

Vergaderjaar 2021–2022

35 968

Intrekking van de Archiefwet 1995 en vervanging door de Archiefwet 2021 (Archiefwet 2021)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 17 maart 2021 en het nader rapport d.d. 15 november 2021, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 december 2020, nr. 2020002527, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen.

Dit advies, gedateerd 17 maart 2021, nr. W05.20.0465/l, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 9 december 2020, no. 2020002527, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot intrekking van de Archiefwet 1995 en vervanging door de Archiefwet 2021 (Archiefwet 2021), met memorie van toelichting.

De huidige archiefwet stamt uit 1995. Sindsdien heeft digitalisering een grote vlucht genomen en is mede daardoor de hoeveelheid informatie sterk toegenomen. Dit wetsvoorstel beoogt daarom beter aan te sluiten bij de praktijk van digitaal informatiebeheer. In dat kader wordt de termijn waarna documenten gearchiveerd dienen te worden teruggebracht van de huidige twintig jaar naar tien jaar.² Dit om kwetsbare en vluchtige digitale

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Voorgesteld artikel 5.4, eerste lid. Zie ook Kamerstukken II 2015/16, 34 362, nr. 21 (motie Segers c.s.).

informatie tijdig veilig te stellen.³ Het wetsvoorstel houdt ook een uitbreiding in van het toezicht. Naast het informatiebeheer door overheidsorganen vallen voortaan ook de archiefdiensten (zoals het Nationaal Archief) onder toezicht.⁴ Daarnaast beoogt het wetsvoorstel om begrippen te verduidelijken en de toelichting begrijpelijker te maken.⁵ De kern van het bestaande archiefstelsel is daarbij in belangrijke mate behouden.

De Afdeling advisering van de Raad van State stelt voorop dat het wetsvoorstel mede beschouwd dient te worden in het licht van het belang van een goede informatiehuishouding door de overheid en de versterkte aandacht daarvoor door het gebeuren rond de kinderopvangtoeslagen. Zij adviseert de toelichting te actualiseren en in het bijzonder aandacht te besteden aan de vraag hoe dit wetsvoorstel kan bijdragen aan de noodzakelijke verbetering van de informatiehuishouding van de rijks-overheid. Een goede informatiehuishouding is immers cruciaal voor het goed functioneren van de democratische rechtsstaat. Overheidsinformatie dient in goede en toegankelijke staat te verkeren voor overheden zelf, voor parlementariërs en burgers, ook voor toekomstige generaties.

De Afdeling adviseert in dit licht ook om de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) nauwer te betrekken bij de archiefwetgeving. Daarna wordt ingegaan op de mogelijkheid om in een regeling van een samenwerkingsverband af te wijken van de hier voorgestelde wet. Verder is een nadere toelichting nodig over de praktische betekenis van dit wetsvoorstel voor de uitvoeringspraktijk. Ook de verruimde mogelijkheden om openbaarheid van documenten te beperken nadat deze aan het archief zijn overgedragen behoeft nadere motivering gezien de risico's. Tot slot vraagt de Afdeling aandacht voor een sterkere positie van de archivaris. In verband hiermee dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

De Minister voor Basis- en Voorgezet Onderwijs en Media (hierna: de Minister) heeft de Afdeling verzocht om bij de advisering over dit wetsvoorstel in het bijzonder aandacht te schenken aan de aansluiting tussen het wetsvoorstel en andere wetgeving op het gebied van informatiehuishouding, privacy en openbaarheid, en met name voor de aansluiting met het voorstel voor de Wet open overheid en in het licht daarvan het documentbegrip in het onderhavige wetsvoorstel. In punt 2 bespreekt de Afdeling de door de Minister genoemde aspecten. Overigens merkt de Afdeling op dat het in de rede had gelegen dat de Minister de aansluiting tussen dit wetsvoorstel en het wetsvoorstel Wet open overheid zelf uitgebreider had onderzocht voorafgaand aan het aanhangig maken van het wetsvoorstel bij de Afdeling Advisering.

De Afdeling geeft een overzicht van de opmerkingen die zij in het vervolg van haar advies puntsgewijs uitwerkt. Op deze opmerkingen en uitwerkingen wordt hierna afzonderlijk ingegaan.

1. Belang van archiefwetgeving in een democratische rechtsstaat

Archiefwetgeving stelt de kaders voor het informatiebeheer van Nederlandse overheden. Dat is in de eerste plaats van belang voor de goede taakvervulling van die overheden zelf. Goed informatiebeheer is een basisvoorwaarde voor zorgvuldige beleids- en besluitvorming en voor de verantwoording aan de volksvertegenwoordiging, op verzoek en uit eigen

³ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.5.

⁴ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.8.

⁵ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 1.

beweging. Op deze wijze worden volksvertegenwoordigers en ook burgers in staat gesteld het bestuur en het beleid te controleren.⁶

Het voorgaande betekent dat democratische controle niet goed mogelijk is als de informatiehuishouding van de overheid niet op orde is. Indien informatie onbetrouwbaar, onvolledig of in zijn geheel niet meer voorhanden is, dan worden transparantie en verantwoording «onwerkbaar beginselen».⁷ De Afdeling heeft eerder dit belang onderstreept en haar zorgen geuit over de informatiehuishouding van de rijksoverheid.⁸

De regering heeft in een reactie deze zorgen erkend en aangekondigd de knelpunten te onderzoeken en op basis daarvan maatregelen te nemen.⁹ Ook in de reactie op de Parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag gaat het kabinet uitgebreid in op de informatiehuishouding en archieffunctie van de rijksoverheid.¹⁰ De regering kondigt aan dat er rijksbrede en departementale actieplannen zullen komen om de informatiehuishouding te verbeteren.

De Afdeling tekent daarbij aan dat bij dergelijke maatregelen aanzienlijke investeringen in menskracht en technologie alleen niet genoeg zijn. Zulke maatregelen dienen gepaard te gaan met een verandering in gedrag en houding op bestuurlijk en ambtelijk niveau. Deze ontwikkelingen hebben zich grotendeels voltrokken nadat het wetsvoorstel voor advies bij de Afdeling aanhangig is gemaakt. Een belangrijke vraag is dan ook in hoeverre dit wetsvoorstel en de toelichting toereikend zijn in het licht van het oplossen van de structurele problemen op het gebied van de informatiehuishouding van de rijksoverheid.

De archieffunctie en het informatiebeheer van de overheid zijn in wezen twee kanten van dezelfde medaille. Zij zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden in de zin dat ordentelijk informatiebeheer voorwaarden-scheppend is voor een goede archivering. Voor de beoogde duurzame toegankelijkheid van overheidsinformatie is het dan ook noodzakelijk deze beide elementen steeds in onderlinge samenhang te beschouwen.

De Afdeling adviseert de toelichting te actualiseren en daarbij in te gaan op de vraag in hoeverre dit wetsvoorstel een bijdrage zal leveren aan de noodzakelijke verbetering van de informatiehuishouding van de rijksoverheid.

