

Aan: Jozef Kersten, raadsgriffier gemeente Arnhem
Van: Hansko Broeksteeg, hoogleraar staatsrecht Radboud Universiteit
Betreft: advies omtrent geheimhouding

1. Onderzoeksopdracht

Aan mij is het volgende voorgelegd: de gemeenteraad van Arnhem wil naar aanleiding van een recente casus meer juridische duidelijkheid en advies over het geheimhoudingsregime, mede in licht van de recente wijziging van de Gemeentewet, die per 1 april a.s. in werking treedt. Hij heeft behoefte aan een advies over de juridische kaders, zodat duidelijk wordt wat de politieke ruimte is om daarbinnen keuzes te maken. Hieronder beantwoord ik de vragen die mij zijn gesteld.

2. Geheim vs. vertrouwelijk

De gemeenteraad heeft in 2011 bepaald dat er naast geheimhouding op grond van de Gemeentewet geen tweede vorm van niet-openbaarheid (zoals: ‘vertrouwelijkheid’) kan bestaan. Recent is dit door een casus ter discussie gesteld en moet de vraag worden beantwoord: is een strikte scheiding tussen openbare informatie en geheime informatie, of is een tussenvariant in de vorm van vertrouwelijkheid wenselijk? Daarmee is bedoeld dat het college niet-openbare en niet-geheime informatie kan aanbieden aan de raad. De vragen luiden als volgt: Wat is het actuele juridische kader (wetgeving en jurisprudentie) ten aanzien van vertrouwelijke informatievervalsing? Wat is ter zake mogelijk? Hoe kan het verschaffen van vertrouwelijke informatie vanuit een visie op rol en functie van een gemeenteraad beschouwd worden? Wat is ter zake wenselijk?

De Gemeentewet gaat in beginsel uit van openbaarheid, voor zowel raadsvergaderingen als documenten die onder de raad berusten. Daarop kent de Gemeentewet een duidelijke uitzondering: raadsvergaderingen kunnen besloten zijn (art. 23 Gemeentewet) en de raad kan geheimhouding op documenten leggen. Dat is nu geregeld in art. 25 Gemeentewet; vanaf 1 april treedt, zoals gezegd, een wetwijziging in werking, waardoor deze regeling in art. 87 e.v. Gemeentewet is opgenomen.

Kort weergegeven komt die regeling op het volgende neer: de raad, het college, de burgemeester en commissies kunnen geheimhouding op stukken leggen. Zij doen dat dan op grond van een belang, genoemd in art. 5.1 Wet open overheid (Woo, de rechtsopvolger van de Wet openbaarheid van bestuur, Wob). Zij kunnen de stukken waarop zij geheimhouding hebben gelegd ook aan andere organen van de gemeente verstrekken. Bijvoorbeeld: het college kan geheime stukken aan de raad overleggen; het presidium (een raadscommissie) kan geheime stukken aan de raad overleggen. De raad kan die geheime stukken overigens ook weer aan andere verstrekken. Hij kan daarvoor regels vaststellen (ik kom hierop later terug). De verplichting van geheimhouding geldt voor iedereen die kennis heeft van (de inhoud van) de stukken. Het orgaan dat de geheimhouding heeft opgelegd, kan deze opheffen; indien geheime stukken aan de raad zijn verstrekt, kan (naast dus het ambt dat de geheimhouding heeft opgelegd) ook de raad de geheimhouding opheffen. Schending van de geheimhouding kan strafrechtelijk (art. 272 Wetboek van Strafrecht) én politiek worden

gesanctioneerd. De raad kan namelijk besluiten om het betreffende raadslid voor maximaal drie maanden uit te sluiten van het ontvangen van geheime informatie.

