

No.W04.12.0249/I

's-Gravenhage, 5 november 2012

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 6 juli 2012 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Peters houdende regels over de toegankelijkheid van informatie van publiek belang (Nieuwe Wet openbaarheid van bestuur), met memorie van toelichting.

Het doel van het wetsvoorstel is om overheden en semi-overheden transparanter te maken, om zo het belang van openbaarheid van publieke informatie voor de democratische rechtsstaat, de burger, het bestuur en economische ontwikkeling beter te dienen. Om deze doelen te bereiken verankert het voorstel de toegang tot publieke informatie en het hergebruik van die informatie als rechten van burgers. Daarnaast wordt de actieve openbaarheid versterkt door het verplicht stellen van openbaarmaking uit eigen beweging van bepaalde categorieën informatie. Overheidsorganen moeten voorts een online beschikbaar register gaan bijhouden van de documenten en datasets waarover zij beschikken. Daarnaast wordt de reikwijdte van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) verbreed, waarbij alle overheidsorganen, met uitzondering van de rechterlijke macht en de Afdeling bestuursrechtspraak, en wat in de toelichting 'semipublieke' organen worden genoemd, onder de wet gaan vallen. De uitzonderingsgronden ten aanzien van de verplichting om informatie openbaar te maken worden aangescherpt, waarbij alle absolute weigeringsgronden omgezet worden in relatieve weigeringsgronden. Voorts wordt de mogelijkheid om een verzoek te weigeren bij kennelijk misbruik geopend. Het voorstel stelt tevens een Informatiecommissaris in, in de vorm van een Hoog College van Staat. Deze heeft een voorlichtende rol, maar beslist ook in administratief beroep in procedures tussen een orgaan en verzoeker. Daarnaast kan de Informatiecommissaris dwangsommen opleggen bij het niet naleven van de wet.

De Afdeling advisering gaat allereerst in op de voorgeschiedenis van de huidige openbaarheidswetgeving en op de ontwikkelingen die sindsdien hebben plaatsgevonden. Daarna geeft zij een algemene beschouwing over de relevante uitgangspunten inzake openbaarheid van overheidsinformatie. Vanuit het perspectief van deze algemene beschouwing gaat de Afdeling vervolgens in op de noodzaak en op enkele belangrijke onderdelen van het voorstel. De Afdeling maakt onder meer opmerkingen over de uitbreiding van de organen die onder het openbaarmakingsregime komen te vallen, de regeling voor persoonlijke beleidsopvattingen, de uitvoerbaarheid en financiële gevolgen van het voorstel, instelling, taken en bevoegdheden van de Informatiecommissaris en de openbaarmaking van de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State. Ten slotte maakt de Afdeling nog enkele overige opmerkingen, onder meer over de vertrouwelijke verstrekking.

1. Voorgeschiedenis

De Afdeling wijst erop dat de betekenis die thans aan het belang van openbaarheid van bestuur wordt toegekend een resultaat is van een langdurige ontwikkeling. Deze voltrok zich oorspronkelijk alleen op nationaal niveau. Tot de Tweede Wereldoorlog werd het begrip openbaarheid van overheidsinformatie in Nederland vooral gezien in het licht van de parlementaire inlichtingenplicht als bedoeld in artikel 68 van de Grondwet. Op grond van deze bepaling zijn ministers en staatssecretarissen verplicht beide kamers desgevraagd alle inlichtingen te verstrekken voor zover dat niet in strijd is met het belang van de staat. Daarnaast wordt een ongeschreven rechtsplicht aangenomen om uit eigen beweging inlichtingen aan beide kamers te verschaffen.¹ Binnen dit constitutionele kader² wordt in het verkeer tussen regering en parlement informatie uitgewisseld en in de openbaarheid gebracht waardoor deze ook voor burgers toegankelijk wordt.

Gaandeweg zijn de rechtsopvattingen in de tweede helft van de vorige eeuw zodanig geëvolueerd dat openbaarmaking van informatie uitsluitend via het parlement en het daaruit voortvloeiende politieke debat niet langer toereikend werd geacht. Vanaf de jaren zestig ontstond in toenemende mate discussie over de vraag of er niet daarnaast een door de burger afdwingbaar wettelijk recht op informatie van de overheid zou moeten bestaan.³ In 1970 verscheen het rapport 'Openbaarheid openheid' van de Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting waarin een voorontwerp van een wet openbaarheid van bestuur is opgenomen.⁴ Als belangrijk motief voor het invoeren van een dergelijke wet werd het belang van een goede en democratische bestuursvoering genoemd. In het voorontwerp werd onder meer voorgesteld dat ook interne ambtelijke stukken in beginsel openbaar gemaakt moesten worden. De regering en de Raad van State⁵ reageerden terughoudend. Het uiteindelijk ingediende wetsvoorstel had een beperktere reikwijdte dan het voorontwerp. De positie van het wetsvoorstel en het daaraan ten grondslag liggende beginsel van openbaarheid in ons staatsbestel werd in de toelichting als volgt samengevat:

'Openheid en openbaarheid zijn derhalve de doeleinden waarop dit wetsontwerp is gericht maar het zijn geen doeleinden op zichzelf. Zoals hiervoor is uiteengezet worden zij gehanteerd als middelen tot het bereiken van een verder gelegen doel: een betere en democratische bestuursvoering. De openbaarheid moet derhalve met andere middelen, die op datzelfde doel zijn gericht in verband worden gebracht en moet

¹ Kamerstukken II 1985/86, 19 014, nr. 5, blz. 6. Later bevestigd in Kamerstukken II 2001/02, 28 362, nr. 2, blz. 3.

² Als het gaat om openbaarheid in bredere zin kan ook nog worden gewezen op artikel 66, eerste lid (openbaarheid van de vergaderingen van de Staten-Generaal), artikel 80, eerste lid (openbaarheid van adviezen) en artikel 88 en 89, derde en vierde lid (bekendmaking van wetten en andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften) van de Grondwet.

³ Hierbij speelde een rol dat de Hoge Raad in het Televisiearrest had beslist dat in het algemeen aan artikel 10 EVRM jegens overheidsorganen geen recht kan worden ontleend op verstrekking van onder de overheid berustende gegevens, HR 25 juni 1965, NJ 1966, 116.

⁴ Openbaarheid openheid, Rapport van Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1970.

⁵ De Raad onderkende dat het recht om goed en objectief geïnformeerd te worden behoort tot de rechten van burgers, maar dat het gezag der overheid betrokken dient te worden bij de bepaling van de wijze waarop dit recht kan worden uitgeoefend. Een algemeen recht op informatie werd daarom door de Raad afgewezen, een dergelijke verplichting was alleen nodig waar een democratische bestuursvoering dat wenselijk maakte, zie het advies van de Raad van State over de nota 'Openheid en openbaarheid van bestuur', Kamerstukken II 1970/71, 10 946, nr. 2.

daartegen worden afgewogen. Bij deze afweging gaat het om de erkenning van de beslotenheid en openbaarheid als concurrerende beginselen van staatsrecht'.⁶

Op 1 mei 1980 trad de Wet openbaarheid van bestuur in werking. Intussen was ook een algehele grondwetsherziening in voorbereiding. Als gevolg hiervan is in 1983 in hoofdstuk 5 'Wetgeving en bestuur' van de Grondwet een nieuw artikel 110 opgenomen. Hierin wordt bepaald dat de overheid bij de uitvoering van haar taak openbaarheid betracht volgens regels bij de wet te stellen. Verdergaande voorstellen die nadien zijn gedaan en die strekten tot vastlegging in de Grondwet van een afdwingbaar grondrecht op toegang tot bij de overheid berustende informatie, zijn nooit in procedure gebracht.⁷

In 1983 vond een eerste evaluatie van de Wet openbaarheid van bestuur plaats. Dit leidde tot een kritisch rapport dat aanbevelingen bevatte om het openbaarheidsregime ruimhartiger te maken. Hierbij werd veel aandacht besteed aan de actieve openbaarmaking. In 1987 werd daarop een wetsvoorstel ingediend dat tot de huidige Wob heeft geleid. Deze trad in 1992 in werking. Blijkens de toelichting was de wijziging vooral technisch van aard. De regering beoogde met de vernieuwde tekst geen wijziging aan te brengen in de aan de bestaande wet ten grondslag liggende beginselen.⁸ De kernbepalingen van de Wob zijn sindsdien niet meer wezenlijk veranderd.⁹

De maatschappelijke discussie over openbaarheid van bestuur heeft echter niet stilgestaan. De afgelopen jaren zijn diverse rapporten en evaluaties verschenen, waarin technologische ontwikkelingen en de gevolgen daarvan voor de regels omtrent de openbaarheid van bestuur centraal stonden.¹⁰ In enkele van deze rapporten werd gepleit voor het zoveel mogelijk actief openbaar maken van alle overheidsinformatie, bij voorkeur op elektronische wijze. In een recent advies heeft de Raad voor het openbaar bestuur (Rob) dit pleidooi nog eens herhaald.¹¹ Met het oog op de grotere nadruk op actieve openbaarmaking acht de Rob een grondige herziening van de Wob gewenst. Daarnaast is ook onderzoek gedaan naar bepaalde knelpunten in de toepassingspraktijk. Verschillende motieven blijken te kunnen leiden tot misbruik van openbaarheidsregels. In bepaalde landen zijn met het oog hierop wettelijke voorzieningen getroffen.¹²

⁶ Kamerstukken II 1974/75, 13 418, nrs. 1-4, blz. 8-9.

⁷ Zie het rapport 'Grondrechten in het digitale tijdperk' van de Commissie Franken. Na het kritische advies van de Raad van State is het regeringsvoorstel met deze strekking echter niet verder in procedure gebracht. Zie het advies van 24 januari 2002 betreffende het voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot opneming in de Grondwet van een bepaling inzake een recht op toegang tot en een zorgplicht voor de toegankelijkheid van de bij de overheid berustende informatie (W01.01.0464/I).

⁸ Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3.

⁹ Gewijzigd is wel de wijze waarop bestuursorganen waarop de Wob van toepassing is, worden aangewezen. Voorts is in 2005 een aantal specifieke bepalingen over de openbaarheid van milieu-informatie in de wet opgenomen in verband met de implementatie van het Verdrag van Aarhus. In verband met de implementatie van EU-regelgeving is het hoofdstuk over hergebruik aan de Wob toegevoegd. Ten slotte zijn bij de invoering van de Wet dwangsom bij niet tijdig beslissen de beslistermijnen verruimd.

¹⁰ Zie ondermeer het rapport 'Wob en ICT' van de Vrije Universiteit uit 2000 en de adviezen van de Commissie Toekomst Overheidscommunicatie en de Commissie ICT en overheid uit 2001.

¹¹ *Gij zult openbaar maken. Naar een volwassen omgang met overheidsinformatie*, Raad voor het openbaar bestuur, september 2012.

¹² Het onderzoek naar het misbruik van openbaarheidsregels door de Universiteit Utrecht in 2010, "Vexatious requests: anti-misbruikregelingen van openbaarheidswetgeving. Een onderzoek naar de regeling in het Verenigd Koninkrijk en enkele andere landen die het Raad van Europa-verdrag inzake toegang tot documenten hebben ondertekend."

