

Tilburg University

Open standaarden en de grondwet

Schellekens, M.H.M.

Published in:
Open Source Jaarboek 2009-2010

Publication date:
2010

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Schellekens, M. H. M. (2010). Open standaarden en de grondwet. In H. Sleurink, J. Stedehouder, & J. W. Broekema (Eds.), *Open Source Jaarboek 2009-2010* (pp. 207-220). (Open Source Jaarboek; No. 4). Media Update.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

12 *Open standaarden en de grondwet*

Maurice Schellekens

Inleiding

De redacteurs van dit jaarboek vroegen mij in de herfst van 2009 of ik een bijdrage wilde schrijven over de wenselijkheid van opname van open standaarden in de grondwet. Aanvankelijk vond ik de combinatie van open standaarden en de grondwet ietwat vergezocht. De grondwet houdt zich over het algemeen bezig met de hoofdlijnen van onze staatsinrichting en de grondrechten van de burger. Hoe past het gebruik van open standaarden door de overheid hierin? Standaarden dienen voor het vergroten van de interoperabiliteit tussen de ICT van overheden en burgers, en tussen die van overheden onderling. Het gebruik van ICT op basis van open standaarden kan ook de overheid onafhankelijker maken van ICT-leveranciers en dienstverleners. Hoewel dat stuk voor stuk lovenswaardige doeleinden zijn, lijken open standaarden daarmee in eerste instantie toch vooral te raken aan technische, organisationele, semantische en economische aspecten van de overheidsinformatiehuishouding. Bij nadere beschouwingen blijken echter ook meer expliciete banden te bestaan tussen in de grondwet geregelde zaken en open standaarden. Zo zijn er verschillende bepalingen in de grondwet die de overheid opdragen openbaarheid te betrachten bij de uitvoering van haar taak. Art. 110 Grondwet (hierna: GrW) is daarvan het sprekendste voorbeeld.

Het is duidelijk dat open standaarden in het ICT-tijdperk een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan openbaarheid van het functioneren van de overheid. ICT heeft een enorme stimulans betekend voor de beschikbaarheid en toegankelijkheid van overheidsinformatie voor de burger. Tegelijkertijd heeft ICT ook een afhankelijkheid gecreëerd: afhankelijkheid van technische formats, afhankelijkheid van computerprogrammatuur etc. Die afhankelijkheden zouden de door de grondwet aangereikte openbaarheid in gevaar kunnen brengen. Open standaarden kunnen hier helpen afhankelijkheden te verminderen en zo de beschikbaarheid en toegankelijkheid van overheidsinformatie vergroten.

Maar het is allang niet meer alleen in de beschikbaarstelling van overheidsinformatie waar ICT van belang is voor de openbaarheid van het functioneren van de overheid. ICT wordt in toenemende mate gebruikt om het overheidsbeleid gestalte te geven. Enerzijds geeft ICT de mogelijkheid om gegevens of feiten over burgers te verzamelen, uit die gegevens informatie te distilleren en die informatie te gebruiken ten behoeve van de bejegening van de burger. Anderzijds onttrekt ICT

en de veelheid aan handelingsopties die zij voor de overheid opent ook aan het zicht wat de overheid allemaal doet. In dit verband valt te wijzen op recente discussies over het Elektronisch Patiëntendossier, het Elektronisch Kinddossier, de ov-Chipknip en de kilometerbeprijzing. Open standaarden kunnen eraan bijdragen dat inzichtelijk wordt wat de ICT van de overheid kan en niet kan. Weliswaar beperken de huidige open standaarden zich nog voornamelijk tot de formaten waarin de overheid gegevens opslaat en uitwisselt, maar het is niet ondenkbaar dat in de toekomst standaarden gebruikt gaan worden die bijvoorbeeld privacy bevorderende maatregelen technisch afdwingen. Hoe dan ook, het gebruik van ICT die aan open standaarden voldoet is geen gemeengoed bij overheden. Daarvoor is een veelheid aan oorzaken aan te wijzen. Ik noem hier slechts dat ICT op basis van gesloten standaarden vaak een historisch gegroeide gegevenheid is, en dat overheden ook niet altijd het achterste van de tong willen laten zien. Een juridische duw in de rug ter bevordering van openbaarheid door open standaarden is daarom geen overbodige luxe. De vraag die ik hier wil verkennen is of het de grondwet zou moeten zijn die die duw geeft? Wat zijn de voor en nadelen daarvan? Hoe zou dat ingekleed moeten worden: door open standaarden expliciet te noemen in de grondwet of door duidelijk te maken dat de bestaande en reeds overwogen bepalingen over openbaarheid en toegankelijkheid waar mogelijk de inzet van op open standaarden gebaseerde oplossingen voorschrijven?

In dit hoofdstuk staat het volgende probleem centraal:

Is er – gegeven het belang van openbaarheid en toegankelijkheid – reden een bepaling in de grondwet op te nemen over open standaarden?

