



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Tussen recht en praktijk: versterk het toezicht op en de handhaving van de informatiehuishouding van de overheid

Bakkum, M.H.A.; Drahmman, A.

Citation

Bakkum, M. H. A., & Drahmman, A. (2021). Tussen recht en praktijk: versterk het toezicht op en de handhaving van de informatiehuishouding van de overheid. *Nederlands Juristenblad*, 96(17), 1383-1389. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278493>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278493>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Tussen recht en praktijk

Versterk het toezicht op en de handhaving van de informatiehuishouding van de overheid

Marc Bakkum & Annemarie Drahmman¹

Het onrechtmatig verwijderen van overheidsinformatie wordt op dit moment niet of nauwelijks gesanctioneerd. Hierdoor is er geen juridische 'stok achter de deur' om bestuursorganen te bewegen om hun informatiehuishouding op orde te krijgen. In dit artikel wordt ervoor gepleit om het toezicht op en handhaving van de informatiehuishouding te versterken. De Wet open overheid geeft namelijk ook nog te weinig hoop dat in de toekomst overheidsinformatie niet ten onrechte zal worden verwijderd.

1. Inleiding

Deze bijdrage gaat over de regulering van de informatiehuishouding van de overheid.² De aanleiding hiervoor is drieledig. Ten eerste heeft de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State (Afdeling) meerdere uitspraken gedaan waaruit bleek dat op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) opgevraagde informatie onrechtmatig was verwijderd.³ Ten tweede heeft de Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (voorheen de Erfgoedinspectie, hierna: de I-OE) in meerdere rapporten geconcludeerd dat de kwaliteit van (voornamelijk digitale) overheidsarchieven achterblijft.⁴ Ten derde heeft ook de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag (POK) in haar eindverslag geconstateerd dat de informatiehuishouding onvoldoende op orde was.⁵ In navolging van de I-OE en de POK achten wij dit een probleem. De Wob dient immers het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering. Als informatie niet (goed) wordt bewaard en gearhiveerd, kan deze informatie niet openbaar worden gemaakt en kan de overheid minder goed worden gecontroleerd door burgers en journalisten, maar ook de Tweede Kamer. In dit artikel zullen wij betogen dat het onrechtmatig verwijderen van overheidsinformatie thans niet of nauwelijks gesanctioneerd wordt. Hierdoor is er geen juridische 'stok achter de deur' om bestuursorganen te bewegen om hun informatiehuishouding op orde te krijgen. Wij pleiten er daarom voor om het toezicht op en handhaving van de informatiehuishouding te versterken.

Dit artikel is als volgt opgebouwd. Par. 2 behelst een behandeling van (jurisprudentie over) de Wob en de Archiefwet, waarbij wij respectievelijk de onderzoeks-plicht, de bewaarplicht en de archiefplicht onderscheiden. In par. 3 staat vervolgens centraal hoe (beperkt) het onrechtmatig verwijderen van overheidsinformatie door

bestuursorganen naar huidig recht wordt gesanctioneerd. In par. 4 wordt aandacht besteed aan de Wet open overheid (Woo) en de Archiefwet 2021, welke wetsvoorstellen de huidige Wob en Archiefwet zouden moeten vervangen. Par. 5 bevat onze conclusies en aanbevelingen.

2. Welke informatie moet worden bewaard op grond van de Archiefwet en de Wob?

In deze paragraaf gaan wij in op het wettelijke kader ten aanzien van de archivering en verstrekking van overheidsinformatie zoals dat is neergelegd in de Wob en de Archiefwet. Het begrip 'overheidsinformatie' moet daarbij breed worden uitgelegd. Niet alleen papieren documenten, maar ook e-mails, sms- en WhatsApp-berichten vallen onder de reikwijdte van de Wob en de Archiefwet.⁶ In de Archiefwet wordt al deze overheidsinformatie aangeduid als 'archiefbescheid'.⁷

Auteurs

1. Mr. drs. M.H.A. Bakkum is onderzoeks- en onderwijsmedewerker aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van Universiteit Leiden. Mr. dr. A. Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van Universiteit Leiden.