De voortgezette maatschappelijke discussie is mede beïnvloed door de internationale ontwikkelingen die zich de afgelopen tien jaar hebben voorgedaan. Deze laten zien dat op internationaal en Europees niveau in toenemende mate belang wordt gehecht aan openbaarheid van overheidsinformatie. Nadat in 1990 reeds een richtlijn over de openbaarheid van milieu-informatie was aangenomen¹³, is binnen de EU in 2011 de Eurwob tot stand gekomen die in beginsel een recht geeft op openbaarheid van documenten die berusten bij EU-instellingen en de lidstaten voor zover zij EU-recht uitvoeren.¹⁴ Sinds 2009 wordt in artikel 15 VWEU bepaald dat teneinde goed bestuur te bevorderen instellingen, organen en instanties van de EU in een zo groot mogelijke openheid moeten werken en heeft artikel 42 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie waarin het recht op toegang tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie is opgenomen, juridisch bindende kracht gekregen. Voorts wijst de Afdeling op de richtlijn over het hergebruik van overheidsinformatie uit 2003¹⁵ en op de in voorbereiding zijnde wijziging van deze richtlijn.¹⁶ Deze wijziging heeft tot doel hergebruik van overheidsinformatie gemakkelijker te maken door de voorwaarden die aan hergebruik kunnen worden gesteld te verminderen en de verstrekingskosten te maximeren.¹⁷ Buiten de EU is het Verdrag van Aarhus¹⁸ van belang dat voorziet in een regeling inzake toegang tot milieu-informatie.¹⁹ Daarnaast is in het kader van de Raad van Europa het Verdrag van Tromsø tot stand gekomen waarin algemene voorschriften omtrent openbaarheid van bestuur zijn opgenomen. Dit verdrag is weliswaar nog niet door Nederland geratificeerd, maar dit Verdrag wijst wel op een stevigere verankering van de openbaarheid van bestuur in internationaal verband.

De Afdeling wijst ten slotte op recente ontwikkelingen in de Straatsburgse rechtspraak inzake artikel 10 EVRM.²⁰ Artikel 10 EVRM bepaalt dat eenieder het recht heeft op vrijheid van meningsuiting. Het recht omvat mede de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag. Lange tijd is de lijn van het EHRM geweest en in overeenstemming daarmee die van de Hoge Raad dat aan dit artikel geen recht op inlichtingen jegens de overheid kan worden ontleend.²¹ In 2009 heeft het EHRM dit standpunt genuanceerd.²² Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat onder bepaalde omstandigheden aan artikel 10 EVRM een algemeen recht op informatie jegens de overheid kan worden ontleend. De

¹³ Richtlijn 90/313/EEG van de Raad van 7 juni 1990 inzake de vrije toegang tot milieu-informatie.

¹⁴ Verordening 1049/2001.

¹⁵ Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie (PbEG L345/90).

¹⁶ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie COM (2011) 877, 12 december 2011.

¹⁷ De regering heeft laten weten op hoofdlijnen positief te staan tegenover deze voorstellen, met uitzondering van de uitbreiding van de reikwijdte naar archieven, bibliotheken en musea en het instellen van een nationale toezichthouder. Zie Kamerstukken II 2011/12, 22 112, nr. 1338.

¹⁸ Dit verdrag is in 1998 tot stand gekomen en in 2004 geratificeerd door Nederland.

¹⁹ Reeds geïmplementeerd in de huidige Wob.

²⁰ Daarnaast geldt artikel 19 IVBPR. Over dit artikel is in 2011 een General Comment verschenen waarin de Human Rights Committee stelde dat artikel 19 het recht omvat op toegang tot overheidsinformatie. Om dit recht effectief te maken hebben Staten de verplichting om zoveel mogelijk actieve openbaarmaking na te streven. Zie Human Rights Committee, General Comment No. 34, 2011, paragraaf 18-19.

²¹ EHRM 18 mei 2004, Eccleston vs. Verenigd Koninkrijk. Zo werd in 2004 door het Hof overwogen dat het artikel geen verplichting meebrengt voor anderen om informatie te verschaffen.

²² EHRM 14 april 2009, Társagág a Szabadágjogokért vs. Hongarije. In een zaak tegen Hongarije constateerde het Hof een schending van artikel 10 omdat een verzoek om informatie aan het Hongaarse Constitutionele Hof over een door een Hongaars parlamentslid bij het Hof aanhangig gemaakte zaak was afgewezen. De hoedanigheid van de verzoeker (een mensenrechtenorganisatie) en de aard van de gevraagde informatie speelden hierbij een rol. Ook in een latere zaak is een dergelijke lijn door het Hof gevolgd, zie EHRM 26 mei 2009, Kenedi vs. Hongarije.

Afdeling bestuursrechtspraak heeft onlangs in lijn met deze rechtspraak de afwijzing van een Wob-verzoek voor het eerst aan artikel 10 EVRM getoetst. Uit die uitspraak lijkt te volgen dat de Afdeling bestuursrechtspraak in artikel 10 in beginsel wel een recht op het ontvangen van inlichtingen jegens de overheid leest, maar dat dit recht door de Wob op toelaatbare wijze wordt beperkt.²³

De Afdeling wijst naast de rechtspraak inzake artikel 10 EVRM ook op artikel 8 EVRM, waarin het recht op de bescherming van het privé-, familie- en gezinsleven is gewaarborgd. Uit de jurisprudentie van het EHRM vloeit voort dat daaruit onder bepaalde omstandigheden een recht op toegang tot informatie over milieuaangelegenheden kan worden afgeleid.²⁴

De hiervoor geschetste nationale en internationale ontwikkelingen zijn sinds de totstandkoming in 1992 van de Wob zoals deze thans luidt, geen aanleiding geweest voor een fundamentele koerswijziging in de wetgeving. In 2004 is op verzoek van de minister de Wob opnieuw geëvalueerd. Het evaluatierapport beschrijft een aantal knelpunten bij de uitvoering van de Wob.²⁵ Deze evaluatie heeft nog niet geleid tot een herziening van de Wob. Wel heeft de minister in 2012 ongeveer gelijktijdig met het onderhavige initiatiefvoorstel een wetsvoorstel opgesteld tot wijziging van de Wet openbaarheid van bestuur in verband met aanvullingen inzake onredelijke en omvangrijke verzoeken, inzake bijzondere verstrekkingen alsmede inzake hergebruik en het in rekening te brengen van vergoedingen (Wet aanpassing Wob). Dit voorstel ligt momenteel ter inzage in het kader van de internetconsultatie.

2. Algemene beschouwing

De hiervoor geschetste ontwikkelingen laten zien dat in het Nederlandse staatsbestel er een geleidelijke ontwikkeling is geweest die uiteindelijk heeft geleid tot een wettelijk recht op toegang tot overheidsinformatie. Deze ontwikkelingen zijn ingegeven door een wijziging van de maatschappelijke opvattingen. Openbaarheid van bestuur wordt tegenwoordig – ook los van de parlementaire inlichtingenplicht - gezien als een zelfstandige en noodzakelijke voorwaarde voor het functioneren van onze democratie. De heersende opvatting thans is dat democratische rechten van burgers²⁶ alleen naar behoren kunnen worden uitgeoefend als er toegang bestaat tot overheidsinformatie.²⁷ Openbaarheid van overheidsinformatie biedt de mogelijkheid voor burgers en particuliere organisaties om deel te nemen aan besluitvormingsprocessen en vergroot de mogelijkheden tot het volgen en beoordelen van het handelen van de overheid.²⁸ Ook de positie van de pers speelt in dit verband een rol. Om haar taak als ‘public

²³ ABRvS 19 januari 2011, LJN BP1316.

²⁴ EHRM 19 februari 1998, Guerra vs. Italië. Zie in dit verband ook EHRM 19 oktober 2005, Roche vs. Verenigd Koninkrijk, EHRM 9 juni 1998, McGinley en Egan vs. Verenigd Koninkrijk en EHRM 30 november 2004, Öneriyıldız vs. Turkije (recht op toegang tot informatie over milieuaangelegenheden ook in het kader van artikel 2 EVRM, recht op leven).

²⁵ S. van der Hof, J.E.J. Prins, G. Leenknecht, T. Brandsen en M. de Vries, *Over wetten en praktische bezwaren, Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*. Universiteit van Tilburg, Tilburg 2004.

²⁶ Daarbij gaat het niet alleen om het kiesrecht maar om de democratische burgerrechten in bredere zin zoals de vrijheid van meningsuiting in al zijn relevante aspecten.

²⁷ Zie in dit verband ook J. Peters, *Wie zijn zij? De ambtenaren: rede uitgesproken op 1 april 2011 bij het afscheid als hoogleraar Staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam*, 2011, blz. 20-22.

²⁸ E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid*, 2005, blz. 12.

watchdog' in een democratische samenleving naar behoren te kunnen vervullen, geldt openbaarheid van overheidsinformatie als een belangrijke randvoorwaarde.²⁹

De vele, ook recente, onderzoeken, publicaties en wetgevingsinitiatieven wijzen erop dat de maatschappelijke discussie over openbaarheid van bestuur ook in de nabije toekomst zal worden voortgezet. Een belangrijke oorzaak daarvan is gelegen in de snelle technologische ontwikkelingen. Sinds de invoering van de Wob zijn er verschillende nieuwe technologieën ontstaan die invloed hebben op de mate waarin en de wijze waarop openbaarheid van informatie wordt gerealiseerd. Met de komst van internet en de ontwikkeling van nieuwe communicatievormen kan overheidsinformatie veel sneller en gemakkelijker openbaar worden gemaakt dan voorheen. Informatie die eenmaal openbaar is gemaakt, heeft een bijna onbeperkt en onomkeerbaar bereik; het plaatsen van informatie op internet betekent dat binnen enkele seconden iedereen, waar ook ter wereld, over deze informatie kan beschikken. Voorts leidt de opkomst van email en nieuwe sociale media er toe dat informatie die beschikbaar is binnen een overheidsorganisatie, gemakkelijker en op een soms moeilijk beheersbare wijze naar buiten kan komen.³⁰

Deze ontwikkelingen die nog niet zijn voltooid, dwingen tot een nadere overdenking van de vraag op welke wijze dient te worden omgegaan met bij de overheid beschikbare informatie. Deze vraag betreft ook de doorwerking van de geschetste ontwikkelingen in het recht. Hiervoor is reeds gewezen op de recente Europese rechtspraak waarin in bepaalde gevallen is uitgegaan van een op grond van artikel 10 EVRM gebaseerd recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Niet uitgesloten moet worden geacht dat het EHRM aan de hand van nieuwe casusposities de reikwijdte van een aldus geformuleerd recht stapsgewijs zal uitbreiden.³¹ De Afdeling stelt vast dat deze ontwikkeling nog niet is uitgekristalliseerd. Van een algemeen in de rechtspraak erkend grondrecht op toegang tot overheidsinformatie is op dit moment geen sprake. Voorstellen om een zodanig recht in aanvulling op artikel 110 in de Grondwet op te nemen, hebben tot dusverre niet op de daarvoor vereiste steun kunnen rekenen.