De Afdeling wijst op het belang van goed informatiebeheer als basisvoorwaarde voor zorgvuldige beleids- en besluitvorming en voor de verantwoording aan de volksvertegenwoordiging. De Afdeling adviseert om de toelichting bij het wetsvoorstel te actualiseren, zulks mede in het licht van haar ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid¹¹ en de

⁶ Artikel 68 van de Grondwet. Zie ook artikel 110 van de Grondwet: De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.

⁷ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (2011), «iOverheid», Den Haag, p. 220.

⁸ Zie het ongevraagd advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de Ministeriële verantwoordelijkheid, punt 2.4, Kamerstukken II 2020/21, 35 570, nr. 47. Zie verder: Rijksarchiefinspectie (2005) «Dementerende Overheid», Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (2018) «Wel digitaal, nog niet duurzaam», Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (2021) «Een dementerende overheid 2.0?» en Algemene Rekenkamer (2020) «Focus op digitaal thuiswerken», paragraaf 3.2.

⁹ Nader rapport inzake advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 35 570, nr. 47.

¹⁰ Brief van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Kamerstukken II 2020/21, 35 510, nr. 4, paragraaf 8.

¹¹ Kamerstukken II 2020/21, 35 570, nr. 47.

reactie hierop van de regering,¹² alsmede de kabinetsreactie op het eindverslag van de Parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag (hierna: POK).¹³ Daarbij adviseert de Afdeling om in te gaan op de vraag in hoeverre dit wetsvoorstel een bijdrage zal leveren aan de noodzakelijke verbetering van de informatiehuishouding van de rijksoverheid.

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is aangevuld naar aanleiding van dit advies. De regering verwijst daartoe in het bijzonder naar de paragrafen 1 en 7 van de memorie van toelichting. In zijn algemeenheid kan hier het volgende worden opgemerkt. Zoals in de voornoemde kabinetsreactie op het eindverslag van de POK is aangegeven, is een goede informatiehuishouding een randvoorwaarde voor een goede informatievoorziening, een noodzakelijk element in onze democratische rechtsstaat, en bovendien hard nodig voor een beter samenspel tussen Kamerleden, kabinet en ambtenaren. In de kabinetsreactie refereert het kabinet daarbij nadrukkelijk aan de verplichting uit de Archiefwet om de informatie van de rijksoverheid duurzaam toegankelijk te bewaren.

Hoewel de verwachting is dat dit wetsvoorstel – door de Archiefwet te moderniseren en in het algemeen begrijpelijker te maken – een belangrijke bijdrage kan leveren aan de noodzakelijke verbetering van de informatiehuishouding van de overheid, staat het daarin niet op zichzelf. De mate waarin een verbetering van de informatiehuishouding kans van slagen heeft, hangt immers niet alleen af van een herziene wettekst en toelichting, maar vooral van de implementatie en uitvoering tot en met het toezicht op de naleving. Menselijk gedrag vormt bij dit alles een niet te onderschatten factor. Zoals de Afdeling advisering in het advies ook zelf heeft onderstreept, dienen de te nemen maatregelen gepaard te gaan met een verandering in gedrag en houding op bestuurlijk en ambtelijk niveau.

In de voornoemde kabinetsreactie is daarom – specifiek voor de informatiehuishouding van het Rijk – verwezen naar een breder actieplan informatiehuishouding, waarin al deze elementen samenkomen.¹⁴ In zijn reactie wijst het kabinet als basis voor het genoemde actieplan – behalve op het hier aangehaalde eindverslag van de POK en het ongevraagd advies van de Afdeling – op eerdere toezichtrapporten, programma's en meerjarenplannen informatiehuishouding. Bij dit laatste punt is ook te verwijzen naar de Kamerbrief waarin de modernisering van de Archiefwet 1995 werd aangekondigd.¹⁵ In die brief legde het kabinet nadrukkelijk het verband tussen enerzijds het bestaan van programma's op het gebied van de informatiehuishouding, geschikt voor implementatie en vernieuwing en het delen van kennis en ervaring, en anderzijds de aanpassing van de wet- en regelgeving. De na het verslag van de POK nieuw aangekondigde actieplannen bouwen op deze beleidslijn in feite met de grootst mogelijke inzet voort.

2. Samenhang met aanverwante wetgeving

Zoals hiervoor vermeld, heeft de Minister de Afdeling verzocht om bij de advisering over het wetsvoorstel in het bijzonder aandacht te hebben voor de aansluiting tussen het wetsvoorstel en andere wetgeving op het gebied

¹² Nader rapport inzake advies Afdeling advisering van de Raad van State over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 35 570, nr. 47.

¹³ Kamerstukken II 2020/21, 35 510, nr. 4.

¹⁴ «Open op orde: generiek actieplan informatiehuishouding rijksoverheid», te raadplegen via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2021/04/06/open-op-orde-generiek-actieplan-informatiehuishouding-rijksoverheid>.

¹⁵ Kamerstukken II 2017/18, 29 362, nr. 272.

van informatiehuishouding, privacy en openbaarheid, en met name voor de aansluiting met het voorstel voor de Wet open overheid (het wetsvoorstel Woo) en in het licht daarvan het documentbegrip in het onderhavige wetsvoorstel. In dat kader maakt de Afdeling opmerkingen over de bredere samenloop met de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en het wetsvoorstel Woo, het documentbegrip, de zorgplicht voor duurzame toegankelijkheid en het begrip «overheidsorgaan».

De Afdeling stelt daarbij voorop dat deze opmerkingen niet als een uitputtende behandeling van de samenhang met aanverwante wetgeving begrepen dienen te worden. Zij kunnen hoogstens als vertrekpunten fungeren voor een eventueel nader onderzoek op dit punt.

Hieronder wordt afzonderlijk ingegaan op de verschillende opmerkingen die de Afdeling heeft gemaakt over de samenhang van de Archiefwet met andere wetgeving. Zoals hieronder wordt toegelicht, heeft het advies van de Afdeling op verschillende punten aanleiding gegeven tot aanpassingen in het wetsvoorstel. In aanvulling daarop is in het wetsvoorstel een verduidelijking opgenomen van het begrip «overbrenging». Deze wijziging wordt nader toegelicht in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.¹⁶

a. Samenloop wetsvoorstel open overheid

Het wetsvoorstel wedt blijkens de tekst en toelichting in zekere zin op twee paarden. Op bepaalde punten is aansluiting gezocht bij de Wob en op andere punten bij het wetsvoorstel Woo. Wanneer de Woo in werking treedt, wordt de Wob echter ingetrokken.¹⁷ Nadat het onderhavige wetsvoorstel ter advisering aan de Afdeling is aangeboden, is het wijzigingswetsvoorstel Woo door de Tweede Kamer aangenomen. Daardoor is het waarschijnlijker geworden dat de Woo er zal komen. Dit is echter nog niet zeker, nu de Eerste Kamerbehandeling nog plaats moet vinden.

De vraag is dan ook welke gevolgen dit dient te hebben voor het onderhavige wetsvoorstel. Eén mogelijkheid is het afwachten van de Eerste Kamerbehandeling van het wetsvoorstel Woo en het wijzigingswetsvoorstel Woo en afhankelijk van de uitkomst daarvan een gewijzigd wetsvoorstel in procedure te brengen. Een andere mogelijkheid is om zowel rekening te houden met een scenario waarin de Wob blijft voortbestaan als met een scenario waarin de Wob wordt vervangen door de Woo. Om in dat laatste geval praktisch te bewerkstelligen dat het wetsvoorstel hoe dan ook goed aansluit, ligt het in de rede om een samenloopbepaling op te nemen.

