8.8 bepaalt dat de belangrijkste artikelen van de Wet open overheid niet van toepassing zijn op informatie waarvoor een bepaling geldt die is opgenomen in een bijlage bij de wet. In de bijlage zijn onder meer opgenomen paragraaf 3.3, hoofdstuk 4 en artikel 81 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. De huidige Wob is daarop ook niet van toepassing, deels vanwege artikel 2, eerste lid, van de Wob, deels omdat de commissie van toe-

zicht geen bestuursorgaan is krachtens artikel 1:1, tweede lid, Awb.

14 EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690, (*Guerra e.a./Italië*), r.o. 53.

15 Human Rights Committee, 102nd session, Geneva 11-29 juli 2011, General Comment No. 34, paragraaf 19.

16 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 7, p. 5 voetnoot 21. Een bijkomend argument is te vinden in r.o. 35 van het TASZ-arrest, waarin het EHRM aangeeft dat zijn uitleg van artikel 10 EVRM een ontwikkeling doormaakt: 'the Court has recently advanced towards a broader interpretation of the notion of 'freedom to receive information' [...]. Een deel van deze bredere interpretatie kan ook een plicht tot actieve openbaarheid zijn.

17 EHRM 28 november 2013, appl. nr. 39534/07, (*OVESSG/Oostenrijk*); zie nr. 7 in dit nummer.

baar maken van informatie uit eigen beweging, maar praktisch worden overheidsorganen wel die richting op geduwd. Een overheid die niet uit zichzelf op een regelmatige en transparante wijze haar beslissingen bekend maakt, kan immers later niet meer aanvoeren dat het te veel werk is om te voldoen aan een verzoek om informatie dat betrekking heeft op een zeer groot aantal documenten.

Afzwakking van de absolute uitzonderingsgronden

Het spreekt vanzelf dat uitzonderingen gewenst zijn op het beginsel van openbaarheid. Artikel 10, tweede lid, EVRM laat uitzonderingen toe mits deze bij de wet zijn voorzien, gericht zijn op een geoorloofd doel en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. In navolging van de huidige Wob maakt artikel 5.1 van het Wetsvoorstel open overheid onderscheid tussen absolute en relatieve uitzonderingsgronden. Bij de absolute uitzonderingsgronden hoeft het bestuur alleen te onderzoeken of één van de limitatief opgesomde belangen in het geding is. Is het antwoord bevestigend, dan dient openbaarmaking achterwege te blijven. Artikel 5.1 van het wetsvoorstel noemt drie van zulke belangen: de eenheid van de Kroon, de veiligheid van de Staat en de bescherming van bijzondere persoonsgegevens. Bij relatieve uitzonderingsgronden – een langere lijst van belangen – moet het bestuur daarnaast een tweede vraag beantwoorden: weegt de mogelijke schade aan het desbetreffende belang op tegen het algemene belang van openbaarheid? Het resultaat zal moeten voldoen aan de eisen van artikel 10 EVRM. Met andere woorden: als besloten wordt tot een beperking van het grondrecht, zal de beperking noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving.

Absolute uitzonderingsgronden passen niet in het systeem van artikel 10, tweede lid, EVRM. In het vereiste dat een beperking ‘noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving’, ligt immers een proportionaliteitstoets besloten. Men zou kunnen zeggen dat de wetgever bij het formuleren van de absolute uitzonderingsgrond in abstracto een belangenafweging heeft verricht. Vervolgens kwam de wetgever tot de conclusie dat bepaalde belangen zo zwaar wegen dat zij altijd voorrang hebben boven het belang van openbaarheid. Het EHRM toetst de noodzakelijkheid van een beperking van de uitingsvrijheid echter op een andere manier. Dat bleek al uit een overweging uit het *Sunday Times*-arrest uit 1979:

*In the second place, the Court's supervision under Article 10 covers not only the basic legislation but also the decision applying it (see the Handyside judgment, p. 23, par. 49). It is not sufficient that the interference involved belongs to that class of the exceptions listed in Article 10 par. 2 which has been involved; neither is it sufficient that the interference was imposed because its subject-matter fell within a particular category or was caught by a legal rule formulated in general or absolute terms: the Court has to be satisfied that interference was necessary having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it.*¹⁸

Het is daarom wenselijk dat een bestuursorgaan de mogelijkheid heeft in bijzondere omstandigheden af te wijken van een absolute plicht tot geheimhouding. Zo kan een onnodige beperking van artikel 10 EVRM worden voorkomen. Het wetsvoorstel open overheid stelt een dergelijke uitzondering voor in artikel 3.4, dat is opgenomen in het hoofdstuk over openbaarmaking uit eigen beweging. In afwijking van onder meer de absolute uitzonderingsgronden kan een bestuursorgaan – en de daarmee gelijkgestelde organen – informatie toch openbaar maken, wanneer een ander zwaarwegend algemeen belang dat in een concreet geval vergt. Het voorkomen van een schending van artikel 10 EVRM is ongetwijfeld een ‘zwaarwegend algemeen belang’. Artikel 3.4 van het wetsvoorstel is een uitzondering op een uitzondering op de openbaarheid, zoals die ook voorkomt in artikel 4 van Verordening nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie (de ‘Eurowob’) en artikel 3 van het Verdrag van Tromsø.¹⁹ De formulering in deze teksten is identiek. Vereist is een ‘overriding public interest in disclosure’.

Anders dan de Eurowob en het Verdrag van Tromsø bepaalt het wetsvoorstel echter dat een uitzondering op de uitzondering alleen mogelijk is in het kader van openbaarmaking uit eigen beweging. Het is niet de bedoeling dat burgers een aanvraag indienen om toepassing te geven aan artikel 3.4 van de Wet open overheid. De memorie van toelichting zegt dat uitdrukkelijk.²⁰ Staat een gang naar de bestuursrechter open wanneer iemand toch een dergelijk verzoek indient en de overheid dat afwijst? In principe niet. Gezien de keuze van de wetgever is de verzoeker geen belanghebbende, het verzoek geen aanvraag en de afwijzing geen besluit. Als de burger zich echter beroept op artikel 10 EVRM wordt de situatie anders. In feite vraagt de burger dan de wet buiten toepassing te laten wegens strijd met een rechtstreekse werkende verdragsbepaling op grond van 94 van de Grondwet. De beslissing om een algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing te laten is wel voor bezwaar en beroep vatbaar, evenals de weigering om dat te doen.²¹ Deze complicatie is ongewenst. Beter zou het zijn de nuancering van de absolute uitzonderingsgronden te regelen in hoofdstuk 5 over uitzonderingen. Dan kunnen particulariseren hierover een besluit uitlokken zonder dat artikel 94 Grondwet behoeft te worden ingeroepen.

Conclusie

Sedert een aantal jaren omvat artikel 10 EVRM een recht op toegang tot overheidsinformatie. Recente jurisprudentie van het EHRM wordt gesteund door ander internationaal recht, zoals het Verdrag van Tromsø (Raad van Europa) en General Comment no. 34 van het Human Rights Committee (Verenigde Naties). Het Wetsvoorstel open overheid brengt het Nederlandse recht bij de tijd en zal de kans op een internationale veroordeling verkleinen. Op één punt had het wetsvoorstel een stap verder mogen zetten. De mogelijkheid om af te wijken van de absolute uitzonderingsgronden kan beter worden verruimd tot alle gevallen waarin overwogen wordt informatie openbaar te maken.

18 EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 65.

19 Verordening (EG) Nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, Pb EU L 145/43. Council of Europe Convention on Access to Official Documents, Tromsø 18 juni 2009, CETS no. 205 (zie

noot 3).

20 Kamerstukken II 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 75.

21 Een klassiek voorbeeld is ARRS 10 oktober 1978, *Ars Aequi* 1979, p. 477 (*Anten-neverbod Leerdam*).