De Afdeling stelt vast dat – wat ook het precieze eindpunt van de hiervoor geschetste ontwikkelingen moge zijn – consensus bestaat over het algemene uitgangspunt dat de toegang tot overheidsinformatie niet onbegrensd kan zijn. Uit de bestaande praktijk blijkt dat er een spanning kan ontstaan tussen het belang van openbaarheid en andere legitieme belangen zoals bijvoorbeeld de veiligheid van de staat, de opsporing van strafbare feiten, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van bedrijfsgeheimen.³² Voorts wordt algemeen erkend dat er binnen de overheid ruimte dient te zijn voor een vrije interne gedachtewisseling. Dit hangt nauw samen met de aard van de besluitvorming en de fase waarin deze zich bevindt. In bepaalde gevallen zal men alleen succesvol tot gemeenschappelijke besluitvorming kunnen komen, indien vertrouwelijkheid in acht wordt genomen.³³ Gewezen kan bijvoorbeeld

²⁹ Deze rol van de pers wordt ook onderstreept in de vaste rechtspraak van het EHRM. Hierover Jacobs, White & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2010, blz. 432 e.v.

³⁰ Een voorbeeld hiervan is het op grote schaal openbaar maken van informatie over de Amerikaanse overheid door Wikileaks.

³¹ Op deze incrementele benadering wijst Gerards met verwijzing naar diverse voorbeelden uit de Straatsburgse rechtspraak. Zie J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, Oratie RUN, Nijmegen 2011, blz. 8.

³² In dezelfde zin E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, 2011, blz. 13.

³³ Deze randvoorwaarde komt in concrete zin tot uitdrukking in de wettelijke bepalingen inzake intern beraad en persoonlijke beleidsopvattingen. Zie voor een nadere uitwerking hierna par. 5.

worden op de besluitvorming in de ministerraad, op de besprekingen in het kader van de kabinetsformatie³⁴ en op de besluitvorming voorafgaand aan de benoeming in een publiek ambt.³⁵

Bovenstaande overwegingen kunnen ertoe noodzaken dat aan de openbaarheid beperkingen worden gesteld. Beperkingen kunnen niet alleen gerechtvaardigd zijn omdat andere belangen zoals die hiervoor genoemd soms zwaarder wegen maar ook omdat vertrouwelijkheid onder omstandigheden kan bijdragen aan een kwalitatief betere besluitvorming.³⁶ Ook kan door informatie in bepaalde gevallen niet aan de openbaarheid prijs te geven worden bewerkstelligd, dat de overheid eenvoudiger op de hoogte wordt gesteld van allerlei voor de uitvoering van de overheidstaak noodzakelijke informatie. Daarom zal er op wettelijk niveau alsook in concrete gevallen voldoende ruimte moeten zijn om de verschillende randvoorwaarden en belangen voldoende tot hun recht te laten komen. Dit wordt zowel in de huidige Wob als in de thans voorgestelde regeling in algemene zin erkend. Ook de Europese rechtsregels zoals artikel 10 EVRM³⁷ en het Verdrag van Tromsø laten nadrukkelijk ruimte voor een zorgvuldige afweging.

Met betrekking tot het resultaat waartoe het voorgaande in concrete gevallen moet leiden, is verschil van opvatting mogelijk. Dit blijkt ook uit het eerder genoemde Tilburgse evaluatieonderzoek naar de bestaande uitvoeringspraktijk. Daarin komt naar voren dat de perspectieven van de overheid en van degenen die een Wob-verzoek indienen, soms sterk uiteenlopen.

'Duidelijk is dat er in veel gevallen sprake is van wantrouwen tussen beide partijen, waarbij de intensiteit varieert naar gelang de publieke instantie en de persoon van de aanvrager van informatie. Bij menig ambtenaar leeft het idee dat 'het nooit goed is', journalisten hebben het idee dat veel ambtenaren niet bereid zijn informatie uit handen te geven.'³⁸

Hoewel de feitelijke perspectieven van betrokkenen bij nader inzien vaak minder ver uit elkaar liggen dan aanvankelijk verondersteld, kan deze situatie de uitvoeringspraktijk aanzienlijk bemoeilijken.

'Informatieverzoeken worden van beide kanten uit defensief benaderd, wat leidt tot juridisering. Met name dit laatste lijkt het karakter te hebben van een zelfvervullende voorspelling: waar problemen worden verwacht, zal het gedrag zodanig worden aangepast dat de wederzijdse verwachtingen worden bewaarheid.'³⁹

Uit deze bevindingen blijkt dat de toepassingspraktijk soms sterk is gepolariseerd. Dit geeft aanleiding tot arbeidsintensieve geschillen en procedures die tot in hoogste

³⁴ De Afdeling wijst erop dat volgens de rechtspraak de documenten die ontstaan gedurende de kabinetsformatie niet automatisch onder de werkingssfeer van de huidige Wob vallen, aangezien een informateur geen bestuursorgaan is en ook geen onderdeel uitmaakt van het ministerie van Algemene Zaken. Zie ABRvS 6 mei 2004, *Mediaforum* 2004-6, nr. 25 m.nt. A.W. Hins en AB 2004, 200, m.nt. P.J. Stolk.

³⁵ Hierbij kan ook worden gedacht aan de situatie dat een gemeente een contract wil sluiten met een private partij. Hierbij is het van belang dat deze private partij geen kennis heeft van bijvoorbeeld het maximum bod dat de gemeente kan doen.

³⁶ Zie in dit verband H.R.B.M. Kummeling, *Relatieve geheimhoudingsplichten*, Deventer 1997.

³⁷ Ervan uitgaande dat uit deze bepaling onder omstandigheden het recht op toegang tot overheidsinformatie inhoudt.

³⁸ *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Universiteit van Tilburg 2004, blz. 52.

³⁹ Idem.

instantie bij de rechter worden uitgevochten. De Afdeling is van oordeel dat dit – ook los van de vraag naar het juiste wettelijke kader – ongewenst is en van alle betrokken partijen nadrukkelijk aandacht behoeft.

De voorgaande beschouwing vormt voor de Afdeling de leidraad voor de beoordeling van het voorstel. Daarbij hanteert de Afdeling enerzijds als uitgangspunt dat de overheid in aansluiting op de hiervoor geschetste ontwikkelingen op een ruimhartige wijze uitvoering geeft aan de openbaarheidswetgeving. Openbaarheid van bestuur wordt in de huidige tijd gezien als een noodzakelijke voorwaarde voor het functioneren van onze democratie. Daarbij past niet een overheid die een defensieve basishouding aanneemt. Anderzijds dient voldoende oog te bestaan voor gerechtvaardigde belangen die aan openbaarheid van bestuur in de weg kunnen staan. Een te eenzijdige nadruk op toegang tot overheidsinformatie kan in bepaalde gevallen de kwaliteit van de besluitvorming en de effectieve werking van het openbaar bestuur aantasten. Tegen die achtergrond dient er voldoende ruimte te bestaan voor een zorgvuldige afweging ter zake van de vraag of bij de overheid berustende informatie al dan niet openbaar moet worden gemaakt.

Vanuit deze algemene gezichtspunten maakt de Afdeling over het voorstel de volgende opmerkingen.

3. Noodzaak van het voorstel

Ter onderbouwing van de noodzaak van het voorstel stelt de toelichting vast dat de afwegingen en ideeën uit de jaren 70 leidend zijn voor de huidige Wob en de daarop gebaseerde openbaarheidspraktijk. Daardoor wordt onder de huidige Wob te weinig informatie uit eigen beweging openbaar gemaakt, sluiten de uitzonderingsgronden teveel belangrijke informatie uit van publieke controle en kunnen verzoekers om informatie met hoge kosten worden geconfronteerd. Hiermee is Nederland volgens de toelichting achterop geraakt bij landen die recent een wet over openbaarheid van bestuur hebben aangenomen. De toelichting stelt dat in andere landen erkend wordt dat toegankelijkheid van publieke informatie vaak niet alleen een juridische aangelegenheid is, maar ook een praktisch probleem en een mentaliteitsprobleem.⁴⁰ In de toelichting wordt tevens verwezen naar de verschillende evaluaties waaruit blijkt dat de uitvoering van de Wob niet altijd optimaal verloopt.⁴¹

In de toelichting wordt terecht geconstateerd dat openbaarheid van bestuur geleidelijk een essentieel onderdeel is geworden van het hedendaagse democratische bestel. Terecht ook wijst de toelichting op de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen die de betekenis van het beginsel van openbaarheid van bestuur hebben versterkt. Vanuit dit perspectief onderschrijft de Afdeling de wens om de toepasselijke openbaarheidswetgeving te evalueren en kritisch tegen het licht te houden als dergelijke ontwikkelingen daartoe aanleiding geven. In dit licht bezien valt het de Afdeling op dat in de in de toelichting gegeven analyse van de huidige situatie sterk de nadruk wordt gelegd op tekorten in de huidige openbaarheidspraktijk. Blijkens de toelichting vormt de opvatting dat de ideeën over nut en noodzaak van

⁴⁰ Toelichting, paragraaf 1.1, derde alinea.

⁴¹ Toelichting, paragraaf 2.4, negende alinea.

openbaarheid onvoldoende weerklank vinden in de huidige Nederlandse praktijk, de belangrijkste aanleiding voor het wetsvoorstel.⁴²

Uitgaande van die opvatting is de Afdeling van oordeel dat de initiatiefnemer niet overtuigend aantoont dat een algehele herziening van de wet geïndiceerd is. Onvoldoende duidelijk wordt waarom het bestaande wettelijke kader niet voldoet. Een systematische en voldoende grondige bespreking van de knelpunten in de wetgeving ontbreekt. In dat verband wijst de Afdeling er op dat de huidige Wob, mede door zijn open formuleringen en door de daarin geboden afwegingsruimte, een flexibel systeem kent dat niet in de weg hoeft te staan aan de hiervoor geschetste ontwikkelingen. Meer in het bijzonder acht de Afdeling van belang dat de plicht tot actieve openbaarmaking die in het voorstel gedetailleerder wordt geregeld en in de toelichting met kracht wordt bepleit, reeds in de huidige wet is neergelegd. Voorts maakt de toelichting niet aannemelijk dat een door de initiatiefnemer als onterecht aangemerkte weigering om informatie te verstrekken het gevolg zou zijn van de huidige wet en niet van een in de ogen van de initiatiefnemer te ruime uitleg van de wettelijke uitzonderingsgronden.

Daar komt nog bij dat te gedetailleerde wetgeving met het oog op een goede uitvoering juist een verslechtering kan betekenen. De Afdeling wijst erop dat de huidige uitvoeringspraktijk van de Wob reeds gekenmerkt wordt door een grote mate van juridisering. Dit wordt onder meer veroorzaakt door het feit dat de Wob zo is ingericht dat per document, maar vaak ook per onderdeel of zelfs per alinea afgewogen moet worden of deze openbaar gemaakt kan worden. Daarnaast kent de Wob, anders dan de Algemene wet bestuursrecht, niet het vereiste dat een verzoeker om informatie belanghebbende hoeft te zijn. Het wetsvoorstel kent elementen die deze juridisering naar verwachting verder zullen versterken, zoals bijvoorbeeld het voorstel om alle absolute weigeringsgronden van de huidige wet om te zetten naar relatieve weigeringsgronden. Ook het gedetailleerde en gecompliceerde karakter van onderdelen van het voorstel, kan daaraan bijdragen. De Afdeling is daarom van oordeel dat het voorstel gemakkelijk kan leiden tot een nog verder gejuridiseerde uitvoeringspraktijk. Het belang van een goede en evenwichtige uitvoering wordt daarmee niet gediend.