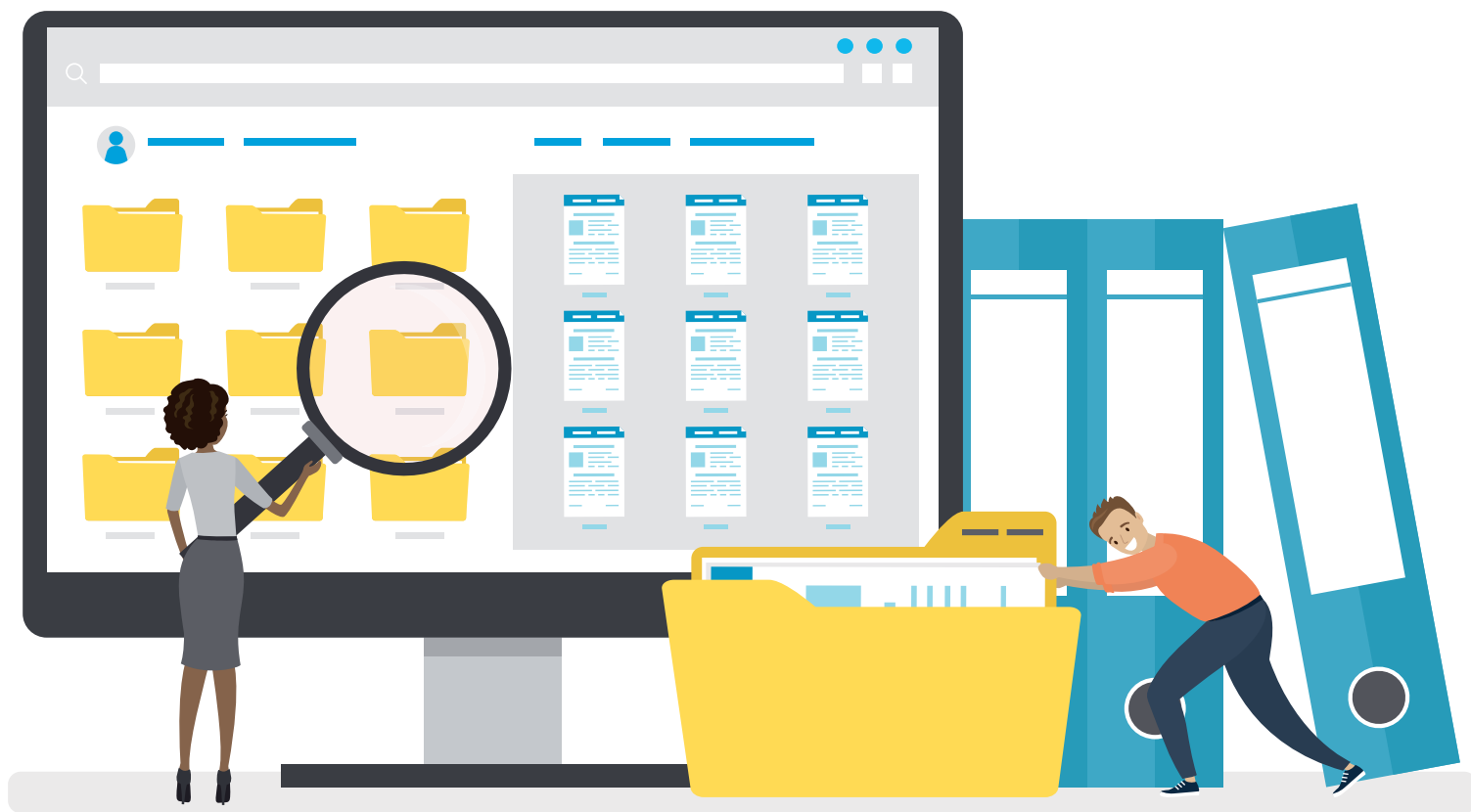
Noten

2. Hierbij beperken wij ons tot toezicht op de informatiehuishouding, in het bijzonder de archieven van Nederlandse bestuursorganen.
3. Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, AB 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.

4. Zie bijvoorbeeld de volgende veel aangehaalde rapporten van de I-OE: Beperkt Houdbaar (2012), Duurzaam duurt het langst (2013), Onvoltooid digitaal (2015) en Wel digitaal, nog niet duurzaam (2018).
5. Kamerstukken II 2020/21, 35110, nr. 2, p. 8-9.

6. Zie bijvoorbeeld recent: ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, CR 2021/5, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.

7. Voor een uitgebreidere beschrijving van de verhouding tussen deze twee wetten verwijzen wij naar H.S. ten Cate, 'De verhouding tussen de Archiefwet en de Wob: cohesie of conflict?', GSt. 2019/134.



© Shutterstock

2.1. Archiefwet

De Archiefwet normeert de archivering van overheidsinformatie bij zowel Nederlandse overheden alsook 'archiefbewaarplaatsen' zoals het Nationaal Archief. De Archiefwet beoogt met name een goede, geordende en toegankelijke staat van archieven te bewerkstelligen.⁸ Daarbij wordt in de huidige archiefwet onderscheid gemaakt tussen twee 'fasen': de administratieve fase en de fase bij de archiefbewaarplaats.⁹ Onderscheidend tussen beide fasen is de overbrenging van archiefbescheiden door zorgdragers (zoals bestuursorganen) naar een archiefbewaarplaats. Archiefbescheiden worden in beginsel na twintig jaar overgebracht naar een archiefbewaarplaats.¹⁰ Na deze overbrenging berusten de documenten dus niet meer bij het bestuursorgaan, maar bij de archiefbewaarplaats. Informatie valt daarmee na overdraging onder het openbaarheidsregime van de Archiefwet, en niet meer onder de Wob. Beide openbaarheidsregimes sluiten elkaar daarmee uit. Niet alle documenten met overheidsinformatie hoeven te worden gearchiveerd. Bestuursorganen stellen selectielijsten vast waarin staat welke informatie wanneer voor vernietiging in aanmerking komt.¹¹ Informatie die voor vernietiging in aanmer-

king komt mag logischerwijs worden vernietigd.¹² Met verwijdering op basis van selectielijsten wordt ook rechtgedaan aan het uitgangspunt van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) dat persoonsgegevens niet langer mogen worden bewaard dan nodig voor het betreffende doel.¹³

De meeste bepalingen in de Archiefwet gaan over de fase ná overbrenging, over de administratieve fase is de Archiefwet summier. Wel is in artikel 3 de zorgplicht opgenomen die inhoudt dat overheidslichamen verplicht zijn de bij 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 zorgplicht zullen wij in dit artikel aanduiden als de 'bewaarplicht'. Op grond van de Archiefregeling zijn bestuursorganen verplicht hun archiveringssysteem zo vorm te geven dat archiefbescheiden binnen een redelijke termijn kunnen worden gevonden.¹⁴ Ook moeten bestuursorganen beschikken over een 'actueel, compleet en logisch samenhangend overzicht van de bij dat overheidsorgaan berustende archiefbescheiden'.¹⁵ Uit de eerdergenoemde rapporten van de I-OE blijkt echter dat in