De Afdeling adviseert hier in de toelichting nader aandacht aan te besteden en het wetsvoorstel overeenkomstig de hierover te nemen beslissing aan te passen.

In het wetsvoorstel zoals dat ter advisering aanhangig is gemaakt, was inderdaad geen eenduidige keuze gemaakt tussen aansluiting bij de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) of het wetsvoorstel voor de Wet open overheid (hierna: Woo). Ten tijde van de aanbieding van dit wetsvoorstel was de Woo nog niet zover in procedure, dat een onvoorwaardelijke keuze kon worden gemaakt. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling – en gelet op het feit dat de novelle bij de Woo

¹⁶ Vgl. de toelichting bij artikel 1.1.

¹⁷ Artikel 10.1 van de Woo (verwezen wordt steeds naar de doorlopende tekst zoals opgenomen als Kamerstukken I, 2020/21, 33 328, N).

inmiddels door de Eerste Kamer is aangenomen – is het wetsvoorstel aangepast, en is onverkort aansluiting gezocht bij de Woo.

b. Documentbegrip

In het wetsvoorstel wordt het begrip «archiefbescheiden» uit de Archiefwet 1995 vervangen door een aan de Woo ontleend documentbegrip. Een document in de zin van dit wetsvoorstel is: een «schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens dat:

- a. door een overheidsorgaan is opgemaakt of ontvangen en dat naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat overheidsorgaan en is bestemd om onder dat overheidsorgaan te berusten;*
- b. is opgemaakt of ontvangen door instellingen of personen, waarvan of van wie de rechten of functies op een overheidsorgaan zijn overgegaan; of*
- c. ingevolge artikel 9.4 voor blijvende bewaring is opgenomen door een archiefdienst».¹⁸*

De Afdeling constateert dat deze definitie afwijkt van de definitie van «document» in het wetsvoorstel Woo. Daarbij is zowel sprake van een verruiming als van een beperking ten opzichte van het documentbegrip in het wetsvoorstel Woo.¹⁹ Er is sprake van een verruiming door de toevoeging van de alternatieve b en c gronden, die niet in het wetsvoorstel Woo voorkomen. Mogelijk zijn hier goede redenen voor, maar deze blijken momenteel niet uit de toelichting.

Daarnaast is sprake van een beperking doordat aan de aan het documentbegrip in het wetsvoorstel Woo ontleende a grond een criterium is toegevoegd. De toevoeging zit hem in het criterium dat een schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens ook «bestemd» moet zijn «om onder dat overheidsorgaan te berusten». Blijkens de toelichting wordt daarmee tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om stukken die naar hun aard «thuishoren» bij het overheidsorgaan. Als voorbeeld wordt genoemd dat van de documenten die zijn verzonden door het betreffende overheidsorgaan slechts een kopie en eventuele metagegevens bestemd zijn om te berusten onder het betrokken overheidsorgaan.²⁰ De vraag is wat hiervan de meerwaarde is ten opzichte van het criterium dat een stuk door een overheidsorgaan is opgemaakt of ontvangen en dat naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan.

De Afdeling adviseert de afwijkingen van het documentbegrip ten opzichte van het wetsvoorstel Woo uitgebreider te motiveren en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

De Afdeling constateert dat het documentbegrip dat in het wetsvoorstel wordt gehanteerd, afwijkt van het documentbegrip zoals dat in de Woo is opgenomen. Enerzijds is het documentbegrip in het wetsvoorstel ruimer, anderzijds beperkter. De Afdeling adviseert om deze afwijkingen ten opzichte van de Woo uitgebreider te motiveren, en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

Het klopt dat het documentbegrip van het wetsvoorstel twee onderdelen bevat die een verruiming inhouden ten opzichte van de documentdefinitie van de Woo. Concreet gaat het daarbij om de onderdelen b en c van het documentbegrip. Deze zijn gebaseerd op de huidige onderdelen 2° en 3° van de definitie van «archiefbescheiden» uit de Archiefwet 1995.

¹⁸ Voorgesteld artikel 1.1.

¹⁹ Artikel 2.1 van de Woo.

²⁰ Toelichting, artikelsgewijs deel, artikel 1.1.

Onderdeel b van het documentbegrip brengt tot uitdrukking dat ook van een document sprake is als een schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens is opgemaakt of ontvangen door instellingen of personen, waarvan of van wie de rechten of functies op een overheidsorgaan zijn overgegaan. Hoewel deze documenten in oorsprong niet zijn opgemaakt of ontvangen door een overheidsorgaan – en daarom op basis van de documentdefinitie, opgenomen in onderdeel a, buiten de werking van de Archiefwet zouden vallen – moeten ook deze stukken worden beschouwd als documenten in de zin van de Archiefwet. Een voorbeeld van de overgang van rechten en functies op de Staat is de Remigratiewet (Stb. 1999, 232), waarvan artikel 15 bepaalt dat de archiefbescheiden van het opgeheven Emigratiebestuur overgedragen worden aan de Staat. Ook kan worden gewezen op het wetsvoorstel voor de Wet publiekrechtelijke omvorming ProRail, die thans bij de Tweede Kamer in behandeling is.

Onderdeel c regelt dat de documenten van natuurlijke personen en rechtspersonen – particuliere archieven – die worden verworven door een archiefdienst de status krijgen van documenten in de zin van de Archiefwet. Dat leidt er onder andere toe dat het verantwoordelijk overheidsorgaan verplicht is de betreffende documenten duurzaam toegankelijk te maken en te houden. Ook andere bepalingen van de wet, met name die inzake de toegang tot deze documenten, zijn dan van toepassing. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is in de artikelsgewijze toelichting een uitgebreidere motivering opgenomen.

Daarnaast heeft de regering in het advies van de Raad van State aanleiding gezien om het (beperkende) criterium uit het wetsvoorstel, dat documenten naar hun aard bestemd moeten zijn om onder een overheidsorgaan te berusten, te doen vervallen.

Het criterium was bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat het bij de documenten van een overheidsorgaan moet gaan om documenten die naar hun aard «thuishoren» bij dat overheidsorgaan. Door de toevoeging van het criterium, dat een document naar zijn aard verband moet houden met de publieke taak van het overheidsorgaan, is de praktische betekenis van het criterium evenwel beperkt geworden, en roept het criterium vooral nog verwarring op. Het vervallen van het criterium wordt nader toegelicht in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting.

c. Zorgplicht voor duurzame toegankelijkheid

Op grond van het wetsvoorstel dienen verantwoordelijke overheidsorganen passende maatregelen te treffen om hun documenten duurzaam toegankelijk te maken en te houden.²¹ De vraag is hoe deze zorgplicht zich verhoudt tot gelijksoortige bepalingen in het wetsvoorstel Woo. Daarin is bepaald dat bestuursorganen maatregelen treffen «ten behoeve van het duurzaam toegankelijk maken van de digitale documenten»,²² en er zorg voor dragen dat de documenten die zij ontvangen, vervaardigen of anderszins onder zich hebben, zich in goede, geordende en toegankelijke staat bevinden.²³

Anders dan de Wob, beslaat het wetsvoorstel Woo meer dan de openbaarheid van overheidsinformatie door tevens dit soort vereisten aan de informatiehuishouding te stellen. Feitelijk bestaat er dus een overlap tussen het onderhavige wetsvoorstel en het wetsvoorstel Woo. De hierboven aangehaalde bepalingen in het wetsvoorstel Woo zijn, anders

²¹ Voorgesteld artikel 4.1, eerste lid.