Daarnaast merkt de Afdeling op dat, hoewel de huidige Wob historisch gezien uitgaat van een stelsel van documenten in papieren vorm, deze geen belemmering vormt voor openbaarmaking met behulp van moderne technologieën. Door de wijzigingen van de algemene regels op dit punt, zoals bijvoorbeeld de elektronische bekendmaking en de mogelijkheid om verzoeken langs elektronische weg in te dienen, is de huidige Wob met zijn open formuleringen voldoende toegerust om in de uitvoering nieuwe technologieën toe te passen. Voor zover op dit moment niet optimaal gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die de nieuwe technologieën bieden, lijkt dit eerst en vooral gerealiseerd te moeten worden door verbeteringen in de uitvoering.⁴³ Met het oog daarop acht de Afdeling het binnen het huidige wettelijk stelsel goed denkbaar dat de overheid met behulp van nieuwe technieken informatie vaker en eerder op actieve wijze openbaar maakt. Daarmee wordt niet alleen aangesloten bij de bedoeling van de Wob op grond waarvan reeds de actieve openbaarmakingsplicht geldt, maar kan ook een zekere reductie van de uitvoeringskosten worden bereikt.

⁴² Toelichting, paragraaf 1.1, tweede alinea.

⁴³ Zie ook het Rob rapport *Gij zult openbaar maken. Naar een volwassen omgang met overheidsinformatie*, september 2012, paragraaf 2.3.4.

De Afdeling merkt ten slotte op dat de inhoudelijke keuzes die in het voorstel zijn gemaakt met het oog op een goede en democratische bestuursvoering, in meerdere opzichten verregaande gevolgen zullen hebben. In de toelichting wordt terecht ingegaan op de verhouding tussen het belang van openbaarheid van bestuur en andere gerechtvaardigde belangen en de wijze waarop deze belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen.⁴⁴ Niettemin is de Afdeling van oordeel dat in het voorstel op belangrijke onderdelen te eenzijdig de nadruk is komen te liggen op waarborging van het recht op toegang tot overheidsinformatie als gevolg waarvan andere belangen in het gedrang kunnen komen.⁴⁵ In het voorstel manifesteert zich dit in het bijzonder in de als fundamenteel te beschouwen uitbreiding van de reikwijdte tot grote delen van de private sector, het voorgestelde recht op openbaarmaking van bepaalde ambtelijke documenten, de instelling van een geheel nieuw instituut, de Informatiecommissaris, met vergaande taken en bevoegdheden en in algemene zin de aanzienlijke uitvoeringsproblemen die het voorstel naar redelijke verwachting met zich zal brengen.⁴⁶ De Afdeling is van oordeel dat gelet op de thans gegeven toelichting een zodanig verstrekkende aanpassing van de openbaarheidswetgeving niet kan worden gerechtvaardigd.

Concluderend onderschrijft de Afdeling de wens om gegeven de maatschappelijke en technologische ontwikkelingen de toepasselijke openbaarheidswetgeving kritisch tegen het licht te houden. Zij is echter van oordeel dat in de toelichting een deugdelijke probleemanalyse met betrekking tot de knelpunten in het huidige wettelijke kader ontbreekt. Voor zover door de initiatiefnemer knelpunten worden gesignaleerd, liggen deze hoofdzakelijk op het terrein van de uitvoering, niet in de huidige wet zelf. In de toelichting wordt niet aannemelijk gemaakt dat een geheel nieuwe wet tot een betere uitvoering zal leiden. Voor zover een verandering van de praktijk wenselijk wordt geacht, lijken op die praktijk gerichte maatregelen eerder aangewezen. Daarnaast is de Afdeling van oordeel dat de manier waarop in het voorstel aan het belang van openbaarheid en het daarmee samenhangende recht op toegang tot overheidsinformatie vorm is gegeven, op bepaalde onderdelen te weinig rekening houdt met andere gerechtvaardigde belangen die in het geding zijn. De Afdeling acht het voorstel in die zin niet voldoende evenwichtig.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling niet overtuigd van de noodzaak en evenmin van de evenwichtigheid van het voorstel en adviseert zij daarom het voorstel nader te bezien.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

4. Uitbreiding reikwijdte organen

Het voorstel regelt dat diverse privaatrechtelijke organisaties onder de reikwijdte van de Wob gaan vallen. Daarbij gaat het niet alleen om de organisaties die in bijlage 1 bij het wetsvoorstel zijn genoemd. In artikel 2.2, eerste lid, onder c., 1^o worden tevens de publieke entiteiten uit de Wet naleving Europese regelgeving publieke entiteiten onder de Wob gebracht. Artikel 2.2., eerste lid, onder c., 2^o bepaalt verder dat de Wob van

⁴⁴ Met name in de toelichting, paragraaf 4.6.

⁴⁵ Toelichting, paragraaf 1.1, vijfde alinea.

⁴⁶ Deze punten zullen in het vervolg van het advies nog nader worden toegelicht.

toepassing is op rechtspersonen die zijn opgericht door een overheidsorgaan, rechtspersonen die een overheidsorgaan als aandeelhouder hebben, waarvan een of meer leden van het hoogste orgaan door een overheidsorgaan worden benoemd en rechtspersonen waarbij een overheidsorgaan op andere wijze overwegende invloed heeft op het beleid.⁴⁷ Uit de toelichting wordt niet duidelijk welke rechtspersonen dat precies zijn en welke informatie berustend bij instanties het daarbij precies betreft.⁴⁸ Onduidelijk is bijvoorbeeld of ook de politieke partijen onder het voorgestelde openbaarmakingsregime zullen vallen. Naar de letter van het voorstel lijkt dit niet het geval te zijn. Deze keuze komt de Afdeling arbitrair voor, nu andere instellingen die een overheidssubsidie ontvangen wel onder de uitgebreide reikwijdte van de wet zullen vallen. Het voorstel heeft voorts ook betrekking op organen die een publiek belang behartigen. Ook deze categorie is relatief onbepaald. De Afdeling heeft in het advies over de normering topfunctionarissen een kritische opmerking gemaakt over dit begrip 'publiek belang', omdat het in de praktijk moeilijk vast te stellen is wat hieronder valt.⁴⁹

De Afdeling constateert dat de uitbreiding van de Wob tot substantiële delen van de private sector samenhangt met het door de indiener gekozen perspectief op de verhouding tussen overheid en samenleving. In de toelichting wordt gesteld dat de klassieke wijze van controle op het bestuur, waarbij de burger afhankelijk is van de volksvertegenwoordiger niet meer voldoet.⁵⁰ Om die reden moet de burger rechtstreeks controle uit kunnen oefenen op de overheid en onder omstandigheden ook op instellingen in de 'semi-publieke' sfeer.⁵¹ De hier bedoelde "controle" wordt in de toelichting gelijkgesteld met de rechtstreekse verantwoordingsplicht van zowel overheidsorganen als private partijen richting de burgers.

De Afdeling is van oordeel dat aan deze benadering belangrijke bezwaren kleven. Door het onder de Wob brengen van verschillende private instellingen worden deze in de publieke sfeer getrokken als waren het bestuursorganen. Dit vormt een inbreuk op de autonomie van deze private instellingen. Kenmerk van deze autonomie is dat de instellingen de vrijheid hebben om hun organisatie naar eigen inzicht in te richten. Hieronder valt ook de wijze waarop zij omgaan met de in de instelling aanwezige informatie.⁵² Vanuit dit gezichtspunt hebben private instellingen in staatsrechtelijke zin

⁴⁷ Kennelijk wordt ervan uitgegaan dat het enkel oprichten van een rechtspersoon door de overheid of het feit dat de overheid daarin aandelen heeft (om hoeveel aandelen het moet gaan blijkt niet uit het voorgestelde artikel 2.1, eerste lid, onderdeel c onder 2) gelijk is aan het hebben van overwegende invloed door de overheid op die rechtspersoon.

⁴⁸ Het valt bijvoorbeeld op dat er een verschil is tussen de organen van artikel 2.2 onder b, waarbij het moet gaan om instellingen met jaarlijkse inkomsten van meer dan € 100.000 en organen van artikel 2.2 onder c, 2°, waarbij geen minimum financiële omvang wordt genoemd.

⁴⁹ Advies van de Raad van State van 27 augustus 2010 over het voorstel van wet houdende regels inzake de normering van bezoldigingen bij organisaties die volledig of in aanzienlijke mate uit publieke middelen worden bekostigd (Wet normering uit publieke middelen bekostigde bezoldiging topfunctionarissen), W04.10.0178/I.

⁵⁰ Toelichting, paragraaf 1.1.

⁵¹ Wat betreft de voorgestelde controle op semipublieke instellingen, dient te worden opgemerkt dat het begrip semipubliek in Nederland geen juridische betekenis heeft. Het onderscheid betreft slechts publieke en niet publieke, en dus private, organen.

⁵² In het verlengde hiervan rijst de vraag of de vergaande verplichtingen tot openbaarmaking die voor deze private organisaties op grond van het voorstel zullen gelden niet zo ver zullen reiken dat in sommige gevallen sprake kan zijn van inbreuk op het recht op eigendom zoals gegarandeerd in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM. Het gaat hier immers om informatie die toebehoort aan private instellingen. Voor zover deze informatie op geld waardeerbaar is, is er sprake van eigendom in de zin van dat artikel. Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM is het begrip eigendom in het EVRM namelijk niet beperkt tot fysieke zaken. Zie bijvoorbeeld EHRM, Anheuser-Busch Inc. t. Portugal, arrest van 11 januari 2007, nr. 73049/01, § 63." In dat arrest oordeelde het Hof: The concept of "possessions" referred to in the first part of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of physical goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions" for the purposes of this provision (...).

geen rechtstreekse verantwoordingsrelatie met de burger. Dat de private instelling voor bepaalde activiteiten subsidie ontvangt, doet daaraan niet af. In dat geval is er een verantwoordingsrelatie tussen de subsidieontvanger en de subsidieverstrekker. De subsidieverstrekker legt op zijn beurt verantwoording af aan de vertegenwoordigende organen. Door in een relatief groot aantal gevallen een rechtstreekse publiekrechtelijke verantwoordingsrelatie te veronderstellen tussen private instellingen en de burger komt, naar het oordeel van de Afdeling, een fundamentele breuk met de bestaande verhouding tussen de publieke en private sector tot stand.