In dit verband is relevant dat de Gemeentewet alleen het onderscheid openbaar-geheim kent. De Gemeentewet kent geen regeling inzake vertrouwelijkheid. De raad kan in zijn reglement van orde of in een protocol wel regels stellen omtrent vertrouwelijkheid. Dat komt in diverse gemeenten voor. Het gaat dan om niet-geheime informatie, waarvan het – kort gezegd – toch beter is dat deze niet gedeeld wordt. Het is echter ten eerste de vraag of het verstandig is om zo'n 'tussencategorie' vast te leggen. In de eerste plaats is het, vanwege het gebrek aan een wettelijke regeling, niet duidelijk wat de juridische status is van vertrouwelijkheid. De betreffende stukken zijn niet geheim: betekent dit bijvoorbeeld dat raadsleden er wel vertrouwelijk met anderen over mogen praten (hetgeen met geheime stukken uit den boze is? In ieder geval geldt dat schending van vertrouwelijkheid niet te sanctioneren valt. Immers, de sancties die het Wetboek van Strafrecht en de Gemeentewet formuleren, hebben alleen betrekking op geheimhouding. Een raadslid dat vertrouwelijke informatie openbaart, ondervindt daarvan geen gevolgen. Het lijkt er daarom op dat vertrouwelijkheid meer een fatsoensnorm dan een juridische norm is.

Het voorgaande betekent ook, dat de constructie, waarin het college informatie aan de raad verschaft, die niet geheim is, maar waarvan het college de raad vraagt deze niet verder te openbaren, juridisch onduidelijk is. Het college merkt deze informatie dan niet als geheim aan; het kan de raad wel vragen om deze informatie niet verder te openbaren, maar dat is dan niet meer dan een moreel appel, waarvan niet-naleving geen juridische gevolgen kan hebben.

Kortom, de kwalificatie vertrouwelijk als tussenvariant tussen openbaar en geheim roept zoveel (juridische) vragen op, dat het (mij) onwenselijk lijkt om deze variant in het reglement van orde of een protocol te introduceren. Indien informatie niet verder verspreid moet worden, dan past de kwalificatie geheim. Vanzelfsprekend kan het college een appel doen op de raad om terughoudend met bepaalde informatie om te gaan. Dat kan het echter juridisch niet afdwingen. Informatie waarvan het college vraagt om daarmee terughoudend om te gaan, is gewoon openbaar.

Ten slotte: bij informatieverstrekking 'onder embargo' moet duidelijk zijn (en worden gemaakt in of op het document) dat de informatie geheim is, tot het moment waarop het embargo verstrijkt. Tot die tijd geldt het reguliere geheimhoudingsregime, zoals dat hiervoor is uiteengezet.

3. De verhouding Gemeentewet/Awb/Woo

Kan art. 2:5 Awb, waarin een bestuursrechtelijke geheimhoudingsplicht is opgelegd, van toepassing zijn op een raadslid? Zo ja, in welke situaties is dat het geval? Stel dat stukken niet openbaar zijn gemaakt in de zin van de Woo en dat zulks bij raadsleden bekend is, geldt dan voor raadsleden een geheimhoudingsplicht op grond van art. 2:5 Awb?

Art. 2:5 Awb legt een geheimhoudingsplicht op voor personen, die betrokken zijn bij de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan en die de beschikking krijgen over gegevens waarvan zij het vertrouwelijke karakter (moeten) kennen én voor wie niet reeds uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift een geheimhoudingsplicht geldt. (Nota bene: vertrouwelijk betekent hier: geheim.) In het commentaar op art. 2:5 Awb wordt weergegeven: 'Het gaat om een bepaling met een aanvullend karakter, in

die zin dat het artikel niet van toepassing is indien een bijzonder geheimhoudingsregime uit hoofde van een ambt of beroep of een wettelijk voorschrift geldt'. Met andere woorden: indien art. 25 Gemeentewet van toepassing is, vindt art. 2:5 Awb geen toepassing. De Gemeentewet 'derogeert' hier derhalve aan de Awb, met andere woorden: gaat vóór de Awb. Kortom, art. 2:5 Awb heeft voor raadsleden geen betekenis, indien art. 25 Gemeentewet van toepassing is. Art. 2:5 Awb zou betekenis kunnen hebben, indien een raadslid 'bij toeval' (zie ook hierna) op de hoogte raakt van geheime documenten die bij anderen, bijvoorbeeld ambtenaren, berusten. Dan is er voor raadsleden wellicht geen geheimhouding opgelegd, maar kan het raadslid wel weten dat geheimhouding geldt. De gevolgen van schending van art. 2:5 Awb zijn overigens hetzelfde als van art. 25 Gemeentewet: art. 272 Wetboek van Strafrecht is dan van toepassing.