Ter beantwoording van deze vraag bekijk ik eerst welke bepalingen de overheid nu reeds bevat over openbaarheid en toegankelijkheid. Ik betrek daarbij ook het voorstel van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (ook wel de Commissie Franken genoemd), die alweer zo'n 10 jaar geleden haar rapport uitbracht en een nieuwe grondwetsbepaling voorstelde over toegang tot bij de overheid berustende informatie.¹ Daarna zie ik wat de relatie van de beschreven grondwetsbepalingen is met open standaarden. Tenslotte wordt onderzocht of de uitgevoerde analyse aanleiding geeft tot aanpassing van de grondwet in verband met het belang dat open standaarden voor openbaarheid en toegang vertegenwoordigen.

Overigens zijn open standaarden niet het enige middel om de door de grondwet geadresseerde openbaarheid en toegankelijkheid te realiseren. Daarbij zullen ook open data, open source en open hardware een belangrijke complementaire functie vervullen. Deze drie elementen blijven in dit hoofdstuk echter grotendeels buiten beschouwing.

1

Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk', rapport, 24 mei 2000.

De stand van grondwettelijke zaken

In deze paragraaf wordt eerst gekeken naar het aspect van openbaarheid, vervolgens naar dat van toegang en toegankelijkheid.

Openbaarheid

De grondwet bevat verscheidene bepalingen die iets zeggen over openbaarheid. In dit hoofdstuk zal ik me beperken tot de belangrijkste bepaling, die van art. 110 GrW. De bepaling luidt als volgt:

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

Deze bepaling is bij de grondwetswijziging van 1983 ingevoerd. Toen bestonden reeds bepalingen die de openbaarheid van zittingen van vertegenwoordigende en rechterlijke organen garandeerden. Deze bepaling breidt openbaarheid uit naar de schriftelijke informatie die aan de bestuurlijke beleidsvorming ten grondslag ligt. Het doel is burgers inzicht te geven in beleidsvoornemens en de gegevens die de basis daarvoor vormen. De formulering is echter ruimer en omvat mijns inziens mede openbaarheid over hoe beleid ten uitvoer wordt gebracht. De bepaling is zowel van belang voor rechtsstatelijkheid (de burger in staat stellen de rechtmatigheid van het overheidshandelen te controleren) als voor de democratie (de burger in staat stellen op een zinvolle wijze te participeren in de voorbereiding van besluitvorming).²

De in art 110 GrW neergelegde norm is naar zijn aard een instructienorm. Het is een opdracht aan de overheid en meer in het bijzonder de wetgever om zich naar beste vermogen in te zetten voor openbaarheid. Zij geeft de burger geen subjectief recht waarmee hij verstrekking van informatie door de overheid kan afdwingen. Ter uitvoering van de grondwettelijke opdracht zijn openbaarheidsbepalingen opgenomen in verscheidene wetten. De meest in het oog springende wet is de Wet Openbaarheid van Bestuur (hierna: wob). De wob richt zich – anders dan art 110 GrW – niet tot de gehele overheid maar slechts tot bestuursorganen, te weten: ministers, de bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie, bestuursorganen die onder verantwoordelijkheid van de eerdergenoemde bestuursorganen vallen en andere bestuursorganen die niet bij Algemene Maatregel van Bestuur (i.e. nadere wetgeving door de regering, hierna: AMvB) zijn uitgezonderd. Deze organen moeten bepaalde informatie op verzoek verstrekken, andere informatie moet op eigen initiatief naar buiten worden gebracht. Voor bijzondere situaties zijn uitzonderingen op de verstrekkingplicht voorzien. Tegen een weigering informatie aan de burger te verstrekken kan deze bezwaar en beroep aantekenen. In de wob is er dus wel sprake van een verstrekkingplicht, zij het beperkt tot bepaalde bestuursorganen.

De betekenis van openbaarheid in art. 110 GrW is openbaarheid tegenover een ieder, niet slechts ten opzichte van belanghebbenden.

2

Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk', rapport, 24 mei 2000.

3

Zie artt. 19–23 en 113 lid 2 GrW.

Wat onder overheid is te verstaan in deze bepaling is niet geheel duidelijk. Enerzijds gaf de regering in de toelichting bij het grondwetsvoorstel aan dat de bepaling ook van toepassing was op instellingen die met een eigen rechtspersoonlijkheid een deel van de overheidstaak vervullen. Dat zou er op duiden dat ook privaatrechtelijke rechtspersonen die (mede) een publieke taak vervullen onder het begrip overheid zouden kunnen vallen. Anderzijds wordt in andere bepalingen³ van de grondwet uitgegaan van een formeel overheidsbegrip, i.e. beperkt tot publiekrechtelijke rechtspersonen. De Commissie Franken hangt deze laatste interpretatie aan.

Bij uitvoering van de overheidstaak kan men zowel denken aan de bestuurlijke taak van de overheid als aan haar wetgevende taak. Aan de openbaarheid van de rechtspraak is een aparte grondwetsbepaling gewijd (art. 121 GrW).

Toegang en toegankelijkheid

In 1999 werd de Commissie Franken ingesteld met als opdracht om de regering te adviseren over de aanpassing van de in de grondwet verankerde grondrechten en de wenselijkheid van eventuele nieuwe grondrechten met het oog op de ontwikkelingen op het terrein van informatie- en communicatietechnologie.⁴ De Commissie adviseerde in 2000 over een aantal bestaande grondrechten en stelde voor de volgende bepaling toe te voegen aan de grondwet:

4

Besluit van 23 februari 1999, Staatsblad 1999, 101.