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat de voorgestelde invoering van een directe controle waarbij de burger de ontvanger van overheidsgeld om verantwoording vraagt, onwenselijk is. Indien daar toch voor wordt gekozen, merkt de Afdeling op dat de toelichting niet ingaat op de gevolgen indien er sprake is van problemen bij deze verantwoording. Ook in dat geval zal de burger uiteindelijk de politiek verantwoordelijke functionaris moeten aanspreken. De Afdeling wijst erop dat het proces van afleggen van publieke verantwoording hiermee waarschijnlijk juist diffuser wordt, omdat partijen naar elkaar kunnen gaan wijzen. Indien het een probleem zou zijn dat organisaties die uit publieke middelen gefinancierd worden, zich te zeer aan verantwoording zouden kunnen onttrekken, zou primair bezien moeten worden of de verplichting van de verstrekker van overheidsfinanciën om openbare verantwoording af te leggen over de juiste besteding van de verstrekte middelen aanscherping behoeft. Op die manier blijft de verantwoordingsrelatie in staatsrechtelijke zin duidelijk.

De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande de uitbreiding van de reikwijdte van de Wob te heroverwegen.

5. Persoonlijke beleidsopvattingen

Artikel 11, eerste lid, van de huidige Wob bepaalt dat geen informatie verstrekt wordt over in documenten opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen. Artikel 1 van de Wob definieert een persoonlijke beleidsopvatting als een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van een persoon over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe aangevoerde argumenten. Achtergrond van deze bepaling is de vrijheid van gedachtewisseling bij de vormgeving van het beleid.⁵³ Deze vrijheid maakt het mogelijk dat de betrokkenen zich veilig voelen om onbelemmerd te spreken over verschillende beleidsalternatieven.

In de toelichting wordt het belang van vrije gedachtevorming onderschreven. Terecht wordt gesteld dat ambtenaren en bestuurders "vrijelijk met elkaar van gedachten [moeten] kunnen wisselen over een dossier, beleidsproces, ambtelijk advies of wetsontwerp." En verder: "Zij moeten hun persoonlijke beleidsopvattingen kunnen articuleren, zonder dat een dergelijk advies de volgende dag in de krant staat, of onderwerp vormt van parlementair debat." Vertrouwelijkheid en beleidsintimiteit worden als cruciaal ervaren. Echter, zo stelt de toelichting,⁵⁴ de uitzonderingsgrond is uitgebreid en in de praktijk opgerekt. Daarom wordt in het voorstel bepaald dat relevante feiten, overwogen voordelen en nadelen, kansen en risico's en alternatieve

⁵³ Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 38: "De beperking van de openbaarheid beoogt te bewerkstelligen dat bij de primaire vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten."

⁵⁴ Toelichting, paragraaf 4.6.2, onder g.

beleidsopties wel openbaar gemaakt moeten worden, tenzij dit ernstig nadeel toebrengt aan de bescherming van persoonlijke opvattingen.⁵⁵ Hierop kan een uitzondering worden gemaakt indien de betrokken persoon instemt met openbaarmaking. Beleidsalternatieven vallen niet langer onder de uitzonderingsgrond. Als in stukken beleidsopvattingen en andere gegevens met elkaar vervlochten zijn, moet het bestuur een samenvatting geven, aldus het voorstel.

De Afdeling is om verschillende redenen van oordeel dat dit voorstel onevenwichtig is. Ten eerste merkt de Afdeling op dat, hoewel de toelichting het belang van de vrije gedachteswisseling onderstreept, het voorstel dit uitgangspunt in de uitwerking aanzienlijk beperkt. De toelichting suggereert dat de bestaande uitzondering op openbaarmaking waarbij persoonlijke beleidsopvattingen niet openbaar worden gemaakt, wordt gecontinueerd.⁵⁶ De Afdeling is van oordeel dat van een dergelijke continuering geen sprake is. Ingevolge het voorstel geldt immers een uitzondering op openbaarmaking alleen wanneer door openbaarmaking een *ernstig nadeel* wordt toegebracht aan de bescherming van persoonlijke opvattingen. Dit betekent dat in andere gevallen geen beroep kan worden gedaan op deze uitzonderingsgrond. Voorts geldt op grond van het voorgestelde artikel 5.1, eerste lid, onder g, dat interne documenten openbaar dienen te worden gemaakt indien deze in een niet tot de persoon herleidbare vorm kunnen worden verstrekt of de betrokken persoon instemt met openbaarmaking. Deze uitzonderingen doen tezamen aanzienlijk afbreuk aan het in de toelichting gekozen uitgangspunt van de vrije gedachteswisseling tussen ambtenaren en bestuurders.

Het voorgaande roept, volgens de Afdeling, voorts de vraag op welke gevolgen de voorgestelde regeling zal hebben voor de verhouding tussen ambtenaar en minister en voor het functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid. Aannemelijk is dat de voorgestelde regeling ertoe zal leiden dat interne verschillen van opvatting eerder in de openbaarheid zullen komen. Dit geldt te meer nu blijkens artikel 5.1, eerste lid, onder g, als het gaat om persoonlijke beleidsopvattingen, niet de minister maar de betrokken ambtenaar beslist over openbaarmaking.⁵⁷ Staatsrechtelijk echter zijn in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid niet de opvattingen van ambtenaren maar die van bewindspersonen relevant.⁵⁸ De voorgestelde regeling zal in het licht van dit staatsrechtelijke uitgangspunt tot het ongewenste resultaat kunnen leiden dat minister en ambtenaar in bepaalde gevallen tegen elkaar worden uitgespeeld. De betrokken ambtenaar kan als gevolg van het voorstel in een moeilijke situatie terecht komen: als hij geen toestemming geeft om de ambtelijke stukken openbaar te maken wordt hij verdacht van het achterhouden van informatie, als hij dat wel doet kan hij in een conflictueuze situatie terecht komen ten opzichte van de minister en zijn collega-ambtenaren. De hiervoor genoemde bezwaren tegen openbaarmaking van persoonlijke beleidsopvattingen zijn reeds bij de totstandkoming van de huidige Wob

⁵⁵ Artikel 5.1, onder g.

⁵⁶ Toelichting, paragraaf 4.6.2, onder g.

⁵⁷ Het huidige artikel 11, tweede lid, van de Wob bepaalt reeds dat de informatie over persoonlijke beleidsopvattingen kan worden verstrekt indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd. In de memorie van toelichting is hierover destijds echter gesteld: "Daarnaast zal, gelet op de verantwoordelijkheid voor de bestuursvoering van het overheidsorgaan, ook na instemming van betrokkenen, het overheidsorgaan de vrijheid moeten hebben om de informatie niet te verschaffen." Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 38. Deze vrijheid van het bestuursorgaan om, ondanks toestemming van de betrokkene, niet tot verschaffing over te gaan is bevestigd in de rechtspraak. Zie onder meer ABRvS 17 februari 2010, nr. 200906298/1/H3.

⁵⁸ Zie in dezelfde zin het regeringsstandpunt in de memorie van antwoord bij de huidige Wob, Kamerstukken II 1987/88, nr. 6, blz. 13-14. Zie ook hierna.

onderkend en zorgvuldig afgewogen tegen het belang van de openbaarheid. De Afdeling is dan ook van oordeel dat hetgeen hieromtrent destijds is overwogen ook nu nog onverkort geldt.⁵⁹

Ten slotte wijst de Afdeling erop dat de voorgestelde regeling in de praktijk zeer complex en daarom moeilijk uitvoerbaar zal zijn. Zij kan leiden tot ongewenst risicomijdend gedrag. In bepaalde gevallen zullen ambtenaren de neiging hebben om zich in te dekken door onnodig veel op schrift te stellen en aan de minister voor te leggen. In andere gevallen zal juist worden vermeden om zaken aan het papier toe te vertrouwen. Voorts roept de regeling veel praktische interpretatievragen op. In de eerste plaats rijst bij de interpretatie van het voorgestelde artikel 5.1, eerste lid, onder g, de vraag naar de afbakening tussen persoonlijke beleidsopvattingen⁶⁰ enerzijds en feiten, beleidsalternatieven of de voor- en nadelen van een bepaald alternatief anderzijds en daarmee tevens de vraag naar de werkbaarheid van dit wettelijk voorgestelde onderscheid. De persoonlijke beleidsopvattingen en de hiervoor genoemde informatie zullen niet zelden door elkaar lopen.⁶¹ Voor het geval feiten, risico's, varianten en opvattingen met elkaar vervlochten zijn, is volgens de toelichting onder het nieuwe regime het bestuur gehouden een samenvatting te geven van de relevante feiten, risico's en alternatieven, zonder dat de persoonlijke beleidsopvattingen, overwegingen en adviezen van ambtenaren openbaar worden gemaakt.⁶² Dit wordt echter niet geregeld in het voorstel. Bovendien klemmt de vraag naar de proportionaliteit van een dergelijke verplichting tot het maken van samenvattingen, gelet op het, naar verwachting niet geringe, beslag op de tijd van de organen die een dergelijke samenvatting moeten gaan maken.⁶³

De Afdeling adviseert het voorgestelde openbaarmakingsregime met betrekking tot overwogen voordelen en nadelen, kansen en risico's en alternatieve beleidsopties in het licht van het bovenstaande te heroverwegen.

6. Uitvoerbaarheid/financiële gevolgen

⁵⁹ Kamerstukken II 1987/88, 19 859, nr. 6: "Ambtenaren [dienen] de vrijheid te hebben ongehinderd hun bijdrage te leveren aan de beleidsvoorbereiding of – uitvoering, en daarover te studeren, te brainstormen, anderszins te overleggen, nota's te schrijven etc. Zij moeten [...] in alle openhartigheid onderling functioneel kunnen communiceren, en ook openhartig met 'hun' bewindspersonen. Het is juist ter bescherming van hun rechtspositie, dat die communicatie niet a priori openbaar zou moeten zijn. Ambtenaren lopen dan het risico dat hun opvattingen in de politieke en publieke opinie tegen elkaar en tegen de opvattingen van 'hun' ministers uitgespeeld worden. Zij dreigen dan gemakkelijk betrokken te worden in een politieke discussie, terwijl in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid niet de opvattingen van ambtenaren staatsrechtelijk relevant zijn, maar juist de opvattingen van bewindspersonen." Overigens impliceert deze opvatting dat individuele ambtenaren er alleen aanspraak op kunnen maken dat zij niet betrokken worden in een politieke discussie, indien zij zelf zich in het openbaar terughoudend opstellen.

⁶⁰ Hoewel in de toelichting slechts over de bescherming van persoonlijke opvattingen van de ambtenaar wordt gesproken, rijst voorts de vraag in hoeverre het voorgestelde artikel 5.1, eerste lid, onder g ook van toepassing is op semipublieke instellingen. Aandacht dient te worden besteed aan de arbeidsrechtelijke gevolgen die verstrekking van gegevens door een medewerker van een dergelijke instelling (buiten het bestuur om) voor hem kan hebben (verstoorde arbeidsrelatie of zelfs ontslag).

⁶¹ Zie E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie*, 2005, blz. 168 e.v.

⁶² Toelichting, paragraaf 4.6.2, onder g.