In het oog springt dat het openbaarheidsregime van de Archiefwet een documentenstelsel kent, terwijl de Wob de openbaarmaking van in documenten neergelegde informatie normeert

de praktijk niet altijd aan deze verplichtingen wordt voldaan.¹⁶

2.2. Wet openbaarheid van bestuur

Krachtens artikel 3 van de Wob kan eenieder een bestuursorgaan verzoeken om in documenten neergelegde informatie over een bestuurlijke aangelegenheid openbaar te maken die onder het betreffende bestuursorgaan berust. De Wob verschilt daarmee op een aantal punten van de Archiefwet.¹⁷ Daarbij springt mede in het oog dat het openbaarheidsregime van de Archiefwet een documentenstelsel kent, terwijl de Wob de openbaarmaking van in documenten neergelegde informatie normeert.¹⁸ Dat betekent dat een Wob-verzoek ziet op het verkrijgen van informatie, en niet op een document als zodanig. Daardoor wordt bij het beslissen op een Wob-verzoek niet per document beoordeeld of het document 'geheim' is of niet, maar moet inhoudelijk per zin of alinea worden beoordeeld of de informatie in het document vertrouwelijk moet blijven. Concreet betekent dit dat informatie wordt 'weggelakt' wanneer een van de weigeringsgronden uit artikel 10 en 11 van de Wob van toepassing is. Informatie die onder deze weigeringsgronden valt hoeft immers niet openbaar te worden gemaakt.¹⁹

Als gezegd komt het echter regelmatig voor dat Wob-verzoeken niet worden afgewezen omdat een van de inhoudelijke weigeringsgronden van toepassing zou zijn, maar omdat de gevraagde documenten zijn vernietigd of simpelweg 'missen'. Voor dergelijke gevallen heeft de Afdeling onderstaand toetsingskader ontwikkeld.²⁰

Stap 1: de onderzoeksplicht van het bestuursorgaan

Wanneer een bestuursorgaan zich in het kader van een Wob-verzoek op het standpunt stelt dat het Wob-verzoek (mede) ziet op niet (meer) onder zich berustende stukken, onderzoekt de Afdeling eerst of dit standpunt de Afdeling

niet ongeloofwaardig voorkomt. Daarbij moet het bestuursorgaan inzichtelijk maken in hoeverre naar de missende of verwijderde informatie is gezocht. Dit 'onderzoek' moet volgens de Afdeling 'voldoende zorgvuldig' zijn.²¹ Deze eis noemen wij de 'onderzoeksplicht'. Die plicht houdt in ieder geval in dat er überhaupt naar de missende informatie is gezocht.²² Daarbij is uiteraard de voorvraag van belang of de informatie nog bij het bestuursorgaan behoorde te berusten: als informatie in overeenstemming met de krachtens artikel 5 Archiefwet opgestelde selectielijst is verwijderd, hoeft een bestuursorgaan niet meer over die documenten te beschikken.²³

Waar het om missende digitale informatie gaat, kan van belang zijn op welke zoektermen is gezocht in digitale systemen.²⁴ Die digitale zoekslag hoeft niet door een externe, onafhankelijke deskundige te worden verricht, maar kan ook door de eigen ICT-afdeling worden gedaan.²⁵ Voorts kan, als het gaat om sms- of WhatsApp-berichten, van belang zijn of aan individuele ambtenaren is gevraagd om op hun privételefoon te zoeken naar de gevraagde informatie.²⁶ De Wob en de Archiefwet eisen niet dat de sms- of WhatsApp-berichten op een privételefoon integraal als een 'digitaal postvak' automatisch worden gearhiveerd. Het bewaren van deze digitale postvakken kan volgens de Afdeling bovendien leiden tot het (blijven) verwerken van persoonsgegevens, hetgeen op gespannen voet staat met de eisen van grondslag, noodzaak en proportionaliteit die gelden op grond van de AVG.²⁷ Ambtenaren mogen daardoor zelf een (handmatige) selectie maken welke berichten onder het Wob-verzoek vallen.

Stap 2: kan verzoeker aannemelijk maken dat de informatie wel bij het bestuursorgaan berust?

Als een bestuursorgaan na onderzoek stelt dat een document niet meer onder het bestuursorgaan berust en die

8. Zie hierover uitgebreider: H.S. ten Cate, 'De verhouding tussen de Archiefwet en de Wob: cohesie of conflict?', *Gst.* 2019/134, p. 670.

9. Recent is er aandacht gevraagd voor het feit dat archivering in de administratieve fase kan worden bemoeilijkt wanneer informatie over meerdere bestuursorganen is verspreid, zie hierover: I-OE, *De archivering van de MH17-informatie*, Den Haag: Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, raadpleegbaar via: www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/09/30/rapport-de-archivering-van-de-mh17-informatie; alsmede C. Prins, 'COVID-19: archivering van een crisis', *NJB* 2021/278, afl. 4, p. 277.

10. Art. 12 Archiefwet.

11. Art. 5 Archiefwet.

12. Art. 8 en 12 Archiefwet.

13. Zie hierover bijvoorbeeld het rapport 'Weten of vergeten' van KVAN/BRAIN en het Kennisnetwerk Informatie en Archief.

14. Art. 21 lid 2 Archiefwet jo. art. 20

Archiefregeling.

15. Art. 18 Archiefregeling.

16. Zie de volgende rapporten van de I-EO: Bepert Houdbaar (2012), Duurzaam duurt het langst (2013), Onvoltooid digitaal (2015) en Wel digitaal, nog niet duurzaam (2018).

17. De Wob heeft bijvoorbeeld een kleiner toepassingsbereik, omdat het bereik beperkt is tot 'bestuursorganen' en niet zoals de Archiefwet tot 'overheidslichamen'. De reden voor de bredere reikwijdte van de Archiefwet is dat de algemene zorgplicht uit art. 3 Archiefwet ook moet gelden voor overheidslichamen als de Algemene Rekenkamer, de Raad van State en zijn afdelingen en de Nationale Ombudsman. Zij zijn immers in art. 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht uitgezonderd van het bestuursorgaanbegrip.

18. Zie over het onderscheid tussen een informatiestelsel en een documentenstelsel uitgebreid: E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom

Juridisch uitgevers 2015, p. 155 e.v.

19. Wanneer de openbaarheid is beperkt van een bepaald archiefbescheid, kan het archiefbescheid in zijn totaliteit niet openbaar worden gemaakt. Er kan dan niet gedeeltelijk openbaar worden gemaakt, door bijvoorbeeld bepaalde informatie weg te lakken. Zie H.S. ten Cate, 'De verhouding tussen de Archiefwet en de Wob: cohesie of conflict?', *Gst.* 2019/134.