Dan de verhouding Gemeentewet/Woo: hier geldt dat de regeling van art. 169, tweede en derde lid (en 180, tweede en derde lid), Gemeentewet prevaleert voor de Woo. Concreet betekent dit, dat informatie die op grond van de Woo wordt verstrekt, ook altijd (openbaar) aan raadsleden moet worden verstrekt. Dat is logisch, want informatie die op grond van de Woo is verstrekt, is voor een ieder openbaar. Hieruit volgt ook, dat inlichtingen die met een weigeringsgrond van de Woo *niet* kunnen worden verstrekt, onder omstandigheden wél (in de regel met geheimhouding) aan de raad kunnen worden verstrekt.

Indien een raadslid kennis heeft of krijgt van informatie die op grond van de Woo *niet* aan anderen is verstrekt, dan is relevant of 1. deze informatie aan het raad is verstrekt (bijvoorbeeld door het college) en 2. of daarop op grond van de Gemeentewet geheimhouding is gelegd:

- indien het college de informatie niet aan de raad heeft verstrekt en het is voor het raadslid duidelijk dat het nochtans geheime informatie is (hij kent het vertrouwelijke karakter of kan dat redelijkerwijs vermoeden), dan geldt de geheimhoudingsplicht van art. 2:5 Awb;
- indien het college de informatie aan de raad heeft verstrekt, waarop geheimhouding is gelegd, dan geldt het regime op grond van de Gemeentewet (na 1 april art. 87 e.v.);
- indien het college de informatie aan de raad heeft verstrekt, maar daarop geen geheimhouding heeft gelegd, dan is het het raadslid niet verboden deze informatie te delen met anderen.

Art. 2:5 Awb geldt in deze verhouding bijvoorbeeld ook voor ambtenaren, die in de op grond van de Woo opgevraagde stukken weglakkingen moeten aanbrengen, of moeten beoordelen of deze stukken integraal moeten worden geweigerd. Denkbaar is dat een raadslid kennis krijgt van deze stukken door verstrekking ervan door het college. In dat geval heeft het college ervoor gekozen al dan niet geheimhouding op te leggen. Dan geldt, zoals gezegd, het regime van de Gemeentewet. Denkbaar is ook dat het raadslid op andere wijze aan deze stukken is gekomen. In dat geval moet hij zich er dus van vergewissen of dat het geheime stukken zijn. Zoals beschreven, kan art. 2:5 Awb dan van toepassing zijn.

Nota bene: het is opvallend dat in de juridische literatuur geen aandacht wordt besteed aan de verhouding tussen de geheimhoudingsbepalingen van de Gemeentewet en art. 2:5 Awb. In de bestuursrechtelijke literatuur ter zake wordt geen verbinding gelegd met de Gemeentewet; andersom geldt dat in de staatsrechtelijke literatuur, ook in de meest gedetailleerde, art. 2:5 Awb volstrekt buiten beeld blijft. Hierboven heb ik

de verhouding geschetst, zoals die mij op grond van de wetsartikelen en de uitleg daarbij, het meest logisch voorkomt.

4. Inlichtingenrecht en persoonlijke beleidsopvattingen

De relatie tussen het inlichtingenrecht van de gemeenteraad (artikel 169, derde lid, Gemeentewet) en het verstrekken van persoonlijke beleidsopvattingen (artikel 5.2 Woo) is precair. Enerzijds kunnen, met het oog op transparantie, persoonlijke beleidsopvattingen niet als grond gelden om informatie niet openbaar te verstrekken. Anderzijds kunnen persoonlijke beleidsopvattingen wel als grond gelden om informatie niet te openbaren, bijvoorbeeld om een veilig werkklimaat van ambtenaren te waarborgen. Bezien vanuit de rol van de gemeenteraad en gezien de opvattingen van de wetgever, hoe zou dan de relatie tussen het inlichtingenverzoek van de raad en persoonlijke beleidsopvatting van ambtenaren als mogelijke weigeringsgrond gestalte gegeven kunnen worden? Wanneer en onder welke omstandigheden moeten/kunnen persoonlijke beleidsopvattingen worden verstrekt en is er hierbij ruimte voor het – niet openbaar– verstrekken van documenten die persoonlijke beleidsopvattingen bevatten? Welke overwegingen spelen een rol in de belangenafweging?