- 1. Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt.*
- 2. De overheid draagt zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie.*

Zij had de volgende reden voor opname in de grondwet. Art. 110 GrW is in de ogen van de Commissie te veel gericht op de overheid, op het legitimeren van het overheidsbestuur en heeft te weinig oog voor het zelfstandige belang dat de burger heeft bij overheidsinformatie. Daarom kwam de commissie met het voorgestelde nieuwe grondwetsartikel.

Het recht genoemd in het eerste lid vormt een subjectief recht van de burger. De burger heeft daarmee een aanspraak tegen de overheid die rechtstreeks stamt uit de grondwet. Weliswaar kunnen in de (gewone) wet wel weer beperkingen aan dit recht gesteld worden, het scheppen van een subjectief recht voor de burger gaat een hele stap verder dan een instructienorm gericht tot de overheid.

Behalve in de aard van het recht, verschilt de voorgestelde bepaling ook in haar reikwijdte van art. 110 GrW. De term 'overheid' in de bepaling moet ruim worden opgevat. Zij is niet beperkt tot publiekrechtelijke rechtspersonen, maar omvat ook privaatrechtelijke instellingen met een publieke taak. De 'bij de overheid berustende informatie' zou volgens de commissie eveneens niet beperkt moeten worden opgevat, maar omvat alle informatie die de overheid uit hoofde van haar taak on-

der zich heeft. De informatie hoeft niet van de overheid zelf afkomstig te zijn, noch moet zij per se een bestuursaangelegenheid betreffen.

Het tweede lid betreft een zorgverplichting voor de overheid. De overheid dient te bewerkstelligen dat openbare informatie daadwerkelijk toegankelijk is voor de burger. Bepaalde informatie – denk typisch aan de basisinformatie van de democratische rechtsstaat – maakt de overheid actief openbaar, bijvoorbeeld door plaatsing op een website. Meer in het algemeen betekent deze plicht dat de overheid zorg draagt voor de raadpleegbaarheid van de informatie; zo moet informatie bijvoorbeeld kenbaar, vindbaar, beschikbaar, hanteerbaar, betaalbaar, betrouwbaar en duidelijk zijn. Dit kan impliceren dat de overheid soms informatie uit verschillende bronnen moet integreren of in begrijpelijke taal omzetten.

In een brief van de minister van Binnenlandse Zaken van 16 oktober 2000 heeft de regering gereageerd op het rapport van de Commissie Franken.⁵ De regering omarmt het voorstel van de commissie over de voorgestelde bepaling over toegang en toegankelijkheid.⁶ Zij is tot op heden echter nog niet gekomen met een voorstel tot opnemning van de voorgestelde of een soortgelijke bepaling in de grondwet.

De reden die de Commissie Franken had om voor opname van de door haar voorgestelde bepalingen over toegang en toegankelijkheid te pleiten zijn mijns inziens nog steeds aanwezig. De burger heeft een eigen belang bij daadwerkelijke toegang tot overheidsinformatie. Nu ICT in toenemende mate toegang en toegankelijkheid praktisch realiseerbaar maakt, lijkt er des te minder reden te zijn de burger geen eigen aanspraak op toegang te geven of de toegankelijkheid niet laagdrempelig te maken.

5

Kamerstukken II, 2000–2001, 27460, nr. 1.

6

Kamerstukken II, 2000–2001, 27460, nr. 1, p. 30–31.

Open standaarden in grondwettelijk perspectief

De relatie met de beschreven bepalingen: in de vorige paragraaf zijn art. 110 GrW en de door de Commissie Franken voorgestelde bepalingen in abstracto beschreven. In deze paragraaf ga ik na hoe deze bepalingen zich verhouden tot het gebruik van open standaarden. Ik ga wederom eerst in op art. 110 GrW en daarna op de bepalingen van de Commissie Franken.

Art. 110 GrW en open standaarden

Omdat de toegang tot bij de overheid berustende informatie straks al uitgebreid aan de orde komt bij het bespreken van de bepalingen van Franken, ga ik hier in het bijzonder in op de openbaarheidsvragen die rijzen rond het gebruik van ontransparante technologie door de overheid. Ontransparante technologie, gebruikt door de overheid kan rechtstatelijke vragen opwerpen. Zo ontstond in 2002 beroering over het gebruik van aftapapparatuur van het Israëlische bedrijf Comverse door Nederlandse inlichtingen- en politiediensten. Met een beroep op haar rechten blokkeerde Comverse dat de Nederlandse overheid tech-