20. Zie bijvoorbeeld (de noten bij) de volgende uitspraken: ABRvS 11 juli 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2308; ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:316, AB 2019/258, m.nt. H.S. ten Cate en C.A. Geleijnse; ABRvS 31 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2617; ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1228, AB 2020/248, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, AB 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum; ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1745, AB 2020/338, m.nt. H.S. ten Cate.

21. ABRvS 14 oktober 2020,

ECLI:NL:RVS:2020:2437, AB 2020/395, m.nt. P.J. Stolk.

22. Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:660, AB 2020/155, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1228, AB 2020/248, m.nt. P.J. Stolk.

23. ABRvS 8 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:30. Vgl. ook ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4295.

24. ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2437, AB 2020/395, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 13 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1228, AB 2020/248, m.nt. P.J. Stolk.

25. ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:316, AB 2019/258, m.nt. H.S. ten Cate en C.A. Geleijnse.

26. ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4241.

27. ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, CR 2021/5, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.

stelling de Afdeling niet ongeloofwaardig voorkomt, is het vervolgens aan de verzoeker om aannemelijk te maken dat het document wél onder het bestuursorgaan berust. Dat houdt een omkering van de bewijslast in. Nu de gemiddelde Wob-verzoeker geen toegang heeft tot overheidsarchieven is het in de praktijk vrijwel onmogelijk om aan deze bewijslast te voldoen.²⁸ Deze bewijslastverdeling is evenwel te verklaren, omdat het 'stap 2' in het toetsingskader is en het bestuursorgaan (als het goed is) al heeft gemotiveerd dat er een zorgvuldig onderzoek heeft plaatsgevonden en daarmee aannemelijk heeft gemaakt dat de gevraagde informatie er niet is. Desalniettemin valt op dat dat de bestuursrechter (voor zover wij weten) zelden tot nooit een onafhankelijke deskundige benoemt om binnen de (ingewikkelde) ICT-systemen van het bestuursorgaan op zoek te gaan naar de verzochte documenten. In navolging van Stolk, vinden wij dat de bestuursrechter het benoemen van een deskundige vaker in overweging zou moeten nemen, zeker als sprake is van informatie die op grond van de Archiefwet bij het bestuursorgaan zou moeten berusten.²⁹

Stap 3: is al hetgeen redelijkerwijs mogelijk is gedaan om informatie die bij het bestuursorgaan behoort te berusten, te achterhalen.

Als de conclusie na het doorlopen van de vorige twee stappen is dat de gevraagde informatie niet bij het bestuursorgaan berust, stelt de Afdeling zich de vervolgvraag of deze informatie daar had *behoren* te berusten. Daarbij sluit de bestuursrechter aan bij de Archiefwet.³⁰ Als de betreffende informatie op basis van de opgestelde selectielijsten onder een bestuursorgaan had behoren te berusten,³¹ moet het bestuursorgaan 'al hetgeen redelijkerwijs mogelijk is' doen om deze informatie te achterhalen. Als bijvoorbeeld vaststaat dat een document (zoals een e-mail) naar externen is verstuurd en ten onrechte ontbreekt, mag van het bestuursorgaan worden verwacht dat het navraag doet bij die externen of de ontbrekende informatie daar nog beschikbaar is.³² Wanneer niet 'al hetgeen redelijkerwijs mogelijk is' is gedaan om de missende informatie te vinden, komt het bestreden besluit wegens strijd met artikel 3:2 Awb voor vernietiging in aanmerking.

Voorts is van belang *wanneer* de gevraagde informatie is verwijderd. Volgens vaste jurisprudentie heeft een bestuursorgaan na indiening van een Wob-verzoek niet meer de vrijheid om documenten waarop dat verzoek betrekking heeft te vernietigen. Vanaf dat moment dient het behoud daarvan volledig te worden gewaarborgd. De Afdeling heeft hiermee de in par. 2.1 genoemde bewaarplicht op grond van de Archiefwet uitgebreid naar alle documenten waarop een Wob-verzoek betrekking heeft. Het bestuursorgaan moet er immers actief voor zorgen dat de onder het Wob-verzoek vallende informatie niet verloren gaat.³³

Tussenconclusie

Deze voorgaande stappen leiden geregeld tot het oordeel dat de gevraagde informatie bij het bestuursorgaan behoorde te berusten, maar dat vervolgens niet aannemelijk is dat de informatie thans nog onder het bestuursorgaan berust. Dan komt het besluit voor vernietiging in aanmerking, maar worden de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand gelaten.³⁴ Daarmee is de

Dit onderstreept het belang van goede overheidsarchieven: eens verwijderd, altijd verwijderd. Daar kan de bestuursrechter weinig aan veranderen

onrechtmatigheid van het besluit gegeven, maar de verzoeker niet geholpen: de bestuursrechtelijke procedure heeft immers niet geleid tot openbaarmaking van de gevraagde informatie. De bestuursrechter kan wellicht aandringen op een (intensiever) onderzoek naar de missende informatie door het bestuursorgaan maar kan missende informatie uiteraard niet zelf herstellen. Dit onderstreept het belang van goede overheidsarchieven: eens verwijderd, altijd verwijderd. Daar kan de bestuursrechter weinig aan veranderen.

De logische vervolgvraag is dan of het onrechtmatig verwijderen van overheidsinformatie op enigerlei wijze gesanctioneerd kan worden. Deze vraag staat in de volgende paragraaf centraal.

3. Sanctionering van ten onrechte verwijderde informatie?

In deze paragraaf zal eerst worden gezien in hoeverre het bestuursrecht het mogelijk maakt om het onrechtmatig verwijderen van overheidsinformatie op enigerlei wijze te sanctioneren. Vervolgens zal nog een korte blik worden geworpen op de mogelijkheden die het civiele recht en het strafrecht bieden.