²² Artikel 6.1 van de Woo.

²³ Artikel 2.4, eerste lid, van de Woo.

dan daarin opgenomen openbaarheidsbepalingen, ook van toepassing wanneer archiefwetgeving van toepassing is.²⁴ Een nader stroomlijnen van de wetgeving op dit punt lijkt daarmee geboden ten behoeve van een eenduidig kader voor het informatiebeheer van overheden.

De Afdeling adviseert hier in de toelichting aandacht aan te besteden en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

De Woo bevat, anders dan de Wob, bepalingen over de informatiehuishouding van overheidsorganen. Deze bepalingen zijn door de initiatiefnemers van de Woo in samenspraak met de verantwoordelijke Ministers afgestemd op de Archiefwet. Wat betreft artikel 2.4 van de Woo is daarbij inderdaad sprake van overlap met de Archiefwet, maar er is geen sprake van onderlinge tegenstrijdigheden. Daarnaast zijn in hoofdstuk 6 van de Woo bepalingen met betrekking tot de informatiehuishouding opgenomen. Deze bepalingen zijn evenwel van tijdelijke aard. Daarbij is de bedoeling van deze bepalingen in die zin verschillend, dat zij vooral zien op de totstandkoming van het meerjarenplan voor de verbetering van de digitale informatiehuishouding, dat de Minister van BZK in overeenstemming met de Minister van OCW naar de Tweede Kamer stuurt. Omdat tussen de Woo en de Archiefwet geen tegenstrijdigheden bestaan, ziet de regering geen aanleiding om de Woo of onderhavig wetsvoorstel wat betreft de onderlinge reikwijdte aan te passen.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in hoofdstuk 5 van de memorie van toelichting een nadere toelichting opgenomen over de relatie tussen het wetsvoorstel en de Woo. Hierin is – in lijn met de vorige alinea – de door de Afdeling gevraagde toelichting opgenomen over de relatie tussen beide wetsvoorstellen. Ook is aan het wetsvoorstel een wijzigingsartikel toegevoegd dat voorziet in een wijziging van artikel 2.4, eerste lid, van de Woo, om dat in overeenstemming te brengen met het begrip «duurzame toegankelijkheid» zoals dat in dit wetsvoorstel wordt gehanteerd.

d. Het begrip «overheidsorgaan»

In het voorstel is ervoor gekozen om het begrip «overheidsorgaan» uit de Archiefwet 1995 te behouden en niet het begrip «bestuursorgaan» te hanteren, omdat een grote groep organen buiten de reikwijdte van dat begrip valt.²⁵ Dat is op zichzelf geen onbegrijpelijke keuze.

Nu het gelet op de wenselijkheid van eenheid van wetgeving algemeen wetgevingsbeleid is om de eenheid van het Awb-begrippenkader na te streven,²⁶ rijst wel de vraag of het begrip «bestuursorgaan» hier niet ook gebruikt had kunnen worden. Zo zou ervoor kunnen worden gekozen om voor de toepassing van dit wetsvoorstel en de daarop rustende bepalingen de daarbuiten vallende organen mede onder het begrip «bestuursorgaan» te verstaan, zoals ook in het wetsvoorstel Woo en de Wet hergebruik van overheidsinformatie is gedaan.²⁷

De Afdeling adviseert hier in de toelichting nader aandacht aan te besteden en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

²⁴ Artikel 8.8 en de daar bedoelde bijlage van de Woo (de afbakening met de Archiefwet 1995). Vgl. voorgesteld artikel 1.2, eerste lid.

²⁵ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.2.

²⁶ Aanwijzing 2.47 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

²⁷ Artikel 2.1, tweede lid, van de Woo en artikel 2, tweede lid, Wet hergebruik van overheidsinformatie.

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering is het gebruik van het begrip «overheidsorgaan» in het wetsvoorstel opnieuw bezien. Uiteindelijk is ervoor gekozen het begrip in het wetsvoorstel te behouden. De regering erkent het belang van de eenheid van het Awb-begrippenkader. Het hanteren van het begrip «bestuursorgaan» zou leiden tot eenheid van begrippen, maar daar staat tegenover dat het begrip – als dat in de Archiefwet zou worden gehanteerd – een afwijkende, aanmerkelijk ruimere betekenis zou hebben dan in de Awb het geval is. In de Archiefwet zou het bestuursorgaanbegrip namelijk ook betrekking moeten hebben op alle organen die op grond van artikel 1:1, tweede lid, van de Awb van het bestuursorgaanbegrip zijn uitgezonderd (zoals de kamers en de verenigde vergadering der Staten-Generaal en de Raad van State). Omdat het begrip «overheidsorgaan» binnen de Archiefwet een gevestigd begrip is dat niet voor onduidelijkheid zorgt, is ervoor gekozen het begrip «overheidsorgaan» te behouden. Daarin is het wetsvoorstel overigens niet uniek: het begrip «overheidsorgaan» wordt bijvoorbeeld ook gehanteerd in de Wet basisregistratie personen en de Wet algemene bepalingen burgerservicenummer.

3. Rol van BZK

Archiefwetgeving heeft in wezen twee dimensies: een culturele, wetenschappelijke en educatieve dimensie, en een informatiehuishoudelijke dimensie. De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) is de verantwoordelijke Minister voor de Archiefwet. Dit is gelet op de eerste dimensie ook passend en logisch. De verantwoordelijkheid van de Minister van OCW strekt zich echter niet uit tot alle onderdelen van het archiefbeleid.

De Minister van BZK is verantwoordelijk voor de coördinatie van het informatiebeheer van de ministeries en voor de bedrijfsvoering van het Rijk in het stadium voorafgaand aan eventuele overbrenging.²⁸ Deze verantwoordelijkheid sluit aan bij de informatiehuishoudelijke dimensie. Daarnaast kan gewezen worden op de coördinerende en kaderstellende verantwoordelijkheid van de Minister van BZK op het terrein van digitalisering van de overheid en voor het openbaar bestuur in den brede. Het zou dan ook voor de hand liggen de Minister van BZK het onderhavige wetsvoorstel en de toelichting mede te laten ondertekenen.

De Afdeling adviseert te voorzien in medeondertekening van het wetsvoorstel en de toelichting door de Minister van BZK.