nisch onderzocht hoe het systeem functioneerde. Daarmee bleef het systeem een black box waarvan de Nederlandse overheid en dus ook de burger niet precies wisten wat er in gebeurde. Technisch kon niet uitgesloten worden dat getapte gegevens terecht kwamen op plaatsen waar zij niet hoorden te zijn. Bij mijn weten is er nooit een afdoend antwoord gekomen op de geuite twijfels en zorgen, althans niet in de openbaarheid. In mijn bijdrage aan het vorige jaarboek noemde ik de onrust die ontstaan is rond 'proprietary' stemcomputers. Als recent voorbeeld kan de discussie over de kilometerbeprijzing genoemd worden. In het voorstel van de regering zouden alle auto's in de toekomst een elektronisch kastje aan boord krijgen dat op basis van het Global Positioning System (GPS) reisgegevens registreert, en dat eens in de zoveel dagen geaggregeerde en berekende gegevens over afgelegde reizen via een mobiele telefoonverbinding doorbelt naar de rekencentra die de facturering voor hun rekening nemen.⁷ In de publieke discussie rezen al snel vragen over het kastje: is de functionaliteit echt beperkt tot wat de overheid zegt dat het kastje kan? Kan de overheid in de toekomst gemakkelijk meer gegevens verzamelen? Een enkele terroristische aanslag met een autobom in Nederland zou bij wijze van spreken al 'legitimatie' kunnen geven aan een verdergaand overheidsinzicht in verplaatsingsgegevens van automobilisten...

Is art. 110 GrW van toepassing op het gebruik van ontransparante ICT-technologie door de overheid? Hoewel de wetgever bij de invoering van de bepaling vooral dacht aan openbaarheid van overheidsinformatie, is de bepaling in haar formulering veel ruimer. Zoals ik hiervoor al aangaf meen ik dat de bepaling mede van toepassing is op beleidsuitvoering. De bepaling strekt zich mijns inziens tevens uit tot de technologie die de overheid gebruikt en waarbij inzicht in de werking van belang is voor de beoordeling van de rechtsstatelijkheid van het overheidshandelen.

Zoals hiervoor ook al aangegeven, is art. 110 GrW een instructienorm gericht tot de overheid. De burger heeft derhalve geen eigen recht om naleving van de overheid te vorderen. De mate waarin de bepaling daadwerkelijk effect sorteert wordt daarmee afhankelijk van uitvoeringswetgeving. De vraag is echter of de bestaande organieke wetgeving wel van toepassing is op techniek. De WOB is bijvoorbeeld van toepassing op informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid. De functionele code van 'embedded software' valt daar niet onder: machinecode is geen informatie leesbaar voor de mens. Als dat wel al zo zou zijn, is het vraag of zij in vorm van een document bij de overheid aanwezig is. Andere wetgeving geeft waarschijnlijk een soortgelijk beeld te zien.

De wellicht meest voor de hand liggende methode om inzicht te geven in het functioneren van ICT is het geven van inzicht in de standaarden waaraan de techniek voldoet, eventueel aangevuld met inzicht in de broncode. Wat ontbreekt, is uitvoeringswetgeving die dat op krachtige wijze ondersteunt.

Toegang, toegankelijkheid en open standaarden

Het voorstel van de Commissie Franken heeft betrekking op bij de overheid berustende informatie. Ik neem aan – net als hiervoor bij art. 110 GrW is geconcludeerd – dat functionele code van door overheid gebruikte techniek niet onder de voorgestelde bepalingen valt omdat er geen sprake is van ‘informatie’. Wellicht dat broncode of open standaarddocumenten die betrekking hebben op door de overheid gebruikte techniek wel bij de overheid opgevraagd kunnen worden. Dat vooronderstelt overigens wel dat die documenten bij de overheid aanwezig zijn. Enige verplichting voor overheden om die informatie te hebben bestaat echter niet. Dat kan een toegangsrecht dan weer illusoir maken.

Afgezien van het hiervoor geadresseerde probleem van ontransparante technologie speelt ook het punt van de software die nodig is om toegang te hebben tot door de overheid in digitale vorm beschikbaar gestelde informatie. Indien die toegangssoftware proprietair is of gebaseerd is op gesloten standaarden zou de toegang door de burger niet gegarandeerd kunnen zijn. In hoeverre zich deze situatie daadwerkelijk tot een probleem zou kunnen ontwikkelen is overigens niet helemaal duidelijk. Je kunt niet zeggen dat het gebruik van gesloten standaarden of software a priori het recht op toegang ondermijnt, ook al verplicht de overheid burgers zo tot het kopen van software van een bepaalde leverancier. In het licht van het subjectieve recht van de burger op toegang neemt een overheid die gebruik maakt van gesloten software of standaarden een zeker risico. Als de betreffende softwareleveranciers andere eisen gaan stellen aan het gebruik van hun product, dan kan de betreffende overheid voor onverwachte uitgaven komen te staan. In het – vrij theoretische geval – dat een leverancier zo hoog op zou spelen dat documenten überhaupt niet meer geraadpleegd kunnen worden, is dat voor risico van de betreffende overheid. Zij zal passende maatregelen moeten nemen om de raadpleegbaarheid van haar documenten te herstellen. Ik acht dat risico echter klein. Een leverancier die het spel zo hoog speelt diskwalificeert zichzelf als serieuze aanbieder van software. Maar niettemin, een zeker restrisico voor de overheid blijft bestaan. Open standaarden kunnen hier zeker helpen om problemen te voorkomen.