3.1. Het bestuursrechtelijk kader: de Wob, Archiefwet en interbestuurlijk toezicht

Over de Wob kunnen wij kort zijn: de Wob kent geen bepalingen over toezicht en handhaving. Het is dus op grond van de Wob niet mogelijk om een sanctie op te leggen aan een bestuursorgaan dat ten onrechte informatie heeft verwijderd.

Als gezegd kent de Archiefwet een bewaarplicht voor (onder andere) bestuursorganen.³⁵ Een goede naleving van die plicht zou missende informatie kunnen voorkomen. Het toezicht op de bewaarplicht is echter beperkt, al zijn er wel enkele toezichtbevoegdheden in de Archiefwet opgenomen. Zo is voor gemeenten de gemeentearchivaris belast met het toezicht op de archiefbescheiden van de gemeentelijke organen.³⁶ De Archiefwet voorziet echter niet in een handhavingsbevoegdheid. Op rijksniveau houdt de I-OE toezicht op overheidsarchieven.³⁷ De I-OE kan aanbevelingen geven aan de onderzochte zorgdrager en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (de minister).³⁸ Deze inspectierapporten zijn een goede graadmeter voor de kwaliteit van (digitale) overheidsarchieven maar ook de I-OE heeft geen handhavingsbevoegdheid. Zij kan naleving van de bewaar- en archiefplicht dus niet 'afdwingen'.

De minister heeft wel een handhavingsbevoegdheid.³⁹ De minister kan op rijksniveau bestuursorganen erop wijzen dat zij dienen te voldoen aan de Archiefwet.⁴⁰ Als deze aanwijzing niet wordt opgevolgd kan een last onder bestuursdwang worden opgelegd. Uit navraag bij het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap blijkt dat van deze bevoegdheid nog nooit gebruik is gemaakt. Deze bevoegdheid is dan ook (vooral nog) een dode letter.

Afsluitend kan, althans in theorie, aan interbestuurlijk toezicht worden gedacht. Dan kan, wanneer een (bestuursorgaan van een) provincie, gemeente of waterschap de Archiefwet schendt, de naasthogere bestuurslaag (de toezichthouder) ingrijpen op basis van de taakverwaarlozingsregeling.⁴¹ De toezichthouder treedt dan in de plaats van de verwaarlozer. Indeplaatsstelling wordt gezien als een ingrijpend instrument en wordt daarom maar weinig toegepast in de praktijk en is (voor zover ons bekend) bovendien nog nooit toegepast wegens schending van de Archiefwet.⁴² Daarbij zien wij ook praktische bezwaren. Indeplaatsstelling om de (digitale) informatiehuishouding te verbeteren zou betekenen dat (na een begunstigingstermijn) de provincie zou moeten zorgdragen voor het realiseren van een adequate informatiehuishouding van een gemeente in plaats van die gemeente zelf. Het is goed te begrijpen dat een provincie niet snel van deze bevoegdheid gebruik zal willen maken.

3.2. Civiel recht en strafrecht

Buiten het bestuursrecht zijn er andere rechtssystemen waarbinnen sanctionerend kan worden opgetreden in geval van onrechtmatig overheidshandelen. Denk bijvoorbeeld aan het privaatrecht. De indiener van een Wob-verzoek waarbij relevante informatie onrechtmatig is verwijderd kan zich immers met de uitspraak van de bestuursrechter in de hand tot de civiele rechter wenden. Met het oordeel van de bestuursrechter dat het Wob-besluit voor vernietiging in aanmerking komt, is immers de onrechtmatigheid van dat besluit gegeven. Wij zien echter twee belangrijke drempels om een succesvolle onrechtmatige daadsactie in te kunnen stellen. Ten eerste

moet de Wob-verzoeker schade hebben geleden, en dat zal doorgaans niet het geval zijn. Een journalist die stukken opvraagt voor een onderzoeksartikel zal immers weliswaar benadeeld zijn als hij de gevraagde documenten niet krijgt, maar zal waarschijnlijk geen (vermogens)schade lijden als hij die documenten niet krijgt. Een tweede drempel zou het relativiteitsvereiste kunnen vormen. De Wob regelt immers de openbaarmaking van overheidsinformatie jegens eenieder uit hoofde van het algemene belang dat met de openbaarheid van overheidsinformatie is gemoeid. Het is dan ook de vraag of de bewaar- en archiefplicht zich uitstrekt tot financiële belangen van individuele Wob-verzoekers.

Ten slotte het strafrecht. Zijn rechtspersonen waarvan het bestuursorgaan de bewaar- of archiefplicht schendt, succesvol strafrechtelijk te vervolgen? Wij denken van niet. Hoewel artikel 51 van het Wetboek van strafrecht bepaalt dat rechtspersonen strafbare feiten kunnen plegen, kunnen *publiekrechtelijke* rechtspersonen en hun organen niet worden vervolgd wegens gepleegde strafbare feiten in de uitoefening van een exclusieve bestuurstaak. Onder het begrip 'exclusieve bestuurstaak' vallen gedragingen die naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de aan een openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak.⁴³ Het nemen van Wob-besluiten lijkt ons een dergelijke exclusieve bestuurstaak. Voorts zou kunnen worden gedacht aan de vervolging van individuele ambtenaren wegens het opzettelijk vernietigen van documenten in strijd met de Archiefwet.⁴⁴ Dit artikel is echter niet bedoeld om ambtenaren te vervolgen voor structurele gebreken in het systeem van de informatiehuishouding van een overheidsinstantie.

3.3. Tussenconclusie

Wij komen dan ook tot de slotsom dat er op dit moment geen effectieve 'prikkel' voor bestuursorganen is om informatie juist te bewaren en archiveren. De bevoegdheden om een sanctie op te leggen aan bestuursorganen die in strijd met de Wob en/of Archiefwet informatie hebben

28. Zie de noot bij ABRvS 6 februari 2019,

ECLI:NL:RVS:2019:316, AB 2019/258, m.nt. H.S. ten Cate en C.A. Geleijnse.