De Afdeling wijst erop dat de Archiefwetgeving twee dimensies heeft: enerzijds heeft deze wetgeving een culturele, wetenschappelijke en educatieve dimensie, en anderzijds heeft zij een informatiehuishoudelijke dimensie. De verantwoordelijkheid van de Minister van OCW voor de Archiefwet is vooral gelegen in de eerste dimensie. De Minister van BZK heeft echter een aantal verantwoordelijkheden die raken aan de tweede dimensie. De Minister van BZK is namelijk verantwoordelijk voor de coördinatie van het informatiebeheer van de ministeries en voor de bedrijfsvoering van het Rijk, en heeft daarnaast een coördinerende en kaderstellende rol op het terrein van digitalisering van de overheid en voor het openbaar bestuur in den brede. De Afdeling is van oordeel dat het daarom voor de hand zou liggen de Minister van BZK het onderhavige wetsvoorstel en de toelichting mede te laten ondertekenen.

²⁸ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.2; Kamerstukken II 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 5.

De Afdeling wijst terecht op verschillende aspecten van het informatie-beheer. Hieraan wordt ook in de memorie van toelichting bij dit wetsvoorstel aandacht besteed.²⁹ Ook de memorie van toelichting bij de Archiefwet 1995 maakt hiervan gewag.³⁰ Voorop te stellen is dat beide bewindslieden al langere tijd samen optrekken in het verbeteren van de informatiehuishouding. Dit komt niet alleen tot uitdrukking in de verbeterprogramma's die de afgelopen jaren zijn opgesteld en geactualiseerd en in bijzondere onderwerpen, zoals archivering van e-mailboxen en overheidswebsites, maar ook in de nauwe afstemming over kwesties die samenhangen met de uitvoering van de Wob, de Woo en de Archiefwet 1995.

Dit neemt niet weg dat de Minister van OCW een geheel eigen, specifieke verantwoordelijkheid draagt voor het in het wetsvoorstel genoemde belang van documenten (artikel 1.3), de archiefselectie, de toeganke-lijkheid en openbaarheid na overbrenging van het archief van de centrale overheid, het Nationaal Archief, alsmede de onderliggende regelgeving van het Archiefbesluit en de Archiefregeling. De Minister van BZK heeft op het terrein van de Archiefwet daarentegen geen bevoegdheden.

Gelet daarop is ervoor gekozen dat Minister van OCW het wetsvoorstel ondertekent, zonder medeondertekening door de Minister van BZK. Dit laat vanzelfsprekend onverlet dat tussen de Minister van OCW en de Minister van BZK nauwe afstemming en samenwerking blijft plaatsvinden op thema's die kunnen overlappen of bij onderwerpen die vragen om specifieke deskundigheid of gezamenlijke inzet.

4. Afwijkende regelingen voor samenwerkingsverbanden

Ten opzichte van de Archiefwet 1995 bevat het wetsvoorstel een nieuwe bepaling over samenwerkingsverbanden. Een samenwerkingsverband in de zin van dit wetsvoorstel is een «duurzame onderlinge samenwerking tussen meerdere overheidsorganen en al dan niet één of meer andere partijen, in welk kader onder de verantwoordelijkheid van meerdere verantwoordelijke overheidsorganen documenten worden opgemaakt of ontvangen».³¹ De verantwoordelijke overheidsorganen onder wier verantwoordelijkheid binnen een samenwerkingsverband documenten worden opgemaakt of ontvangen, treffen gezamenlijk een regeling voor deze documenten.³² «De regeling wordt getroffen zoveel mogelijk overeenkomstig de bepalingen van deze wet», aldus de betreffende bepaling.³³

Het is de Afdeling niet duidelijk wat de betekenis is van deze laatste toevoeging. De toelichting gaat hier niet op in. Indien er goede redenen zijn waarom het kader van het voorstel niet onverkort zou kunnen worden toegepast op samenwerkingsverbanden en beoogd is met het oog daarop een onderscheid tussen bepalingen van regelend en dwingend recht te introduceren, dan dient in de tekst van het voorstel verduidelijkt te worden welke bepalingen niet voor samenwerkingsverbanden gelden. De Afdeling wijst er daarbij op dat bevoegdheden om bij lagere regelgeving af te wijken van de formele wet slechts voor een nauw afgebakende categorie situaties zijn bedoeld.³⁴

²⁹ Vgl. paragraaf 2.2 van het algemeen deel.

³⁰ Kamerstukken II 1992/93, 22 866, nr. 3, p. 3 e.v.

³¹ Voorgesteld artikel 3.4, eerste lid.

³² Voorgesteld artikel 3.4, tweede lid.

³³ Voorgesteld artikel 3.4, tweede lid.

³⁴ Zie ook Aanwijzing 2.31 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

De Afdeling adviseert nader te motiveren waarom het wetsvoorstel ruimte laat om in een gezamenlijke regeling voor samenwerkingsverbanden af te wijken van de bepalingen van deze wet en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Artikel 3.4 van het wetsvoorstel heeft betrekking op documenten die worden opgemaakt of ontvangen binnen een samenwerkingsverband. Bij een samenwerkingsverband kunnen de verantwoordelijkheden van de verschillende overheidsorganen in de praktijk namelijk zo verweven raken, dat niet goed is uit te maken welk overheidsorgaan precies voor welke documenten verantwoordelijk is. Voor de toepassing van de regels van de Archiefwet leidt dat tot problemen. Zonder nadere afspraken is bijvoorbeeld onduidelijk welk verantwoordelijk overheidsorgaan precies voor het beheer van de documenten verantwoordelijk is, naar welke archiefdienst de blijvend te bewaren documenten precies moeten worden overgebracht, of wie met het toezicht op het beheer is belast.

Bij samenwerkingsverbanden is het kortom van belang dat de partners die een samenwerkingsverband aangaan, goede afspraken maken over de documenten die binnen het samenwerkingsverband worden gevormd. Artikel 3.4 van het wetsvoorstel verplicht hen daartoe, waarbij in het derde lid van het artikel is uitgewerkt waarover in ieder geval afspraken worden gemaakt. Daarbij bevat het vierde lid van het artikel een mogelijkheid voor de betrokken verantwoordelijke overheidsorganen om te bepalen dat hun gezamenlijke taken en bevoegdheden ten aanzien van de documenten bij één van hen worden belegd. In dat geval is het aangewezen verantwoordelijke overheidsorgaan verantwoordelijk voor het beheer van de documenten, worden blijvend te bewaren documenten naar de archiefdienst van het aangewezen verantwoordelijke overheidsorgaan overgebracht, en is het de toezichthouder van het verantwoordelijke overheidsorgaan die met het toezicht is belast.

De Afdeling maakt terecht opmerkingen bij de formulering van artikel 3.4, tweede lid. Daarin was opgenomen dat de regeling die tussen de verantwoordelijke overheidsorganen wordt getroffen, «*zoveel mogelijk overeenkomstig de bepalingen van de wet*» moest zijn. De regering is het met de Afdeling eens dat deze passage voor onduidelijkheid zorgt over de gevallen waarin een afwijking van het wettelijk kader mogelijk is. Omdat de mogelijkheid tot afwijking van het wettelijk kader reeds in het vierde lid is uitgewerkt, is deze passage geschrapt, en bovendien is de artikelsgewijze toelichting bij artikel 3.4 aangepast.