Op grond van de instructienorm van het tweede lid moet de overheid zich inspannen de drempel tot toegang zoveel mogelijk te verlagen. De commissie onderscheidt in navolging van Bovens een aantal aspecten van toegankelijkheid. Een van de aspecten is de betaalbaarheid van toegankelijkheid van informatie. De betaalbaarheid hangt ten dele af van de kosten die gemoeid zijn met de verkrijging en het gebruik van raadpleegsoftware. Hoewel software gebaseerd op open standaarden niet per definitie gratis hoeft te zijn, zullen een pluraliteit van aanbieders en allicht de geringere afhankelijkheid van de aanbieders van de software omstandigheden zijn die een betere uitgangspositie bieden voor betaalbaarheid dan bij software op basis van gesloten standaarden het

geval is. De eis van betaalbaarheid kan meebrengen dat onder omstandigheden omgezien moet worden naar open alternatieven. Als het zo zou zijn dat een burger om bepaalde informatie te kunnen raadplegen over dure software zou dienen te beschikken (zeg een Autocad-pakket) dan wordt de zaak van 'open' sterker.

Behalve het financiële aspect is ook de fysieke toegankelijkheid van belang. Rechthebbenden zouden raadpleegsoftware van technische beschermingen kunnen voorzien die het omslachtiger en in sommige gevallen onmogelijk zouden kunnen maken om de software te gebruiken. Technische beschermingsmaatregelen op de software zouden de toegang tot de met die software ontsloten informatie kunnen frustreren. Open source-licenties bevatten soms bepalingen over technische beschermingen waardoor het minder makkelijk is voor rechthebbenden om de juridische bescherming van technische beschermingsmaatregelen in te roepen (Vgl. art. 32a Aw en art. 3 GPL v3). Overigens spelen andere aspecten van toegankelijkheid dan het intellectuele eigendomsregime ook een rol. Zo zal raadpleegsoftware gebruiksvriendelijk moeten zijn. Het intellectuele eigendomsregime lijkt op dit aspect niet direct doorslaggevend te zijn. Ik spreek hier veel over raadpleegsoftware, maar in wezen is het issue ruimer; ook software die nodig is om informatie aan de overheid aan te leveren in het kader van bijvoorbeeld een vergunningaanvraag speelt een rol. Daar geldt mutatis mutandis hetzelfde voor.

Wat betekent een en ander voor de grondwet?

We hebben hiervoor gezien dat art 110 GrW en de door de Commissie Franken voorgestelde bepalingen geen directe plicht tot het toepassen van open standaarden inhouden. Ook de lagere organieke wetgeving bevat geen directe plicht tot het toepassen van open standaarden. Uit het voorgaande is wel gebleken dat open standaarden helpen om de doelstellingen van openbaarheid en toegankelijkheid te realiseren. Waar het gaat om inzicht in ontransparante ICT lijken open standaarden zelfs nodig te zijn om voldoende transparantie te verwezenlijken. Dat leidt tot de vraag of er reden is grondwettelijk verder door te pakken dan art. 110 GrW en het voorstel van de Commissie Franken doen? Meer specifiek bekijk ik of er reden is het gebruik van open standaarden expliciet in de grondwet te noemen? Je zou dan kunnen denken aan een bepaling als:

Informatie- en communicatietechniek die kritisch is voor de door de overheid te betrachten transparantie is gebaseerd op open standaarden behoudens bij (of krachtens) de wet te stellen beperkingen.

Ter beantwoording van de vraag naar de wenselijkheid van een dergelijke bepaling inventariseer ik hieronder enkele argumenten voor en

tegen opname ervan in de grondwet. Vooraf merk ik nog op dat het bij de argumentatie in de eerste plaats gaat om argumenten die aangeven waarom een dergelijke plicht juist in de grondwet opgenomen zou moeten worden. Argumenten voor het scheppen van een juridische plicht tot het gebruik van open standaarden (al dan niet in grondwet) zijn daarvan echter niet steeds scherp te scheiden. Ook argumenten die zien op dit laatste aspect zullen daarom soms ook aan de orde komen. Ik begin met argumenten die tegen opname in de grondwet zouden kunnen worden ingebracht.

De Commissie Franken gaf in 2000 aan dat haar voorkeur uitging naar een sobere grondwet. Dit standpunt lijkt breder te leven en wordt ook bevestigd door het recente onderzoek van Barkhuysen e.a. die een duidelijk voorkeur voor een beknopte grondwet hebben geconstateerd.⁸ Dit lijkt me goed uitgangspunt. Het gezag van de grondwet is beter te waarborgen als ze slechts de hoofdlijnen aangeeft waarlangs we 'onze' democratische rechtstaat inrichten. De hoofdlijnen zullen in de tijd niet snel aan verandering onderhevig zijn. De stabiliteit in de tijd draagt in belangrijke mate bij aan het gezag van de grondwet. Het vastleggen van uitvoeringskwesties in de grondwet zal er daarentegen toe leiden dat de grondwet snel achterhaald raakt en geregeld op de schop moet worden genomen. Het voorschrijven van het type standaard waaraan ICT moet voldoen die de overheid ter vervulling van haar publieke taak gebruikt, zou opgevat kunnen worden als zo'n uitvoeringskwestie. Een grondwet die de overheid slechts opdraagt openbaarheid te betrachten en haar informatie toegankelijk aan te bieden is in die zin tijdlozer. De vraag is overigens of open standaarden wel een aan de huidige tijd verbonden hype zijn, maar daarop kom ik later terug.