29. Zie hiervoor de annotaties bij ABRvS 12 december 2018, AB 2019/38, m.nt. P.J.

Stolk; ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, AB 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.

30. ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1189, AB 2011/21, m.nt. P.J. Stolk.

31. Zie art. 5 Archiefwet 1995.

32. ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, CR 2021/5, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.

33. ABRvS 14 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7942; ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, CR 2021/5, m.nt. A. Drahmman en M.H.A.

Bakkum.

34. ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, AB 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum;

ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, CR 2021/5, m.nt.

A. Drahmman en M.H.A. Bakkum.

35. Art. 3 Archiefwet

36. Art. 32 Archiefwet.

37. Zie art. 25a Archiefwet in samenhang met het Aanwijzingsbesluit ambtenaren

Erfgoedinspectie tot toezichthoudende ambtenaren Archiefwet en Archiefwet BES.

38. Zie bijvoorbeeld de volgende veel aangehaalde rapporten van de Inspectie: Beperkt Houdbaar (2012), Duurzaam duurt het langst (2013), Onvoltooid digitaal (2015) en Wel digitaal, nog niet duurzaam (2018).

39. Volledigheidshalve vermelden we nog dat voor het 'vervreemden' van overheidsinformatie een machtiging van de minister nodig is (art. 8 Archiefwet). Deze bepaling ziet niet op hetgeen centraal staat in dit artikel, namelijk het verwijderen van overheidsinformatie die wel bewaard zou moeten worden. Bovendien bevat de Archiefwet geen sanctie op het vervreemden van overheidsinformatie zonder een machtiging.

40. Art. 24 Archiefwet.

41. Deze taakverwaarlozingsregeling is neergelegd in art. 124 Gemeentewet, art. 121 Provinciewet en art. 60 Waterschapswet.

42. Wel komt het voor dat gedeputeerde staten de naleving van de Archiefwet als niet adequaat beoordelen en de gemeente opdragen met een plan van aanpak te

komen. Zie bijvoorbeeld de brief van gedeputeerde staten van Flevoland aan de gemeente Almere d.d. 15 januari 2020 met kenmerk 2494812, te vinden op www.flevoland.nl.

43. HR 6 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:AA9342, AB-klassiek, 7e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016 nr. 24 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Pikmeer II*). Voor de Staat als publiekrechtelijk rechtspersoon geldt bovendien dat handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot behartiging van het algemeen belang, en deze derhalve niet als zodanig strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld (HR 15 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9616, NJ 1994/598, m.nt. Corstens (*Volkel*)).

44. Art. 361 Sr.

vernietigd, zijn beperkt en de instrumenten die er bestaan zijn voor zover ons bekend tot op heden nooit ingezet.

4. Blik op de toekomst: De Wet open overheid en Archiefwet 2021

Op dit moment zijn er wetsvoorstellen aanhangig die zowel de Wob als de Archiefwet zouden moeten vervangen, namelijk de Wet open overheid (Woo) en de Archiefwet 2021. Gelet op onze conclusie uit de vorige paragraaf dat er geen effectieve ‘prikkel’ voor bestuursorganen is om informatie juist te bewaren en archiveren, is het interessant om te bezien of de opvolgers van de Wob en Archiefwet wel een sanctie-instrument bevatten.

4.1. Wet open overheid

Al jaren bestaat het voornemen om de Wob te vervangen door de Woo, maar het wetsvoorstel is lang aangehouden omdat getwijfeld werd aan de uitvoerbaarheid van de wet. In juni 2020 werd echter bekend dat de minister van BZK de wet in gewijzigde vorm wel degelijk uitvoerbaar acht.⁴⁵ Daarnaast heeft het wetsvoorstel onlangs een impuls gekregen door het rapport van de POK⁴⁶ en de kabinetsreactie hierop. In deze kabinetsreactie is aangegeven dat rijksbreed de informatiehuishouding moet worden verbeterd en wordt erkend dat goede informatiehuishouding een randvoorwaarde is voor een goede informatievoorziening en een noodzakelijk element in onze democratische rechtsstaat.⁴⁷

Deze ontwikkelingen hebben mede geleid tot het feit dat de Tweede Kamer het (gewijzigde) wetsvoorstel Woo op 26 januari 2021 heeft aangenomen.⁴⁸ Het doel van de Woo is dat er een cultuurverandering ten aanzien van de omgang met informatie plaatsvindt bij de overheid.⁴⁹ Dit komt met name tot uiting in de wens dat overheden actiever informatie openbaar moeten maken. In artikel 3.1 van de Woo is een inspanningsverplichting opgenomen voor bestuursorganen om actief informatie openbaar te maken.⁵⁰ Ook is in de Woo een lijst opgenomen van enkele categorieën van besluiten die in beginsel altijd openbaar moeten worden gemaakt.⁵¹ Zowel deze lijst als de actieve openbaarmakingsplicht zijn echter gedurende het wetgevingsproces steeds verder ingeperkt.⁵² Wel is opgenomen dat alle bestuursorganen zich op termijn bij het platform open overheidsinformatie (PLOOI) moeten aansluiten. PLOOI is een verwijsindex, en biedt in die vorm een overzicht van alle overheidsinformatie op één centrale vindplaats.⁵³ Voorts heeft de Woo mede het oogmerk om de duurzame toegankelijkheid, de vindbaarheid en het behoud van de digitale overheidsinformatie te verbeteren. Deze ambitie heeft ertoe geleid dat de bewaarplicht die nu in de Archiefwet is opgenomen, ook in de Woo is opgenomen.⁵⁴