5. Digitalisering: aandacht voor uitvoering

Een belangrijke aanleiding voor het wetsvoorstel is de digitalisering van de overheid en de implicaties daarvan voor (beheer, kwaliteit en toegankelijkheid van) overheidsinformatie. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan het risico op verlies van informatie en het wegvallen van mogelijkheden om informatie nog te ontsluiten door de snelle technologische ontwikkelingen.

Kernvraag is dan ook of deze wet «klaar» is voor het digitale tijdperk. De wet bevat daartoe een aantal aanzetten. Zo is het centrale begrip «document» breed en techniek-onafhankelijk omschreven waardoor het in principe alle vormen van informatie omvat.³⁵ Ook de halvering van de termijn voor definitieve archivering (de zogeheten overbrengingstermijn) past in dit verband. Zo kan voorkomen worden dat «vluchtige» digitale

³⁵ Voorgesteld artikel 1.1. Zie ook de toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.3 en de artikelsgewijze toelichting bij artikel 1.1.

informatie al verloren gaat voordat men toekomt aan het besluit of de informatie voor archivering in aanmerking komt dan wel vernietigd kan worden. Dit kan bijvoorbeeld gebeuren doordat de houdbaarheid en leesbaarheid van gegevensdragers op termijn vermindert of zelfs onmogelijk wordt. Verder speelt het wetsvoorstel in op de praktijk dat veel informatie zich in netwerken (of «ketens») bevindt waaraan veel partijen deelnemen. Het wetsvoorstel komt hierin tegemoet door de opname van een voorziening voor samenwerkingsverbanden.³⁶

De Afdeling onderkent dat het wetsvoorstel met bovengenoemde onderdelen inspeelt op de digitalisering. De toelichting geeft echter beperkt inzicht in de praktische complicaties van het duurzaam toegankelijk houden van belangrijke overheidsinformatie.³⁷ Op basis van het voorliggende wetsvoorstel en de toelichting is onduidelijk of een en ander in de digitale praktijk goed uitvoerbaar zal zijn. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op de volgende aspecten.

Netwerken

Bij dynamische informatiestromen gaat het om het «vernetwerken» van informatie: het gezamenlijk gebruik en beheer van informatie in een netwerk van (publieke en private) partijen.³⁸ Daarbij gaat het om het samenstellen en verrijken van informatie: het creëren van nieuwe informatie en profielen op basis van verschillende bronnen uit verschillende contexten. In een netwerk is doorgaans geen sprake van hiërarchie tussen de deelnemers en is het dan ook niet vanzelfsprekend dat een van de overheidsorganen verantwoordelijk is, en die verantwoordelijkheid ook kan waarmaken.³⁹

De Inspectie wijst erop dat binnen overheidsorganisaties niet altijd duidelijk is wie intern verantwoordelijk en aanspreekbaar is op de kwaliteit van de informatiehuishouding; in netwerkverband met andere partijen wordt dit nog problematischer.⁴⁰ Dan kan het complex zijn antwoord te geven op ogenschijnlijk eenvoudige vragen zoals bij welk overheidsorgaan informatie berust en bij wie een burger moet aankloppen.

Algoritmes

Daarnaast kan het van belang zijn dat ook algoritmes worden veiliggesteld en duurzaam toegankelijk blijven. Deze kunnen ook vallen onder de archiefwetgeving.⁴¹ Daarbij rijst de vraag hoe hier in de praktijk uitvoering aan moet worden gegeven. De toelichting geeft hier geen nadere duiding aan. Bij toepassing van bijvoorbeeld zelflerende algoritmes, vindt het «redeneerproces» grotendeels plaats in een «black box» en is vastlegging

³⁶ Voorgesteld artikel 3.4.

³⁷ Auditdienst Rijk (2020) Uitvoerbaarheidstoets gemoderniseerde Archiefwet. Hierin wordt gesproken van een «breed gedeelde onduidelijkheid over de uitwerking van de wijzigingen».

³⁸ WRR, iOverheid. Zie ook R. Passchier (2020) «Digitalisering en de (dis)balans binnen de trias politica», in: *Ars Aequi*, 2020/0916 en Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (2021) «Een dementerende overheid 2.0?».

³⁹ Zie ook het ongevraagd advies over de effecten van de digitalisering voor de rechtsstatelijke verhoudingen van de Afdeling advisering van de Raad van State van 1 september 2018 (W04.18.0230/I), Kamerstukken II 2018/19, 26 643, nr. 578.

⁴⁰ Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (2021) «Een dementerende overheid 2.0?», p. 16. Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed (2018) «Integrale casusaanpak door de RIEC's: Duurzame toegankelijkheid van archieven in de informatieketen».

⁴¹ P.F.M. Helwig (2020) «Rekenen en rekenschap. Algoritmes en de Archiefwet», in: *Tijdschrift voor toezicht*, nr. 1. De toelichting noemt algoritmes niet expliciet maar spreekt wel van «computerprogrammatuur». Zie toelichting, artikelsgewijs gedeelte, onder artikel 1.1 «begripsbepalingen».

en archivering inherent complex.⁴² Niet zelden is de technische ontwikkeling en het beheer van algoritmes uitbesteed aan een externe partij en heeft de betrokken overheidsinstantie zelf beperkt inzicht in de algoritmes waarmee zij werkt.⁴³ Dit staat dan op gespannen voet met het belang van duurzame toegankelijkheid ten behoeve van transparantie en verantwoording.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de genoemde ontwikkelingen en de gevolgen voor de uitvoerbaarheid.

De Afdeling advisering merkt op dat de toelichting van het wetsvoorstel beperkt inzicht geeft in de praktische complicaties van het duurzaam toegankelijk houden van belangrijke overheidsinformatie en in de uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel in de digitale praktijk. De Afdeling geeft daarbij de omgang met informatie in niet-hiërarchische netwerken en voor het toenemend gebruik van algoritmes als voorbeelden.

De complicaties van het delen en maken van informatie zijn in het wetsvoorstel onderkend. Specifiek voor dergelijke situaties is het nieuwe artikel 3.4 opgenomen. Het artikel is bedoeld om de bestuurlijke verantwoordelijkheid voor informatiebeheer vorm te geven wanneer meerdere verantwoordelijke overheidsorganen duurzaam samenwerken. Artikel 3.4 maakt duidelijk waarover de betrokken overheidsorganen ten minste afspraken moeten maken en biedt bovendien de mogelijkheid (geen verplichting) om archiefwettelijke taken en bevoegdheden binnen een dergelijk samenwerkingsverband te beleggen bij één van de betrokken verantwoordelijke overheidsorganen.

Over algoritmes bevat het wetsvoorstel geen specifieke bepalingen. Dit komt doordat het documentbegrip techniekneutraal is; de verschijningsvorm doet er niet toe. Uit de artikelsgewijze toelichting valt op te maken dat ook algoritmes, of preciezer de vastgelegde informatie over algoritmes, onder de reikwijdte van het wetsvoorstel vallen. Algoritmes zijn een verzamelnaam voor geautomatiseerde formules of stapsgewijze instructies om met behulp van bepaalde gegevens een probleem op te lossen of een bepaald resultaat te boeken. Overheden kunnen algoritmes in allerlei contexten inzetten, bijvoorbeeld om burgers te helpen navigeren op openbare websites, om binnen hun eigen informatiesystemen documenten te zoeken en te ordenen, of ter ondersteuning van de uitvoering van wettelijke taken en toezicht.