Daarmee samenhangend zou men tegen het in min of meerdere mate verplicht gebruik van open standaarden kunnen aanvoeren dat de overheid hiermee aan handen en voeten gebonden wordt en niet meer de vrijheid heeft om die ICT-middelen te kiezen waarvan zij vindt dat ze het meest geschikt zijn om de overheidstaak te vervullen. Dit is een sterk argument tegen het gebruik van open standaarden. De kracht van het argument wordt echter enigszins gemitigeerd door het feit dat een plicht tot het gebruik van open standaarden altijd een gekwalificeerde plicht zal zijn. Een grondwettelijke plicht zal altijd ruimte laten om in organieke wetten in uitzonderingen te voorzien. Dit is nodig al was het maar omdat niet voor alle ICT-toepassingen van de overheid open standaarden bestaan en overheden uiteraard ook niet zomaar verplicht kunnen worden te migreren naar andere ICT-oplossingen, al was het maar vanwege de overstapkosten en de mogelijke onderbreking van de dienstverlening die het gevolg van zo'n overstap zouden kunnen zijn.

Een ander met de soberheid van de grondwet samenhangend argument is het volgende. Als men het gebruik van open standaarden als een uitvoeringskwestie ziet, dan zou het systematisch merkwaardig zijn om open standaarden wel in de grondwet op te nemen en andere uitvoeringskwesties niet. Waarom zou men dan bijvoorbeeld niet ook

in de grondwet opnemen dat overheidsinformatie op een begrijpelijke manier geschreven moet worden of dat de overheid open source software moet gebruiken? Ook dat zijn immers wezenlijke middelen om openbaarheid en toegang te realiseren.

Een argument van een iets andere strekking heeft betrekking op de effectiviteit van de opname van een bepaling in de grondwet. Uit het onderzoek van Barkhuysen e.a. blijkt dat sociale grondrechten nauwelijks een aansporende werking hebben op de overheid. Weliswaar is de WOB een organieke wet gebaseerd op art. 110 GrW welk artikel in 1983 in de grondwet is opgenomen. Zij zou dus als voorbeeld kunnen dienen van een succesvolle grondwetsbepaling, ware het niet dat de eerste WOB al enige jaren voor 1983 van kracht is geworden. In die zin zou men kunnen betogen dat het allicht efficiënter is dat de wetgever zijn energie richt op een regeling over het gebruik van open standaarden in 'gewone' wetgeving dan dat hij zijn energie 'verdoet' aan de zware procedure voor grondwetswijziging. Bovendien blijkt uit recent onderzoek naar de constitutionele grondrechten die van belang zijn voor ICT in een aantal toonaangevende landen dat elders open standaarden ook niet in de grondwet zijn opgenomen.⁹ In de in het onderzoek van Leenes e.a. betrokken buitenlandse landen is geen positief bewijs te vinden voor de effectiviteit van een grondwetsbepaling als hier besproken. Tenslotte kan nog vermeld worden dat Nederland nog steeds het toetsingsverbod van art. 120 GrW kent. De rechter mag een wet in formele zin niet toetsen aan de grondwet. Die toetsing is voorbehouden aan de Staten-Generaal (met name de Eerste Kamer). Daarmee zijn de mogelijkheden voor rechtsontwikkeling gebaseerd op in de grondwet neergelegde beginselen redelijk beperkt. Zou bijvoorbeeld een wettelijke regeling vergaande uitzonderingen scheppen op een plicht tot het gebruik van open standaarden dan mag de rechter die uitzonderingen nu juist niet toetsen aan de grondwet, en dus ook niet aan een eventueel grondwetsartikel over open standaarden.

9

Leenes, Koops & De Hert 2008.

Al met al lijken de tegenargumenten zich tegen een verplichting tot open standaarden überhaupt te richten en voor zover ze betrekking hebben op de grondwet lijken de belangrijkste argumenten samen te hangen met het sobere karakter van de grondwet en de veronderstelde ineffectiviteit van een grondwettelijke bepaling.

Een van de hiervoor genoemde tegenargumenten was de veronderstelde ineffectiviteit van een grondwetsbepaling. In het bijzonder werd gewezen op het toetsingsverbod van art. 120 GrW waardoor wettelijke beletselen voor het gebruik van open standaarden niet langs de weg van rechterlijke rechtsontwikkeling weggenomen zouden kunnen worden. De vraag is echter of hierin een groot obstakel voor de effectiviteit van een grondwetsbepaling schuilt. Enerzijds staat het toetsingsverbod al lange tijd ter discussie. Groenlinks Kamerlid Femke Halsema heeft in 2002 een wetsvoorstel ingediend tot aanpassing van art. 120 GrW. Op basis van dit voorstel zou rechterlijke toetsing van wetten aan een groot aantal grondwetsbepalingen mogelijk worden.

Wet van 25 februari 2009, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, Stb. 2009, 120.