Art. 169, derde lid, Gemeentewet bevat de verplichting voor het college om aan de raad de inlichtingen te verschaffen, waar hij om heeft gevraagd. De uitzondering daarop luidt, dat het verstrekken in strijd kan zijn met het openbaar belang. In de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 19 403, nr. 2, p. 40-41) is dat aldus uitgelegd dat zwaarwegende belangen zich tegen het verstrekken van inlichtingen kunnen verzetten. Het college kan dan een beroep doen op het openbaar belang; de raad zal moeten oordelen of dit beroep slaagt (waarbij de ‘sanctionering’ ad ultimo het ontslag van de betreffende wethouder(s) is). Duidelijk is, dat openbaar belang een vaag criterium is. Het is ook wel aangeduid als een containerbegrip: er valt in, wat men erin wil gooien. Munneke merkt in zijn proefschrift op, dat zelfs in hoofdlijnen niet kan worden aangegeven wanneer sprake is van openbaar belang (Inlichtingenplichten en verschoningsgronden in het staatsrecht, diss. RuG, Deventer: Kluwer 2006, p. 272-274).

Persoonlijke beleidsopvattingen kunnen, zo bezien, onder de reikwijdte van openbaar belang vallen. Het college zal, indien de raad om inlichtingen vraagt, moeten afwegen of persoonlijke beleidsopvattingen verstrekt kunnen worden. Juridisch gezien zijn persoonlijke beleidsopvattingen overigens weinig relevant. Het zou de raad immers moeten gaan om de besluiten en het handelen van het college, niet van de onder hem ressorterende ambtenaren. Het college zal in de ‘officiële’ raadsstukken laten zien welke belangen het heeft afgewogen om tot een bepaald besluit te komen. Het is niettemin denkbaar dat de raad om politieke redenen dieper inzicht wil krijgen in de afwegingen van het college, en meer specifiek welke informatie en adviezen het college heeft gehad. De raad moet daarmee wel prudent omgaan: ambtenaren moeten loyaal aan het college zijn én zij moeten zich vrij voelen het college te adviseren. Indien de raad (te) vaak inzicht wil krijgen in de persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren, kan dat hun positie politiseren (zij kunnen onderdeel worden van een politieke discussie) én het zou eraan bij kunnen dragen dat ambtenaren voorzichtiger worden in hun (schriftelijke) adviezen aan het college.

Kortom, het college kan weigeren de persoonlijke beleidsopvattingen aan de raad te verschaffen, met een beroep op het openbaar belang. Dat kan erin gelegen zijn

dat het college (de positie van) ambtenaren wil beschermen. Dat kan een terechte weigeringsgrond zijn, overigens (zoals gezegd) ter beoordeling van de raad.

De juridische systematiek laat het echter niet toe de persoonlijke beleidsopvattingen geheim aan de raad te verstrekken. Immers, het nieuwe art. 87 Gemeentewet bepaalt, dat de raad, het college, de burgemeester en een commissie op grond van een belang, genoemd in art. 5.1 lid 1 en lid 2 Woo een verplichting tot geheimhouding kunnen opleggen. De persoonlijke beleidsopvattingen zijn daarin niet genoemd, maar geregeld in art. 5.2 Woo. Dat betekent dat persoonlijke beleidsopvattingen géén geheimhoudingsgrond zijn.