Op grond van artikel 4.1 van het wetsvoorstel moet vastgelegde informatie over algoritmes die mede ten grondslag liggen aan beleidsmatige keuzes en het handelen van overheidsorganen duurzaam toegankelijk worden gemaakt en gehouden (gedurende de bewaartermijn van het geldende selectiebesluit). In het wetsvoorstel is niet voorgeschreven op welke wijze dat precies moet gebeuren. Het wetsvoorstel heeft bewust een kaderstellend karakter, omdat de wijze waarop duurzame toegankelijkheid het beste kan worden gerealiseerd, sterk afhankelijk is van (onder andere) de inhoudelijke context en technologische ontwikkelingen. Specifiek voor algoritmes kan in dit kader wel worden gewezen op de «Richtlijnen voor het toepassen van algoritmen door overheden» van het Ministerie van Justitie en Veiligheid, waarin onder andere aandacht wordt besteed aan de archivering van de code en de documentatie met het oog op verantwoording.

⁴² Jeurgens, C. (2017) «Het archief is dood, leve het archief!», oratiereeks nr. 586, Universiteit van Amsterdam en WRR (2016) «Big data in een vrije en veilige samenleving».

⁴³ Algemene Rekenkamer (2021) «Aandacht voor algoritmes», p. 41–42.

De opmerkingen van de Afdeling advisering sluiten aan bij de vragen die ook in de uitvoerbaarheidstoets van de Auditdienst Rijk (ADR) zijn gesteld. Daarin gaven meerdere overheidsorganen aan dat zij de gevolgen van het wetsvoorstel nog onvoldoende konden inschatten, omdat nog niet bekend was hoe de lagere regelgeving (het nieuwe Archiefbesluit en de nieuwe Archiefregeling) er precies uit zouden komen te zien.⁴⁴ Om die reden is in het wetsvoorstel nadien een aangepaste en sterk uitgebreide toelichting over de voornemens voor de lagere regelgeving opgenomen (zie met name hoofdstuk 4). Bij de uitwerking hiervan worden de overheidsorganen op verschillende manieren betrokken. De concepten zijn onderdeel van een open internetconsultatie. Tevens vindt toetsing plaats van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Het Archiefbesluit kent eveneens een procedure van advies door de Afdeling.

Tot slot merkt de regering op dat de Archiefwet, hoewel gemoderniseerd, niet kan voorkomen dat overheidsorganen in de praktijk van het dagelijkse informatiebeheer met allerlei uitdagingen te maken krijgen. Niet alleen omdat de inzet van technologie verandert, maar ook omdat bijvoorbeeld de taken en werkwijzen van overheidsorganen veranderen, en omdat ook andere wetgeving eisen stelt aan de inrichting van hun informatiehuishouding. Voor hulp in de praktijk bestaan andere instrumenten dan wetgeving. De regering wijst daarbij in het bijzonder op de bovengenoemde gezamenlijke verbeterprogramma's, alsmede op de kennisplatforms en de verschillende kennisproducten van onder meer het Nationaal Archief, de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) en de sectororganisatie KVAN.

6. Openbaarheidsbeperkingen overheidsinformatie

Het uitgangspunt van de Archiefwet is dat overheidsinformatie openbaar is. Door de halvering van de overbrengingstermijn naar het Nationaal Archief respectievelijk de decentrale archiefdiensten worden documenten tien jaar eerder toegankelijk voor het algemene publiek.⁴⁵ Na overbrenging naar een archief zijn documenten immers openbaar.⁴⁶ Op dit algemene uitgangspunt zijn wel beperkingen mogelijk.⁴⁷ De regering verwacht dat door de kortere termijn voor overbrenging overheidsinstanties vaker een beroep zullen doen op deze beperkingen. De over te brengen documenten hebben immers een hogere actualiteitswaarde. Dit kan ertoe leiden, aldus de toelichting, dat verkorting van de overbrengingstermijn juist leidt tot minder in plaats van meer openbaarheid.⁴⁸

De Afdeling maakt in dit verband de volgende opmerkingen.

a. Beperking openbaarheid na overbrenging

Na overbrenging kan een overheidsorgaan de openbaarheid van documenten niet alsnog beperken, tenzij de voortdurende openbaarheid van die documenten onaanvaardbaar zou zijn, gelet op één of meer van de beperkingsgronden.⁴⁹ De Archiefwet 1995 laat minder ruimte aan een overheidsorgaan om alsnog beperkingen te stellen. Dit kan alleen als er

⁴⁴ Vgl. het Onderzoeksrapport Uitvoerbaarheidstoets gemoderniseerde Archiefwet, p. 22.

⁴⁵ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.7.

⁴⁶ Voorgesteld artikel 7.1, eerste lid.

⁴⁷ Voorgesteld artikel 7.2.

⁴⁸ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.7.

⁴⁹ Voorgesteld artikel 7.5. Het gaat om de beperkingsgronden genoemd in het voorgestelde artikel 7.2, eerste tot en met derde lid.

na overbrenging sprake is van nieuwe omstandigheden die een beperking van de openbaarheid rechtvaardigen.⁵⁰

De Afdeling constateert dat het wetsvoorstel zo de mogelijkheden verruimt om na overbrenging de openbaarheid alsnog te beperken. De toelichting geeft als motivering dat het overheidsorganen in staat stelt om fouten te herstellen. Zou dit niet mogelijk zijn, dan kan volgens de toelichting een vergissing bij de (wijze van) archivering ertoe leiden dat geen beperking wordt gesteld terwijl daar wel aanleiding toe was, bijvoorbeeld omdat een document bijzondere persoonsgegevens bevat.⁵¹

Op zichzelf is het begrijpelijk dat overheidsorganen in de gelegenheid worden gesteld om fouten te herstellen. In het bijzonder de bescherming van de persoonlijke levenssfeer is hier van belang. Uit de toelichting blijkt echter niet of de huidige regeling in de praktijk problemen oplevert noch of dergelijke problemen voorzien worden. Dit kan in ieder geval niet geconcludeerd worden uit de uitvoerbaarheidstoets over dit onderdeel van het wetsvoorstel.⁵² Daarbij ontstaat het risico van een minder zorgvuldige beoordeling op het moment van overbrenging. Reparatie achteraf is immers in ruimere mate mogelijk dan voorheen. Daarnaast bestaat het risico dat op oneigenlijke gronden van deze optie gebruik wordt gemaakt.

De Afdeling adviseert het voorstel en de toelichting met inachtneming van het bovenstaande aan te passen.

De Afdeling advisering constateert terecht dat de mogelijkheden om na overbrenging alsnog een openbaarheidsbeperking te stellen, door dit wetsvoorstel zijn verruimd. De Afdeling merkt op dat het begrijpelijk is dat overheidsorganen in staat worden gesteld fouten te herstellen. De Afdeling constateert echter dat uit de toelichting onvoldoende blijkt dat de huidige regeling in de praktijk problemen oplevert, noch of dergelijke problemen voorzien worden.