Art. 110 GrW wordt daarbij overigens niet genoemd als een bepaling waaraan getoetst zou kunnen worden. Het wetsvoorstel is echter wel in eerste lezing aanvaard en in 2009 in het staatsblad geplaatst.¹⁰ Hoewel de grondwetswijziging daarmee nog niet van kracht is (zij zal ook in tweede lezing door het parlement aanvaard moeten worden) is daarmee wel duidelijk dat de discussie over art. 120 GrW het studeerkamerstadium gepasseerd is. Anderzijds moet het belang van het toetsingsverbod ook niet overschat worden. Het toetsingsverbod belet alleen rechterlijke toetsing van een wet in formele zin aan de grondwet; dat is een wet die door regering en parlement gezamenlijk volgens de daarvoor geldende procedure tot stand is gebracht. De gedachte achter het toetsingsverbod is dat het aan het parlement is de grondwettelijkheid van wetten te bewaken. Als de hiervoor voorgestelde bepaling in de grondwet opgenomen zou worden, ligt het op het pad van het parlement om desgewenst wetten die geen open standaarden verlangen waar dat wel mogelijk en wenselijk was geweest te amenderen of tegen te houden. Andere regelingen zoals Algemene Maatregelen van Bestuur en Koninklijke Besluiten kunnen wel door de rechter getoetst worden. Juist ook in deze lagere regelgeving is te verwachten dat meer 'technische aangelegenheden' zoals regels over het gebruik van open standaarden te vinden zullen zijn. Als in dergelijke regelgeving dan bijvoorbeeld verwezen zou worden naar gesloten standaarden dan is zulks gewoon toetsbaar aan de grondwet. Daarnaast hebben de concrete beslissingen die overheden nemen over het gebruik van ICT binnen de eigen organisatie – al dan niet op basis van open standaarden – überhaupt niet het karakter van regelgeving. Dan kan een rechterlijke toetsing sowieso al niet afstuiten op art. 120 GrW.

Een serieuzer obstakel zou het zijn als een grondwettelijke bepaling over open standaarden het karakter van een instructienorm zou krijgen. Dan kan de burger naleving van de grondwetsbepaling überhaupt niet afdwingen voor de rechter. Het is dan aan de vertegenwoordigende organen van overheden om met de grondwet in de hand hun bestuurders en wetgevers aan te spreken op het (niet-)gebruik van open standaarden respectievelijk het niet scheppen van wettelijke randvoorwaarden voor het gebruik van open standaarden. Het nut van een grondwettelijke bepaling is dan de bestuurders en wetgevers te dwingen te verantwoorden waarom het gebruik van open standaarden onmogelijk is en waar dit niet overtuigend gebeurt alsnog de nagelaten stappen te zetten.

In de inleiding is al genoemd dat ICT in toenemende mate wordt gebruikt om overheidsbeleid gestalte te geven. Het zou echter een verkeerde voorstelling van zaken zijn om te zeggen dat de overheid slechts met andere middelen haar werk verricht. ICT heeft de actieradius van het overheidshandelen enorm vergroot. De overheid is beter geïnformeerd, is beter in staat het handelen van burgers en de effectiviteit van haar beleid te monitoren. Ze is beter in staat in te grijpen. Veranderingen van beleid kunnen sneller doorgevoerd worden en handhavingin-

spanningen zijn schaalbaarder geworden. Zonder ICT zou het ambitie-niveau van de overheid zoals we dat nu kennen gewoonweg niet realiseerbaar zijn. Gegeven de impact van ICT is het eigenlijk wonderbaarlijk dat de verantwoordingstructuren weinig mee veranderd zijn, althans waar het gaat om openheid over te gebruiken ICT-middelen. Zou het dan gegeven de plaats die ICT inneemt niet voor de hand liggen om ook op ICT toegesneden openbaarheidsverantwoordelijkheden aan te scherpen?

Op zich is dit natuurlijk nog een slagje abstracter dan te zeggen dat ICT-verantwoording via open standaarden moet plaatsvinden. Je komt echter wel een eind in de richting van open standaarden. Open standaarden vormen immers een mooie middenweg. Via open standaarden kan duidelijk gemaakt worden wat de ICT van de overheid wel en niet kan, zonder meteen op implementatieniveau alle details van een ICT-systeem te moeten prijsgeven als veiligheidsrisico's een overwegend belang vormen. De kansen en risico's voor openbaarheid die door techniek worden veroorzaakt zijn relatief nieuw en vragen daarom om een markeerpunt. De grondwet heeft een grote symbolische waarde en is daarmee uitermate geschikt als markeerpunt.

Tenslotte kan niet onvermeld blijven dat de overheid bloot staat aan een lobby van de software-industrie om voor proprietaire producten te blijven kiezen. Ook overheden oefenen druk uit om al dan niet aan proprietaire producten vast te houden. Een wet die het gebruik van open standaarden voorschrijft zou gevoelig kunnen blijken voor die druk: een wet is relatief eenvoudig te wijzigen. Een wettelijke waarborg zou daarmee niet genoeg zijn. Zo wordt wel eens gezegd dat een wet een uiting is van de waan van de dag. Een grondwettelijke bepaling is veel moeilijker te wijzigen en zou daarmee een steviger waarborg in kunnen houden voor het gebruik van open standaarden.

Conclusie

In de inleiding stelde ik de vraag:

Is er – gegeven het belang van openbaarheid en toegankelijkheid - reden een bepaling in de grondwet op te nemen over open standaarden?