⁶³ Wat betreft de voorgestelde openbaarmaking van documenten waarin beleidsalternatieven aan de orde komen, wijst de Afdeling er overigens op dat op grond van Aanwijzing 212 van de Aanwijzingen voor de regelgeving als richtlijn geldt dat dergelijke alternatieven reeds in de toelichting bij de voorgenomen regeling worden beschreven. Het is de minister zelf die eindverantwoordelijkheid draagt voor het openbaar maken oftewel het naar buiten brengen van een dergelijke toelichting en daarmee de overwogen alternatieven. De beantwoording van de vraag of deze aanwijzing in de praktijk altijd wordt opgevolgd is voor het principe dat het de minister zelf eindverantwoordelijk is voor de openbaarmaking van beleidsalternatieven niet van belang.

Het voorstel brengt nieuwe verplichtingen met zich voor organen die onder het bereik van het voorstel zullen vallen:

- het aantal organen dat onder de wet valt wordt aanzienlijk uitgebreid;
- overheidsorganen worden verplicht om een elektronisch toegankelijk openbaar register te maken en bij te houden. In dat register moeten in ieder geval de ter behandeling ontvangen documenten en de na behandeling verzonden of vastgestelde documenten worden opgenomen;⁶⁴
- daarnaast zal een uitgebreide actieve openbaarmakingsplicht gelden, waarbij allerlei soorten informatie uit eigen beweging openbaar zou moeten worden gemaakt binnen drie dagen na vaststelling of ontvangst van de informatie;⁶⁵
- verder wordt bepaald dat, indien een orgaan informatie openbaar maakt, dat in beginsel in een elektronische vorm, machineleesbaar en zodanig geschiedt dat de informatie geschikt is voor hergebruik;⁶⁶
- de huidige absolute uitzonderingsgronden worden relatief, hetgeen zwaardere belasting in tijd betekent wegens de verplichte afweging van belangen die daarvan het gevolg is;
- daarnaast wordt de regeling inzake openbaarheid van interne ambtelijke stukken aanzienlijk complexer.

De Afdeling onderkent dat er onder omstandigheden financiële voordelen kunnen zijn verbonden aan bepaalde door het voorstel beoogde wijzigingen van de openbaarheidspraktijk. Zo is aannemelijk dat, indien de overheid met behulp van moderne technieken snel en op een toegankelijke wijze overgaat tot actieve openbaarmaking, een zekere kostenbesparing kan worden gerealiseerd. Dat laat naar het oordeel van de Afdeling echter onverlet dat de toelichting van het voorstel te gemakkelijk voorbijgaat aan de vraag of elk afzonderlijk voorstel en het voorstel als geheel mede als gevolg van de uitbreiding van de voorgestelde verplichtingen, uitvoerbaar en proportioneel is. Zeker voor kleinere private organisaties waarop het voorstel van toepassing is, kan de vraag worden gesteld of het in de praktijk mogelijk zal zijn om aan de voorgestelde verplichtingen te voldoen zonder dat dit ten koste gaat van het uitvoeren van de primaire taken. Ook voor kleinere bestuursorganen kan deze vraag worden gesteld. Op dit punt mist de toelichting, naar het oordeel van de Afdeling, een zorgvuldige weging tussen het belang van openbaarheid en het beslag dat het voldoen hieraan zal leggen op de publieke middelen. Gelet op het feit dat er in de huidige financiële situatie veel druk ligt op het bestuur om in te krimpen en te besparen, ligt een dergelijke afweging te meer voor de hand.⁶⁷ Ook in de brief van de Minister van Binnenlandse Zaken aan de Tweede Kamer over het beleid inzake de Wet openbaarheid van bestuur wordt aandacht gevraagd voor deze afweging.⁶⁸

In algemene zin merkt de Afdeling op dat in de toelichting een onderbouwde paragraaf over de financiële gevolgen van het voorstel ontbreekt. Gelet op de stand van de overheidsfinanciën en de noodzaak tot het terugdringen van (de groei van) de

⁶⁴ Het voorgestelde artikel 3.2.

⁶⁵ Het voorgestelde artikel 3.3.

⁶⁶ Het voorgestelde artikel 2.4. Zie ook de uitzonderingen op de plicht om informatie in elektronische vorm openbaar te maken in het derde lid van het voorgestelde artikel 2.4.

⁶⁷ In dit verband kan worden gewezen op de wetgeving van Groot-Brittannië vrij nauwkeurig is bepaald dat een orgaan een verzoek mag afwijzen indien het voldoen hieraan te hoge kosten met zich meebrengt. Zie artikel 12 van de Freedom of Information Act 2000 en The Freedom of Information and Data Protection (Appropriate Limit and Fees) Regulations 2004.

⁶⁸ Kamerstukken II 2010/11, 32 802, nr. 1.

overheidsuitgaven, kan een dergelijke paragraaf niet gemist worden, temeer niet daar aannemelijk is dat het voorstel tot aanzienlijke kostenstijgingen kan leiden. De aanneme in de toelichting dat de positieve en negatieve financiële gevolgen van de wet voor organen met elkaar in balans zullen zijn omdat door het beter ontsluiten van de informatie deze ook intern beter beschikbaar is, is niet cijfermatig onderbouwd en naar het oordeel van de Afdeling, mede in het licht van het voorgaande, dan ook niet overtuigend. Daarbij worden overheidsorganen verplicht tot het maken van initiële kosten voor het opzetten van het digitale register. Ook hierbij is niet aangegeven aan welke bedragen gedacht moet worden.

De Afdeling adviseert in de toelichting specifiek in te gaan op de uitvoerbaarheid en de financiële gevolgen van het voorstel.

7. Informatiecommissaris

a. *Noodzaak*

Het voorstel stelt een nieuw bestuursorgaan in, te weten de Informatiecommissaris. De toelichting stelt ter onderbouwing van dit onderdeel van het voorstel dat het doel van de cultuuromslag van bestuurlijke geslotenheid naar openheid niet kan worden bereikt door alleen de wettelijke openbaarheidsverplichtingen die aan bestuursorganen worden opgelegd. De huidige cultuur van geslotenheid en het daarmee gepaard gaande informatiemonopolie van de overheid zou niet bevorderlijk zijn voor de burgerparticipatie in de politiek en in het beleid, zo blijkt uit de toelichting.⁶⁹ Daarnaast wordt erop gewezen dat de vele mogelijkheden die de ontwikkeling van de communicatie- en informatietechnologie met zich brengt (de digitale revolutie), onbenut zijn gebleven. Beoogd wordt met het voorstel een cultuurverandering in de publieke sector te faciliteren die past bij de gedigitaliseerde informatiesamenleving.⁷⁰

Ingevolge de toelichting zullen de verplichtingen tot het betrachten van actieve en passieve openbaarheid een zinvolle invulling moeten krijgen in de praktijk. Ook de Nationale ombudsman heeft eerder benadrukt dat het bij het contact tussen burger en overheid niet zozeer om een juridische strijd moet gaan, als wel om het zich coöperatief opstellen van het orgaan. Om deze normalisering in de verhouding tussen burger en overheid te bewerkstelligen en de implementatie van deze wet te bevorderen, wordt de functie van Informatiecommissaris gecreëerd. Diens taak is om organen en burgers te ondersteunen en om conflicten op te lossen door belangen bij elkaar te brengen, niet slechts door de juridische geschillen te beslissen, aldus de toelichting.⁷¹

De Afdeling is er niet van overtuigd dat het instellen van een Informatiecommissaris de veronderstelde problemen gaat oplossen. Zij wijst erop dat in plaats van een groter bewustzijn bij het bestuur als het gaat om de noodzaak van openbaarheid, overheidsorganen vermoedelijk eerder zullen neigen naar het verschuiven van de verantwoordelijkheid voor de juiste uitvoering van de wet naar de Informatiecommissaris. De Informatiecommissaris gaat immers blijkens het wetsvoorstel een deel van de afwegingen die een orgaan moet maken bij het afhandelen van een Wob-verzoek overnemen. Zo moet het orgaan bijvoorbeeld op

⁶⁹ Toelichting, paragraaf 1.1.

⁷⁰ Toelichting, paragraaf 4.7.1.

⁷¹ Toelichting, paragraaf 4.8, eerste alinea.

grond van artikel 4.6 toestemming hebben van de Informatiecommissaris om een verzoek af te wijzen op grond van misbruik van het recht op informatie. Voorts komt de procedure inzake administratief beroep bij de Informatiecommissaris in plaats van de bezwaarprocedure bij het bestuursorgaan dat de primaire beslissing heeft genomen. Omdat de gewone rechtsgang blijft bestaan nadat de Informatiecommissaris heeft geoordeeld over de afhandeling van een verzoek door het orgaan, wordt de procedure ook niet sneller of korter. Tevens kan het neerleggen van het administratief beroep bij de Informatiecommissaris leiden tot gecompliceerde situaties in het geval tegen een besluit van de Informatiecommissaris beroep bij de rechter wordt ingesteld door de verzoeker, door het orgaan aan wie het oorspronkelijke verzoek gericht was of door een derde belanghebbende. In al deze gevallen is de Informatiecommissaris immers in het beroep de verwerende partij, terwijl het tegelijkertijd een instantie beoogt te zijn die juridisering zou dienen tegen te gaan en waartoe alle betrokken partijen zich in alle vertrouwen zouden kunnen wenden.

De Afdeling is voorts van oordeel dat in de toelichting een deugdelijke afweging van kosten en baten van de instelling van een nieuw, als Hoog van College van Staat gepresenteerd instituut ontbreekt. Dit instituut zal een eigen ambtelijk apparaat krijgen met een eigen werkprogramma en eigen activiteiten. Het aantal taken en bevoegdheden dat de Informatiecommissaris krachtens het voorstel wordt toegekend is, zoals hierna nog zal worden toegelicht, aanzienlijk. Mede in verband met het omvangrijke takenpakket zal er een sterke behoefte ontstaan aan overleg tussen dit instituut, de bestaande bestuursorganen binnen de diverse overheidslagen en andere belanghebbenden. De vraag is of de baten hiervan, zeker in een tijd waarin ook op de overheid bezuinigd wordt, voldoende opwegen tegen de extra kosten. De vraag is of in plaats daarvan niet beter geïnvesteerd kan worden in verbetering van de uitvoering binnen het bestaande institutionele kader.

De Afdeling adviseert de instelling van een Informatiecommissaris in het licht van het bovenstaande te heroverwegen.