De systematiek van het verstrekken van inlichtingen en het opleggen van geheimhouding zijn, zo blijkt hieruit, door de wetgever onvoldoende op elkaar afgestemd: de Gemeentewet betreft de verhouding college-raad, terwijl de Woo de verhouding overheid-burger betreft. Door de weigeringsgronden van de Woo in de geheimhoudingsregeling van de Gemeentewet op te nemen, ontstaat – zo blijkt uit het voorgaande – een ingewikkelde regeling (vgl. S.A.J. Munneke, ‘De Wob is niet de Grondwet!’, parlement.com, 25 januari 2021).

In de landelijke politiek lijkt een tendens zichtbaar om ruimhartiger om te gaan met de verstrekking van documenten, waarin persoonlijke beleidsopvattingen zijn vervat. Dat is onder meer zichtbaar in de ‘Rijksbrede instructie voor het behandelen van Woo-verzoeken’. Hoewel deze instructie betrekking heeft op Woo-verzoeken, kan hetzelfde gelden voor de inlichtingenplicht die ministers en staatssecretarissen jegens de Kamers hebben (art. 68 Grondwet). Het kabinet heeft expliciet te kennen gegeven dat het persoonlijke beleidsopvattingen niet langer wil toepassen als weigeringsgrond voor het verstrekken van inlichtingen aan het parlement. Wel geldt: één zwaluw maakt nog geen zomer. Het is maar de vraag in hoeverre deze nieuwe praktijk bestendig zal zijn. De regering lijkt soms terughoudend om persoonlijke beleidsopvattingen te openbaren en de Kamer is daar dan kritisch over (zie bijvoorbeeld recent Kamerstukken II 2022/23, 28362, F). Toch valt er, zoals gezegd, voor terughoudendheid wel wat te zeggen: de openbaarmaking van persoonlijke beleidsopvattingen kan ambtenaren in (politieke) verlegenheid brengen; de regering en op lokaal niveau het college moet ambtenaren een veilige werkomgeving bieden. Het is aan de Arnhemse politiek (raad en college) om met elkaar in debat te gaan over de vraag in hoeverre zij het wenselijk vindt dat persoonlijke beleidsopvattingen vaker geopenbaard (moeten) worden. Juridisch staat daaraan weinig in de weg, met dien verstande dat de raad de precaire positie van ambtenaren moet meewegen in zijn standpunt.

Nota bene: het college zou ervoor kunnen kiezen om persoonlijke beleidsopvattingen vertrouwelijk aan de raad te verstrekken. Dan zij deze niet geheim, maar evenmin voor een ieder openbaar. Dan voldoet het college aan het geheimhoudingsregime van de Gemeentewet (namelijk het verstrekt de persoonlijke beleidsopvattingen), maar wordt tegelijkertijd de positie van de ambtenaar beschermd. Daartegen bestaan ook bezwaren: van een werkelijke bescherming van de ambtenaar is geen sprake. Immers, een raadslid kan zonder (juridische) gevolgen de vertrouwelijke stukken aanhalen.

Samengevat: het college kan op grond van het openbaar belang weigeren persoonlijke beleidsopvattingen te verstrekken (art. 169 lid 3 Gemeentewet). Het kan echter niet deze beleidsopvattingen onder geheimhouding verstrekken (art. 87 Gemeentewet), omdat dan de gronden van de Woo van toepassing zijn. Het college en

de raad kunnen met elkaar het gesprek voeren over de vraag in hoeverre zij het wenselijk vinden documenten met persoonlijke beleidsopvattingen aan de raad te verstrekken.

5. Wijziging van de Gemeentewet

Op 1 april treedt de wijziging van de Gemeentewet in werking die betrekking heeft op de bepalingen omtrent geheimhouding. Deze wijziging zal moeten leiden tot een aanpassing van het reglement van orde van de gemeenteraad en het Protocol geheimhouding gemeente Arnhem. Bij welke wijzigingen ten aanzien van (de bepalingen omtrent) de geheimhouding is er ruimte voor een lokale invulling? Wat zijn (juridisch of politiek) de relevante overwegingen bij het maken van die keuzes?