In artikel 6.1 van de Woo wordt bepaald dat het bestuursorgaan maatregelen dient te treffen om digitale documenten duurzaam toegankelijk te maken. Voorts dient de minister van BZK aan de Staten-Generaal een meerjarenplan toe te sturen over de wijze waarop bestuursorganen hun digitale overheidsinformatie duurzaam toegankelijk (zullen) maken. Daarnaast komt er een Adviescollege openbaarheid en informatiehuishouding. Dit college zal adviseren over het openbaarheidsbeleid van de overheid. Bij dit college kunnen journalisten en

wetenschappers een klacht indienen. Met dit college wordt beoogd het toezicht op de informatiehuishouding te versterken.⁵⁵

Met de gewijzigde Woo die nu ter beoordeling van de Eerste Kamer voorligt wordt een goede aanzet gedaan om de informatiehuishouding (versneld) te verbeteren. Wel betreuren wij het dat de verplichting tot actieve openbaarmaking van overheidsinformatie is beperkt. Die actieve openbaarmaking kan juist helpen om missende informatie te voorkomen: wanneer informatie direct na het ontstaan ervan op toegankelijke wijze actief openbaar wordt gemaakt, hoeft minder te worden vertrouwd op archieven. De informatie is dan immers al toegankelijk voor eenieder en kan ook niet meer kwijtraken.

Afsluitend is met de klachtmogelijkheid bij het Adviescollege openbaarheid en informatiehuishouding het toezicht op de naleving verbeterd. De Woo mist echter nog altijd een verbod op het verwijderen van documenten en er wordt aan het Adviescollege noch de I-OE de bevoegdheid gegeven om een last onder dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen, ook niet voor zover het actieve openbaarmaking betreft. Daarmee blijft het handhavingsinstrumentarium onder de Woo beperkt.

4.2. Archiefwet 2021

Het conceptwetsvoorstel Archiefwet 2021 (hierna: Archiefwet 2021) lag begin 2020 ter inzage en is bedoeld om de Archiefwet 1995 te vervangen.⁵⁶ De concepttoelichting stelt dat een belangrijk doel van de Archiefwet 2021 is ‘dat belangrijke overheidsinformatie behouden, vindbaar en toegankelijk blijft voor huidige en toekomstige generatie’. Om dit doel te bewerkstelligen moet de Archiefwet 2021 beter aansluiten bij de gegroeide praktijk van digitaal informatiebeheer en beter te hanteren zijn in de praktijk. Dit laatste komt onder meer tot uiting in een veranderde terminologie ten opzichte van de bestaande Archiefwet. Zo spreekt de Archiefwet 2021 niet meer over ‘archiefbescheiden’ maar, net als de Wob en de Woo, over ‘documenten’. Ook wordt de connectie met de Wob geëxpliciteerd door in artikel 1.2 lid 1 Archiefwet 2021 op te nemen dat de Wob niet van toepassing is op overgebrachte documenten.

De Archiefwet 2021 normeert overheidsarchieven op grofweg vergelijkbare wijze als de huidige archiefwet. Wel nieuw is dat in artikel 1.3 Archiefwet 2021 enkele belangen worden geëxpliciteerd die met de archivering van overheidsinformatie zijn gemeen. Deze belangen moeten ‘de algemene leidraad vormen bij de omgang met de overheidsdocumenten’.⁵⁷ Net als in de huidige archiefwet is in de Archiefwet 2021 een bewaarplicht opgenomen.⁵⁸ Deze wordt in het conceptwetsvoorstel echter aangevuld met de eis dat overheidsorganen ‘passende maatregelen’ moeten nemen om documenten in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren.⁵⁹ Dit nieuwe vereiste is blijkens de concepttoelichting bedoeld om bestuursorganen te dwingen een beheerstrategie te vormen, waarbij per documenttype aandacht wordt besteed aan de beheerbelangen en het risico op informatieverlies. Die beheerstrategie moet zich dan vertalen naar de selectielijsten waarin is vastgelegd welke informatie bewaard dan wel verwijderd moet worden. Bij het komen tot een beheerstrategie moeten bestuursorganen acht slaan op de in artikel 1.3 genoemde belangen.

Net als in de huidige archiefwet is een aanwijzingsbevoegdheid voor de minister opgenomen. Dat geeft de minister de bevoegdheid om het tot stand brengen van een beheersplan af te dwingen. Uiteraard zal ook de I-OE onder de Archiefwet 2021 blijven bestaan. In de eerdergenoemde kabinetsreactie is aangegeven dat de capaciteit van de I-OE zal worden uitgebreid. Over een versterking van het handhavingsinstrumentarium van de I-OE wordt in de kabinetsreactie, noch in het conceptwetsvoorstel gesproken.

5. Afronding

Uit het voorgaande blijkt dat er ten aanzien van het ten onrechte verwijderen van overheidsinformatie door bestuursorganen geen adequate handhavingsbevoegdheden bestaan. De huidige normering van overheidsarchieven is relatief vrijblijvend. Die vrijblijvendheid is in beginsel goed te begrijpen. We mogen van overheden verwachten dat zij 'netjes' de wet naleven en in staat zijn hun wettelijke taken naar behoren uit te voeren. Maar daar ligt voor zover het de kwaliteit van overheidsarchieven betreft nu net het probleem: uit de inspectierapporten van de I-OE blijkt dat overheidsarchieven op het moment van (te) slechte kwaliteit zijn. Het is een goede eerste stap dat in de kabinetsreactie op het rapport van de POK de ambitie wordt geformuleerd om de informatiehuishouding versneld op orde te krijgen. De Woo geeft echter weinig hoop dat in de toekomst overheidsinformatie niet ten onrechte zal worden verwijderd. Daarvoor is de regeling voor actieve openbaarheid nu te beperkt en ook te vrijblijvend.⁶⁰ Daarom zouden wij een stap verder willen gaan.