Onverminderd het vorengaande merkt de Afdeling met betrekking tot de Informatiecommissaris het volgende op.

b. Taken van de Informatiecommissaris

De Informatiecommissaris krijgt zeer uiteenlopende taken. Deze taken staan ten dienste van de bevordering van de toepassing van de nieuwe Wob en houden het volgende in:

- het geven van voorlichting;
- het monitoren en onderzoeken van en rapporteren over de uitvoering van deze wet in algemene zin of door specifieke organen in het bijzonder;
- het opleiden van personen werkzaam bij organen belast met de uitvoering van de wet;
- het op verzoek of uit eigen beweging adviseren van organen over de uitvoering van de wet;
- het publiceren van richtsnoeren ter bevordering van de openbaarmaking uit eigen beweging en de toegankelijkheid van informatie;

- het adviseren over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur die geheel of voor een belangrijk deel betrekking hebben op de toegankelijkheid en de openbaarmaking van informatie.⁷²

Daarnaast beslist de Informatiecommissaris op administratief beroep ingesteld tegen een besluit op grond van de nieuwe wet.⁷³ Daarbij geldt dat zijn beslissingen tot gegrond- of gedeeltelijke gegrondverklaring van het beroep een vergaande verantwoordelijkheidsverschuiving tot gevolg zal hebben. Zo verstrekt hij de betreffende informatie tegelijkertijd met een bekendmaking van een dergelijk positief besluit, tenzij naar verwachting het orgaan of een belanghebbende bezwaar daartegen heeft. Dat laatste staat ter beoordeling van de Informatiecommissaris, niet van het betrokken bestuursorgaan. Doet zich dat geval voor, dan wordt de informatie verstrekt twee weken nadat de beslissing is bekendgemaakt.⁷⁴

In de toelichting wordt de begroting van de Informatiecommissaris geschat op 10 miljoen euro per jaar. Deze schatting is gebaseerd op de huidige begroting van de Nationale ombudsman van 15,7 miljoen en een vergelijking van de zwaarte van takenpakketten.⁷⁵ De Afdeling wijst erop dat de taken van de Nationale ombudsman betrekking hebben op een veel kleiner aantal organen, omdat deze uitsluitend zien op de bestuursorganen die limitatief in de wet worden geregeld.⁷⁶ Daarnaast moet, alvorens de Nationale ombudsman een onderzoek kan instellen, de klager eerst proberen om met het betreffende bestuursorgaan zelf tot overeenstemming te komen.⁷⁷ Ten slotte kennen de artikelen 9:22 tot en met 9:24 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) een aantal gevallen waarin de Nationale ombudsman ofwel geen onderzoek mag instellen, ofwel geen onderzoek hoeft in te stellen.

Mede gelet op het voorgaande merkt de Afdeling op dat het aantal taken dat de Informatiecommissaris moet verrichten, vooral gelet op de omvang daarvan, waarschijnlijk groter is dan dat van de Nationale ombudsman. Met name de taak van het nemen van besluiten op administratief beroep zal leiden tot een groot beslag op de ambtelijke capaciteit. De toelichting stelt dat het de bedoeling is dat de Informatiecommissaris hierbij niet de terughoudendheid van de bestuursrechter mag betrachten door zich te beperken tot een rechtmatigheidstoetsing, maar het samenspel van belangen die bij de beslissing op een Wob-verzoek moeten worden betrokken, geheel opnieuw dient te wegen.⁷⁸ Dit betekent dat de Informatiecommissaris de besluitvorming van het bestuursorgaan opnieuw moet doen, wat met zich brengt dat elk afzonderlijk document opnieuw bekeken dient te worden om te bepalen of openbaarmaking terecht is afgewezen (bij een beroep door de verzoeker) of terecht is toegewezen (bij beroep door een derde belanghebbende). Nu de reikwijdte van de Wob wordt uitgebreid, zowel met betrekking tot de organen die onder de Wob gaan vallen, als met betrekking tot de uitzonderingsgronden die allemaal relatief worden, is het zeer de vraag of de Informatiecommissaris in staat zal zijn alle administratieve beroepen binnen de in het voorstel opgenomen termijn van 10 weken af te handelen.⁷⁹

⁷² Het voorgestelde artikel 7.2.

⁷³ Het voorgestelde artikel 7.3.

⁷⁴ Het voorgestelde artikel 8.2, vierde lid.

⁷⁵ Toelichting, paragraaf 5.2, vierde alinea.

⁷⁶ Artikel 1a, eerste lid, Wet Nationale ombudsman.

⁷⁷ Artikel 9:23 Awb.

⁷⁸ Toelichting, paragraaf 4.8.2, vierde alinea.

⁷⁹ Ter illustratie kan er op worden gewezen dat de Afdeling bestuursrechtspraak in de afgelopen jaren gemiddeld zo'n 60 uitspraken per jaar heeft gedaan in Wob-zaken. Aangenomen mag worden dat het aantal administratieve

De vraag is voorts of de Informatiecommissaris naast het afhandelen van de administratieve beroepen nog in voldoende mate kan toekomen aan het verrichten van de overige taken.

Daarnaast is de Afdeling van oordeel dat de cumulatie van taken de effectiviteit van de Informatiecommissaris in de weg staat. Indien de toegevoegde waarde van de Informatiecommissaris vooral zou moeten liggen in het bewerkstelligen van een omslag in de cultuur bij de organen die de Wob moeten uitvoeren, zoals de toelichting stelt,⁸⁰ kan het problematisch zijn dat de Informatiecommissaris ook besluiten neemt in administratief beroep en dwangsommen kan opleggen. Een bestuursorgaan dat geconfronteerd wordt met problemen bij het afhandelen van een Wob-verzoek zal wellicht minder geneigd zijn om de Informatiecommissaris om advies te vragen indien deze vervolgens in een latere fase het administratieve beroep over ditzelfde verzoek moet afhandelen. Ook de taken van het geven van richtsnoeren hoe omgegaan moet worden met het openbaar maken van informatie en het opleiden van ambtenaren op dit terrein verhouden zich slecht met de rol die de Informatiecommissaris krijgt bij de bestuursrechtelijke handhaving van de Wob. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek naar de interventiebevoegdheden van de Informatiecommissaris komt ook naar voren dat de meeste andere landen uitsluitend een adviesbevoegdheid aan deze Informatiecommissaris toekennen.⁸¹

De Afdeling adviseert het takenpakket van de Informatiecommissaris gelet op het bovenstaande nader te bezien.

c. Bevoegdheden van de Informatiecommissaris

Om zijn taken zoals hiervoor beschreven te kunnen vervullen krijgt de Informatiecommissaris een groot aantal handhavende en toezichthoudende bevoegdheden.⁸²

Deze bevoegdheden die de Informatiecommissaris krijgt ten behoeve van de uitoefening van zijn taken zijn:

- het opleggen van een last onder dwangsom aan het orgaan voor het niet naleven van in feite alle verplichtingen die voor hem op grond van de wet gelden.⁸³
- inlichtingen verlangen van een orgaan over de uitvoering van de wet;
- toegang hebben tot alle bij een orgaan berustende informatie;
- toegang hebben tot alle plaatsen waar zich informatie van een orgaan bevindt, behalve een woning;
- aanwezige informatie kopiëren of voor korte tijd meenemen ten einde elders kopieën te maken;
- getuigen onder ede horen.⁸⁴

beroepen hoger zal zijn dan dit aantal omdat op grond van de huidige wet via de bezwaarprocedure een aantal zaken reeds in den minne worden afgehandeld en na de uitspraak van de rechtbank ook niet steeds hoger beroep wordt ingesteld.

⁸⁰ Toelichting, paragraaf 4.8, eerste alinea.

⁸¹ Rapport 'De Informatiecommissaris', Rijksuniversiteit Groningen, 2007, blz. 8.

⁸² Deze bevoegdheden komen overeen met die van de Nationale Ombudsman.

⁸³ Het voorgestelde artikel 7.5.

⁸⁴ Het voorgestelde artikel 7.4.

In de toelichting wordt niet ingegaan op de noodzaak voor het toekennen van al deze bevoegdheden. De Afdeling onderkent dat de bevoegdheden voor een deel overeenkomen met die van de Nationale ombudsman. De Afdeling wijst er echter op dat, zoals hierboven reeds is gesteld, de Nationale ombudsman deze bevoegdheden uitsluitend kan aanwenden jegens een limitatief aantal bestuursorganen. De Informatiecommissaris gaat echter ook toezien op private instellingen. Met name de bevoegdheden tot het binnentreden en het meenemen van informatie strekken zeer ver. Bij het toekennen van deze bevoegdheden moet de noodzaak en de proportionaliteit overtuigend worden aangetoond.

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt nader te motiveren en zo nodig aan te passen.

8. Openbaarmaking adviezen Raad van State

Het voorstel schrapt artikel 26 van de Wet op de Raad van State. Dit artikel bevat een eigen openbaarmakingsregime voor de adviezen en voorlichtingen van de Afdeling advisering van de Raad van State en gaat daarmee voor op de algemene regeling van de Wob. Door het schrappen van dit artikel ontstaat de verplichting om de adviezen binnen drie dagen na vaststelling openbaar te maken. Ook de adviesaanvragen moeten op grond van het voorstel binnen drie dagen na ontvangst openbaar worden gemaakt.

De toelichting vermeldt dat adviezen en de daarop betrekking hebbende regelingen ingevolge artikel 26 van de Wet op de Raad van State pas openbaar worden bij indiening in de Tweede Kamer of bij bekendmaking op grond van het argument dat advisering in alle rust en kalmte moet plaatsvinden.⁸⁵ Dit argument heeft volgens de toelichting zijn kracht verloren, onder meer omdat voorstellen ter consultatie op internet worden gezet. De Afdeling wijst erop dat dit argument echter alleen voor de voorstellen zelf geldt en niet voor de adviezen van de Afdeling advisering. De toelichting gaat niet in op de reden waarom adviezen thans niet direct na vaststelling openbaar gemaakt worden. De reden hiervoor is dat het risico bestaat dat een weloverwogen reactie van de regering op de adviezen in gevaar komt. Een advies van de Afdeling kan reden zijn tot aanpassing van een voorstel voordat dit wordt ingediend. De beslotenheid van de fase van advisering biedt het kabinet de mogelijkheid om naar aanleiding van het advies van de Afdeling tot een vrije heroverweging te komen, zo is de heersende opvatting.⁸⁶

De Afdeling is van oordeel dat bovenstaande overwegingen hun geldingskracht hebben behouden. Indien niettemin een wijziging zou worden overwogen, geeft de Afdeling in overweging om een regeling op te nemen die vergelijkbaar is met artikel 24 van de Kaderwet adviescolleges. Dit artikel bepaalt dat de minister de kamers binnen drie maanden na ontvangst van een advies in kennis stelt van zijn standpunt hierover of anderszins gemotiveerd aangeeft waarom deze termijn niet haalbaar is. Denkbaar is dat een vergelijkbare bepaling wordt opgenomen in de Wet op de Raad van State met een nader door de wetgever te bepalen termijn. Een dergelijke regeling doet recht aan zowel aan de doelstelling van het bevorderen van de vrije heroverweging als aan het belang van het tijdig openbaar worden van de adviezen van de Afdeling. Een dergelijke

⁸⁵ Toelichting, paragraaf 4.3.1, *Raad van State*, tweede alinea.

⁸⁶ Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VII, nr. 17.

regeling zou ook een oplossing kunnen bieden voor die gevallen waarin een reactie van de regering of van de indiener lange tijd op zich laat wachten of zelfs geheel uitblijft. In het laatste geval wordt het advies nooit openbaar⁸⁷ hetgeen betekent dat het advies geen rol kan spelen in een eventuele latere (maatschappelijke) discussie over dat onderwerp.

De Afdeling wijst er overigens op dat artikel 21a, tweede lid, van deze wet, over de openbaarmaking van voorlichtingen die zijn gegeven aan een van beide kamers der Staten-Generaal, in het voorstel niet wordt aangepast. In de toelichting wordt ook geen aandacht besteed aan het tijdstip van openbaarmaking van dergelijke voorlichtingen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen indien alsnog wijziging van de bestaande regeling zou worden overwogen.