Mijn analyse voerde langs art. 110 GrW en het voorstel van de Commissie Franken. De ten behoeve van dit hoofdstuk uitgevoerde analyse, en mijn vorig jaar geschreven hoofdstuk¹¹, wijzen op een duidelijke noodzaak om wetgevend op te treden waar het aankomt op openbaarheid van overheidshandelen en toegang tot bij de overheid berustende documenten. De steeds verder uitdijende taken van de overheid, de mogelijkheden die de techniek biedt om openbaarheid en toegang op een zinvolle wijze invulling te geven en ook de verhullende effecten van techniek zijn redenen om openbaarheid en toegang sterker te verankeren in de grondwet dan op dit moment het geval is.

Dat is een eerste inzicht dat dit hoofdstuk wat mij betreft heeft opgeleverd: de omvang van het gebruik van ICT en de ondoorzichtigheid ervan zijn een zelfstandig voorwerp van verantwoording geworden. Dat zou wat mij betreft ook in de grondwet verankerd moeten worden.

Het is ook duidelijk geworden dat open standaarden hierin een belangrijke rol hebben te vervullen, soms om problemen in de toekomst te voorkomen (voortvloeiend uit overheidsafhankelijkheid van private rechthebbenden), soms om de burger inzicht en vertrouwen te geven in het overheidshandelen en -beleid.

Dat leidt tot de vraag of ‘open standaarden’ met zoveel woorden in de grondwet opgenomen moeten worden als middel om openbaarheid en toegang te waarborgen. Aan de ene kant zou opname in de grondwet door de symbolische waarde die dat heeft open standaarden duidelijk op de kaart zetten. Dat is een belangrijke reden om opname te overwegen. Aan de ander kant is de analyse in dit hoofdstuk – noodzakelijk - te beperkt geweest om een definitief antwoord te geven. Daarvoor zou ook naar andere middelen gekeken moeten worden die behulpzaam kunnen zijn bij het scheppen van de gewenste openbaarheid. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan open source, open data en open hardware.

De analyse in dit hoofdstuk brengt mij tot de volgende actiepunten:

1. Er moet werk gemaakt worden van het voorstel van de Commissie Franken over toegang en toegankelijkheid.
2. Er moet meer werk gemaakt worden van transparantie van door de overheid gebruikte technologie en er moet werk gemaakt worden van wetgevende maatregelen die dit doorzicht nader handen en voeten geven.
3. Er zou nader geanalyseerd moeten worden hoe zulks een plek in de grondwet zou kunnen vinden. Een minimum variant zou zijn om de interpretatie van art. 110 GrW verder op te rekken zodat daar ook transparantie van technologie onder valt. Een iets verder reikende variant zou transparantie van technologie als zodanig benoemen in de grondwet. De meest verrijkende variant zou ook middelen voor het verschaffen van die transparantie kunnen benoemen. Open standaarden horen daar in ieder geval bij, maar misschien ook andere middelen...

Literatuurlijst

Kamerstukken en andere publicaties van de overheid

- Antwoorden op vragen van het lid De Wit (26 maart 2003), Kamerstukken met antwoord 2002-2003, nr. 1010, Tweede Kamer
- Brief minister n.a.v. vragen over tapkamers (6 december 2002), Kamerstuk 2002-2003, 28600 v11, nr. 41 herdruk, Tweede Kamer
- Besluit van 23 februari 1999, houdende instelling van de Commissie ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’, Staatsblad 1999, 101, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-1999-101.pdf>, laatstelijk bezocht op 3 december 2009.
- Kamerstukken 11, 2000-2001, 27460, nr.1 (Brief van de minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties bevattende het Kabinetsstandpunt over het rapport van de Commissie ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’), <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-27460-1.pdf>, laatstelijk bezocht op 3 december 2009.
- Besluit van 8 juli 2009 houdende instelling van een staatscommissie voor de herziening van de Grondwet (Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet), Staatscourant nr. 10354, 9 juli 2009, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2009-10354.pdf>, laatstelijk bezocht op 3 december 2009.
- Voorstel van wet, Regels voor het in rekening brengen van een gebruiksafhankelijke prijs voor het rijden met een motorrijtuig (Wet kilometerprijs), http://www.verkeerenwaterstaat.nl/Images/ABVM-16125-v1-Wet_Kilometerprijs_definitief_13_november_2009_tcm195-266316.pdf, laatstelijk bezocht op 4 december 2009.

Boeken

- D.J. Elzinga en R. de Lange, Van der Pot Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, Deventer: Kluwer 2006.
- P.P.T. Bovend’Eert, Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, Reeks tekst & commentaar, Deventer: Kluwer 2004.
- R. Leenes, B.-J. Koops en P. De Hert, Constitutional Rights and New Technologies, Reeks IT & Law nr. 15, The Hague: T. M. C. Asser Press 2008.

Rapporten

- Commissie “Grondrechten in het digitale tijdperk”, rapport, 24 mei 2000, http://www.bzk.nl/aspx/download.aspx?file=/contents/pages/62/rapport_gdt_5-00.pdf, laatstelijk bezocht op 2 december 2009.
- T. Barkhuysen, M. L. van Emmerik, W. J. M. Voermans e.a., De Nederlandse Grondwet geëvalueerd, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, www.staatscommissiegrondwet.nl/userfiles/files/9789013069440_BW_NederlandseGrondwetgevalueerd.pdf, laatstelijk bezocht op 2 december 2009.