Ten eerste valt te denken aan een recht op schadevergoeding voor aanvragers wier Wob-verzoek wordt afgewezen, omdat informatie ten onrechte is verwijderd of kwijtgeraakt. Hierbij zou in het bijzonder kunnen worden gedacht aan journalisten die worden gehinderd in hun functie als 'public watchdog' en schade ondervinden doordat zij niet optimaal verslag kunnen doen van het handelen van bestuursorganen. De bestuursrechter zou de bevoegdheid kunnen krijgen om een dergelijke schadevergoeding, bijvoorbeeld in de vorm van een vast bedrag, op

te leggen. Een risico van deze optie is dat hiermee een nieuw 'verdienmodel' wordt gecreëerd, waarbij Wob-verzoeken worden ingediend met het enkele doel om schadevergoeding te verkrijgen.⁶¹ Dergelijke Wob-verzoekers kunnen weliswaar niet-ontvankelijk worden verklaard wegens misbruik van recht,⁶² maar vanwege het risico dat een schadevergoeding in de weg zou kunnen staan aan de snelle afhandeling van Woo-verzoeken en daarmee aan de uitvoerbaarheid van de Woo, zouden wij een andere denkrichting willen voorstellen.

Wij zouden ervoor willen pleiten om zowel de I-OE als het Adviescollege openbaarheid en informatiehuishouding de bevoegdheid te geven om aan bestuursorganen een bestuurlijke boete op te leggen als een bestuursorgaan de Archiefwet 2021 respectievelijk Woo heeft geschonden. Hoewel gesteld kan worden dat het opleggen van een boete door de ene overheid aan de andere overheid een hoog 'vestzak-broekzak-gehalte' heeft, achten wij dit toch een goede stap. Het opleggen van een bestuurlijke boete heeft immers ook een aanzienlijk 'naming and shaming'-effect. Voorstelbaar is dat als een gemeente een dergelijke boete opgelegd krijgt, zowel de gemeenteraad als de lokale media hier aandacht aan zullen besteden. Het valt dan ook te verwachten dat de financiële prikkel in combinatie met de negatieve aandacht zal leiden tot een verbetering van de naleving van de bewaarplicht.

Hoewel een wettelijke regeling die het mogelijk maakt om bestuurlijke boetes op te leggen aan de overheid een verstrekkende regeling is, achten wij de tijd hier voor rijp. De POK heeft geconstateerd dat 'transparantie, openheid en volledigheid in de praktijk niet de leidende principes zijn bij (...) het reageren op Wob-verzoeken (...). Verbetering van de informatievoorziening is essentieel voor het functioneren van het parlement, van de media en van de rechtsbescherming. Net als de bescherming van het individu, is ook de informatievoorziening daarmee een belangrijk element van de democratische rechtsstaat.'⁶³ Het invoeren van een zwaar, maar effectief sanctie-instrument is bij dergelijke harde conclusies volgens ons een passende reactie. •

45. Kamerstukken II 2019/20, 35112, nr. 8.

46. Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 2.

47. Er komt dan ook een Rijksbreed actieplan informatiehuishouding, zie: Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4.

48. Zie voor een geconsolideerde versie van de tekst van de Woo én artikelsgewijze toelichting per 2 februari 2021: Kamerstukken I 2020/21, 33328, nr. N.

49. Kamerstukken I 2020/21, 33328, nr. N.

50. Het artikel schrijft voor dat bestuursorganen bij de uitvoering van hun taak uit eigen beweging de bij hen berustende informatie neergelegd in documenten voor eenieder openbaar maken, indien dit zonder onevenredige inspanning of kosten redelijkerwijs mogelijk is en tenzij een uitzonderingsgrond aan openbaarmaking in de weg staat of met de openbaarmaking geen redelijk belang wordt gediend.

51. Art. 3.3 Woo.

52. Vgl. het wetsvoorstel zoals dat in 2016 door de Tweede Kamer is aangenomen (Kamerstukken I 2015/16, 33328, nr. A) en het wetsvoorstel zoals dat nu is aangenomen (Kamerstukken I 2020/21, 35112, nr. A).

53. Art. 3.3b Woo zoals dat luidt na de recente aanname van de Tweede Kamer, Kamerstukken I 2020/21, 33328, 35112, N.

54. Art. 2.4 lid 1 Woo, inhoudende dat het bestuursorgaan er zorg voor moet dragen dat 'de documenten die het ontvangt, vervaardigt of anderszins onder zich heeft, zich in goede, geordende en toegankelijke staat bevinden'.

55. Het Adviescollege is geregeld in hoofdstuk 7 van de Woo; Kamerstukken I 2020/21, 33328, 35112, N.

56. Zie voor het conceptwetsvoorstel en de

reacties daarop: www.internetconsultatie.nl/archiefwet.

57. Zo moeten bestuursorganen krachtens artikel 1.3 Archiefwet 2021 rekening houden met de waarde van documenten en daarin opgenomen gegevens voor (i) de uitvoering van (en het afleggen van verantwoording over) publieke taken van zowel het betreffende bestuursorgaan als andere bestuursorganen, (ii) eenieder bij het kennisnemen van en uitoefenen van rechten en plichten, (iii) onderzoek en (iv) als bestanddeel van het cultureel erfgoed.

58. Zie art. 3.1 van de Archiefwet 2021.

59. Op grond van artikel 3.5 Archiefwet 2021 kunnen bij algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over het beheer van documenten, ook ten aanzien van het in goede, geordende en toegankelijke staat brengen en bewaren van docu-

menten. Deze bepaling is vergelijkbaar met het huidige art. 21 Archiefwet 1995. Een concept voor een nieuwe Archiefwet is nog niet bekend.

60. Zoals gesteld is immers niet gekozen voor een algemene registerplicht van overheidsinformatie, maar is deze beperkt tot bepaalde categorieën van informatie en is de actieve openbaarmakingsplicht expliciet afgezwakt tot een inspanningsverplichting.

61. Dit is de reden waarom de dwangsom die aanvragers kunnen krijgen als niet tijdig op hun aanvraag is beslist, niet geldt voor Wob-verzoeken (art. 15 Wob).

62. Art. 4.6 Woo bevat een antimisbruikbepaling.

63. Kamerstukken II 2020/21, 35110, nr. 2, p. 8-9.