9. Overige opmerkingen

a. *Correctheid en volledigheid van de verstrekte informatie*

In artikel 2.4, vierde lid, wordt geregeld dat, indien het orgaan niet kan instaan voor de juistheid of volledigheid van de verstrekte informatie, het uitdrukkelijk een daartoe strekkend voorbehoud maakt. De toelichting stelt hierover dat, wanneer een orgaan willens en wetens minder betrouwbare informatie naar buiten brengt als ware deze betrouwbaar, transparantie en voorlichting trekken van propaganda dreigen aan te nemen die niet passen in een democratische rechtsstaat.⁸⁸ De Afdeling wijst erop dat deze bepaling slecht past in de systematiek van de Wob. Immers, een verzoeker hoeft niet te specificeren welke documenten hij wenst te ontvangen, maar uitsluitend het onderwerp waarop deze zien. Dit betekent dat het, met name bij grotere verzoeken, ook voor het orgaan dat het verzoek ontvangt, bijna onmogelijk is om met zekerheid te zeggen of de verstrekte informatie volledig is, mede in het licht van de korte termijnen waarbinnen een verzoek behandeld dient te worden. Dit zal in de praktijk al snel betekenen dat een orgaan bij een verstrekking voor de zekerheid een disclaimer moet opnemen omtrent de volledigheid van de gegeven informatie.

Met betrekking tot de juistheid van de verstrekte informatie is de voorgestelde bepaling eveneens moeilijk in de Wob in te passen. Een orgaan moet immers niet alleen informatie verstrekken die het zelf heeft opgesteld, maar ook ontvangen informatie van derden. Een orgaan dat een rapport van een derde in bezit heeft dat betrekking heeft op het onderwerp van het Wob-verzoek, zal dit in veel gevallen moeten verstrekken zonder dat het orgaan daarbij kan instaan voor de juistheid van dit rapport. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor door derden ingezonden brieven die onder de strekking van het Wob-verzoek vallen. Ook in dit geval zal het orgaan daarom in zeer veel situaties moeten aangeven niet te kunnen instaan voor de correctheid van de verstrekte informatie.

Mede in het licht van het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat in beide hiervoor bedoelde gevallen er geen sprake hoeft te zijn van het willens en wetens verstrekken van minder betrouwbare informatie. Daarnaast wordt niet duidelijk wat het gevolg is van een aantekening van het orgaan dat de verstrekte informatie niet volledig of correct

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2000/2001, 27 236 en Kamerstukken II 2000/01, 27 611.

⁸⁸ Toelichting, Artikelsgewijs, artikel 2.4.

is. De Afdeling wijst erop dat de vaste rechtspraak over de juistheid en volledigheid van de verstrekte informatie inhoudt dat verstrekking van informatie door het bestuursorgaan niet de weg opent naar een beoordeling van de juistheid van de informatie door de rechter.⁸⁹ Het is daarmee niet duidelijk in hoeverre het wel of niet opnemen van de disclaimer dat de verstrekte informatie mogelijk onvolledig of onjuist is, rechtsgevolgen heeft.

De Afdeling adviseert in het licht van het bovenstaande artikel 2.4, vierde lid, te schrappen.

b. *Vertrouwelijke verstrekking*

In artikel 5.1 van het voorstel wordt geregeld in welke gevallen de openbaarmaking van de informatie achterwege kan blijven. Openbaarmaking van informatie blijft achterwege voor zover door openbaarmaking ernstig nadeel wordt toegebracht aan één van de belangen genoemd in het eerste lid van dat artikel, waaronder de veiligheid van de staat, de eenheid van de Kroon of de betrekkingen van Nederland met andere landen en staten en met internationale organisaties. Ondanks dat er sprake kan zijn van ernstig nadeel ten aanzien van deze belangen, kan de gevraagde informatie op grond van artikel 5.1, vierde lid, vertrouwelijk worden verstrekt aan de aanvrager wanneer klemmende redenen deze verstrekking rechtvaardigen. Van deze situatie is volgens de toelichting sprake, als blijkt dat het achterwege blijven van openbaarmaking van informatie voor een bepaald individu onevenredig nadelig blijkt te zijn.⁹⁰ Een dergelijke vertrouwelijke verstrekking maakt een inbreuk op het uitgangspunt van de Wob dat informatie die aan één persoon wordt verstrekt daarna voor een ieder openbaar is. Uit de toelichting wordt niet duidelijk in welke gevallen een dergelijke vertrouwelijke verstrekking aan de orde zou moeten zijn. In de eerder genoemde evaluatie van de Universiteit van Tilburg wordt gewezen op de praktijk met betrekking tot verzoeken om inzage ten behoeve van wetenschappelijk onderzoek.⁹¹ Het artikel ziet in ieder geval niet op verzoeken om inzage in documenten die betrekking hebben op het dossier dat een orgaan over de verzoeker heeft. Hiervoor gelden specifieke regelingen die los staan van de Wob.⁹² Waar het persoonsgegevens betreft is daarnaast het inzagerecht van de Wet bescherming persoonsgegevens van toepassing.⁹³

In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag welke problemen de huidige regeling in de Wob oplevert met betrekking tot inzage in informatie voor wetenschappelijk onderzoek. De Afdeling is van oordeel dat, indien het de bedoeling is dat artikel 5.1, vierde lid, uitsluitend moet dienen voor het kunnen toestaan van inzage voor wetenschappelijk onderzoek, deze beperking in de wet moet worden geregeld. Indien er andere gevallen bestaan waarin vertrouwelijke verstrekking wenselijk zou kunnen zijn,⁹⁴ adviseert de Afdeling om in de toelichting specifiek aan te geven aan welke gevallen gedacht moet worden en waarom in die gevallen vertrouwelijke verstrekking

⁸⁹ Zie onder meer ABRvS 25 februari 2000, nr. 199902378/1 (Gst. 2000, 7123, 5 C.P.J. Goorden) en ABRvS 1 juli 2009, nr. 200807557/1/H3 (AB 2009, 289 m.nt. P.J. Stolk).

⁹⁰ De hier voorgestelde regeling over selectieve openbaarheid is gebaseerd op het voorstel gedaan in het Tilburgse rapport *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Universiteit van Tilburg 2004, blz. 20 e.v.

⁹¹ *Over wetten en praktische bezwaren. Een evaluatie en toekomstvisie op de Wet openbaarheid van bestuur*, Universiteit van Tilburg 2004, blz. 21.

⁹² Toelichting, paragraaf 2.2, tweede alinea.

⁹³ Artikel 35 Wbp.

⁹⁴ Gedacht kan worden aan vertrouwelijke verstrekking van gegevens van een kind dat in een inrichting zelfmoord heeft gepleegd, aan zijn ouders. Deze gegevens zijn alleen voor de ouders van belang. Zie in dit verband ABRvS, 27 april 2011, LJN BQ2643.

noodzakelijk is. De Afdeling adviseert de toelichting aan te vullen en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

c. *Sancties overtreden van de voorwaarden aan vertrouwelijke verstrekking*
Aan de zogenoemde selectieve verstrekking, besproken in punt b., kunnen voorwaarden worden verbonden. Een voorbeeld is dat de verzoeker de verstrekte informatie niet of slechts beperkt verder mag verspreiden.⁹⁵ De vraag die in het voorstel noch in de toelichting wordt beantwoord, is op welke manier het overtreden van een dergelijke voorwaarde van een sanctie kan worden voorzien. Een dreiging van een serieuze sanctie is wezenlijk, nu de schade aan de in het geding zijnde belangen die het overtreden van de gestelde voorwaarden kan veroorzaken, ernstig kan zijn. De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen en een sanctie op te nemen voor het schenden van de voorwaarden aan vertrouwelijke verstrekking.

d. *Openbaarmaking na vijf jaar*

Artikel 5.1, derde lid, regelt dat informatie die niet openbaar is gemaakt vanwege een ernstig nadeel dat deze openbaarmaking zou toebrengen aan een van de belangen genoemd in artikel 5.1, eerste lid, alsnog openbaar gemaakt wordt, wanneer meer dan vijf jaren zijn verstreken sinds het ontstaan van het belang, tenzij het orgaan een besluit neemt waaruit blijkt dat hetzelfde belang zich nog steeds verzet tegen de openbaarmaking. De Afdeling wijst erop dat in de Archiefwet 1995 reeds bepalingen zijn opgenomen over de openbaarheid van in het verleden opgestelde documenten. De Archiefwet 1995 verplicht overheidsorganen om overheidsinformatie voor bepaalde tijd te bewaren en toegankelijk te maken. De wet bevat minder uitzonderingsgronden voor openbaarheid dan de Wob, waardoor een aantal weigeringsgronden uit de Wob door het verouderen van de betrokken informatie hun toepasselijkheid verliezen. Bij de totstandkoming van de Wob is hierover opgemerkt: 'De Archiefwet dient een nog grotere mate van openbaarheid van overheidsdocumenten te verzekeren dan aanwezig is in de fase waarin de stukken nog betrekking hebben op het actuele doen en laten van de overheid.'⁹⁶ De termijn voor het overbrengen van documenten naar een archiefbewaarplaats is twintig jaar. Uit de toelichting blijkt niet wat de verhouding is tussen de voorgestelde bepaling 5.1, derde lid en de Archiefwet 1995.

Daarnaast roept de voorgestelde bepaling 5.1, derde lid, verschillende vragen op. Ten eerste is niet duidelijk vanaf welk moment de termijn van vijf jaar begint te lopen, omdat bijvoorbeeld niet duidelijk is wanneer, volgens de terminologie van het voorstel, kan worden gesteld dat het belang van de eenheid van de Kroon is ontstaan. Ten tweede is niet duidelijk of de beslissing om de informatie na vijf jaar alsnog openbaar te maken, door het bestuursorgaan zelf moet worden genomen en op eigen initiatief of dat daartoe een verzoek moet worden gedaan. Indien het eerste het geval zou zijn acht de Afdeling de bepaling niet goed uitvoerbaar. De Afdeling adviseert daarom van deze bepaling af te zien.

e. *De mogelijkheid om bij amvb bijlage I van de wet te wijzigen*

In artikel 8.7 van het voorstel wordt bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur bijlage 1, waarin de lijst van rechtspersonen of instellingen met een publieke taak is opgenomen, kan worden gewijzigd. De Afdeling wijst erop dat een bijlage bij een wet

⁹⁵ Toelichting, paragraaf 4.6.1.

⁹⁶ Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 11-12.

integraal onderdeel is van deze wet.⁹⁷ Dit betekent dat een dergelijke bijlage ook op het niveau van een formele wet dient te worden gewijzigd.⁹⁸ Het wijzigen van een formele wet door middel van een algemene maatregel van bestuur is onwenselijk, omdat dit vragen oproept over de status van de aldus gewijzigde bepaling.⁹⁹ De Afdeling adviseert daarom artikel 8.7 te schrappen.

De vice-president van de Raad van State,

⁹⁷ Zie aanwijzing 94 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁹⁸ Zie aanwijzing 34 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁹⁹ Zie aanwijzing 223 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.