De regeling omtrent geheimhouding in de Gemeentewet, zoals ik die hiervoor kort heb weergegeven, (was en) is betrekkelijk dwingend. Daarin zijn relatief weinig ‘eigen’ keuzes te maken. Het nieuwe art. 88, zesde lid, Gemeentewet geeft daartoe wel ruimte. De bepaling laat, zoals de memorie van toelichting het verwoordt, ‘ruimte aan het lokaal bestuur om te bepalen dat het orgaan dat informatie geheim heeft verklaard, na het verstrekken van die informatie aan de raad, alsnog zelf de kring van geheimhouders mag uitbreiden. (...) De raad kan over dit laatste ook in algemene zin regels stellen, bijvoorbeeld om het college in staat te stellen stukken waarop geheimhouding is opgelegd, onder geheimhouding met anderen te delen als dit voor het dagelijks bestuur van de gemeente noodzakelijk is. Eveneens kan op deze wijze aandacht worden besteed aan de duur van de geheimhouding.’ (Kamerstukken II 35 546, nr. 3, p. 20). De memorie van toelichting is evenwel niet heel duidelijk: het gaat erom dat, indien een bestuursorgaan van de gemeente (college, burgemeester, commissie) aan de raad onder geheimhouding informatie verstrekt, de raad deze informatie aan anderen kan verstrekken. Hij stelt regels over ‘het verstrekken van informatie ten aanzien waarvan een verplichting tot geheimhouding is opgelegd door het college, de burgemeester of een commissie en die tevens aan de raad is verstrekt’. Dat impliceert dat hij ook regels kan stellen over het verstrekken van geheime informatie door het college aan derden, althans zolang deze informatie ook met de raad is gedeeld.

Een ander aspect dat de raad kan vastleggen in zijn reglement van orde dan wel in een protocol, zijn varianten op geheimhouding, zoals de eerder besproken vertrouwelijkheid. Daarover was ik hiervoor kritisch. Zinvoller is een regeling van geheimhouding onder embargo. Strikt noodzakelijk is dat niet, want de raad kan immers in een geheimhoudingsbesluit opnemen dat geheime informatie op een bepaald moment openbaar wordt. Daarnaast is de wijze van verstrekking van geheime informatie een onderwerp dat de raad kan regelen (zoals hij dat nu in art. 5, zesde lid, van zijn reglement van orde heeft gedaan), alsmede de wijze waarop geheime documenten herkenbaar zijn, de wijze waarop wordt medegedeeld dat mondelinge mededelingen geheim zijn (met andere woorden, dat geheime mondelinge mededeling ook als zodanig kenbaar zijn) en het (in veel gemeenten, waaronder Arnhem) gebruikelijke register van geheime documenten.

Ook nieuw is de expliciete bepaling in de Gemeentewet (art. 23), dat indien de raad met gesloten deuren vergadert, er een verplichting tot geheimhouding geldt omtrent informatie die in die vergadering ter kennis van de aanwezigen komt. De verplichting duurt voort, totdat de raad haar opheft. Hetzelfde geldt voor commissievergaderingen met gesloten deuren. Daarmee heeft de wetgever het oude

uitgangspunt omgekeerd: de informatie die in een besloten vergadering wordt gewisseld is geheim, tenzij de raad anders beslist. Voorheen (althans, tot 1 april 2023) moe(s)t de raad daarover een separaat besluit nemen. Ten opzichte van de oude regeling is ook de koppeling met de Woo vervallen. Volgens de memorie van toelichting zijn de effecten daarvan ‘gering’ (Kamerstukken II 35 546, nr. 3, p. 17). Omdat informatie veelal niet alleen mondeling wordt gewisseld (in een besloten raadsvergadering), maar vooraf of nadien ook schriftelijk, gelden de gronden van de Woo in de regel wel (zie het nieuwe art. 87 Gemeentewet). Het staat de raad vrij om in zijn reglement of in een protocol te bepalen dat voor een besloten vergadering één van de gronden van art. 5.1 Woo moet gelden. Overigens geldt dat voor de schriftelijke stukken, die voor, tijdens of na een besloten vergadering worden overgelegd, wel een afzonderlijk besluit tot geheimhouding nodig is.