Op grond van het huidige artikel 15, tweede lid, van de Archiefwet 1995 kan na overbrenging uitsluitend alsnog een openbaarheidsbeperking worden gesteld, als sprake is van nieuwe feiten of omstandigheden die – als zij op het moment van overbrenging bekend zouden zijn geweest – bij de overbrenging tot een openbaarheidsbeperking aanleiding zouden hebben gegeven. In de praktijk is dit artikel problematisch gebleken voor het herstellen van vergissingen bij de overbrenging (kort gezegd: gevallen waarin bij de overbrenging per abuis geen openbaarheidsbeperking is gesteld).

Door de Rechtbank Gelderland werd in diens uitspraak van 8 september 2015 geoordeeld dat de Archiefwet 1995 voor zulke gevallen geen mogelijkheid biedt om alsnog een openbaarheidsbeperking te stellen.⁵³ Dit is problematisch, omdat vergissingen bij de overbrenging in de praktijk niet volledig zijn uit te sluiten. Dat hangt samen met de hoeveelheid documenten en de wijze waarop de documenten zijn geordend. Bij overbrenging gaat het niet zelden om archiefblokken die een periode van minimaal 10 jaar beslaan. Ondanks alle inspanningen om bij de overbrenging de juiste openbaarheidsbeperkingen te stellen, kan eenvoudigweg niet altijd worden voorkomen dat voor bepaalde

⁵⁰ Artikel 15, tweede lid Archiefwet 1995.

⁵¹ Toelichting, artikelsgewijs deel, onder artikel 7.5.

⁵² Auditdienst Rijk (2020) Uitvoerbaarheidstoets modernisering Archiefwet, p. 81.

⁵³ ECLI:NL:RBGEL:2015:5656, r.o. 7–8.

documenten per abuis geen beperking is gesteld (bijvoorbeeld omdat documenten in een verkeerd dossier terecht zijn gekomen).

Bij de archiefdiensten kunnen kilometers aan overgebracht papieren archief berusten, waarop een beperking aan de openbaarheid rust. Het is voor een archiefdienst – die tot taak heeft archief te beheren dat deze niet zelf heeft gevormd – fysiek en organisatorisch onmogelijk om de inhoud van het archief op zo'n niveau te kennen dat er zekerheid bestaat dat van alle documenten de beoordeling van de inhoud bij de overbrenging tot een juiste beperking, of tot openbaarheid heeft geleid. Het bovenstaande heeft tot gevolg dat eventuele vergissingen pas aan het licht kunnen komen als de documenten worden gelicht uit het depot, bijvoorbeeld omdat om inzage in de desbetreffende documenten is verzocht, of omdat een overheidsorgaan de documenten terug wil lenen. Als op zo'n moment aan het licht komt dat een dossier bijvoorbeeld bijzondere categorieën van persoonsgegevens of staatsgeheime gegevens bevat, moet het mogelijk zijn om alsnog een beperking te aan de openbaarheid te stellen. De verruiming van de grondslag in dit wetsvoorstel voorziet in die mogelijkheid. Natuurlijk geldt daarbij dat een alsnog te stellen openbaarheidsbeperking noodzakelijk moet zijn, en dat deze bevoegdheid niet op oneigenlijke gronden kan worden gebruikt.

b. Opheffing openbaarheidsbeperking

Het wetsvoorstel bepaalt dat beperkingen op de openbaarheid na overbrenging kunnen worden opgeheven indien daar geen grond meer voor is.⁵⁴ Deze formulering als «kan»-bepaling is vrijblijvend. Daarmee biedt het wetsvoorstel ruimte voor de situatie dat een beperking op de openbaarheid niet wordt opgeheven ondanks dat daar geen grond meer voor is. Er mag niet op voorhand van worden uitgegaan dat overheidsorganen uit eigener beweging hier proactief op zullen letten. Onderzoek toont ook aan dat overheden niet altijd een waarschuwingssysteem hebben om (tijdig) te bezien of een beperking nog steeds relevant is.⁵⁵ Dit kan leiden tot onterechte geheimhouding.

De Afdeling adviseert in de wet op te nemen dat een overheidsorgaan verplicht is tot openbaarmaking zodra een beperkingsgrond niet langer van toepassing is.

De Afdeling merkt op dat de mogelijkheid om een openbaarheidsbeperking na overbrenging op te heffen vrijblijvend is. Het wetsvoorstel biedt daarmee de ruimte voor de situatie dat een beperking op de openbaarheid niet wordt opgeheven, ondanks dat voor openbaarheidsbeperking inmiddels geen grond meer is. De Afdeling waarschuwt voor het risico van onterechte geheimhouding door overheden en adviseert om in de wet op te nemen dat een overheidsorgaan verplicht is tot openbaarmaking van overgebrachte documenten, zodra een beperkingsgrond niet langer van toepassing is.

De regering is van mening dat een verplichting om proactief openbaarheidsbeperkingen op te heffen, bijvoorbeeld met een periodieke herbeoordeling van alle documenten waarop een openbaarheidsbeperking rust, niet uitvoerbaar is en zal leiden tot een onevenredige inspanning voor de archiefdiensten. Zoals hierboven reeds is toegelicht, is het voor een archiefdienst – eenvoudigweg door de omvang van het archief dat een dienst onder beheer heeft – onmogelijk om de inhoud van alle

⁵⁴ Voorgesteld artikel 7.6, eerste lid.

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld Rekenkamer Den Haag (2021) «Openheid over geheimhouding».

documenten zo precies te kennen dat duidelijk is welke openbaarheidsbeperkingen op welk moment feitelijk zijn uitgewerkt.

Hierbij is van belang dat de openbaarheid op grond van de Archiefwet naar haar aard vraaggestuurd is. De Archiefwet gaat er immers vanuit dat eenieder *op diens verzoek* inzage kan krijgen in overgebrachte documenten. Bij een verzoek om inzage wordt vervolgens door de archiefdienst getoetst of eventuele openbaarheidsbeperkingen nog gerechtvaardigd zijn. Aldus wordt voorkomen dat een beperkingsgrond onterecht aan een verzoeker zou worden tegengeworpen. Als blijkt dat een beperkingsgrond inderdaad is uitgewerkt, kan een inzageverzoek vervolgens de aanleiding zijn om een openbaarheidsbeperking in zijn geheel op te heffen. Daarbij wordt op grond van de Archiefwet eerst het overheidsorgaan dat de documenten heeft overgebracht gehoord. In de periode tussen 2013 en 2021 zijn op deze manier door de Minister van OCW in zestien gevallen beperkingen aan de openbaarheid al dan niet gedeeltelijk opgeheven. Dit wetsvoorstel gaat uit van dezelfde systematiek.

7. Positie archivaris

Het wetsvoorstel introduceert een verplichting voor decentrale overheden tot het aanwijzen van een archivaris voor elke decentrale archiefdienst.⁵⁶ De archivaris heeft bij decentrale overheden een dubbelrol als beheerder van de archiefdienst en als intern toezichthouder op het beheer van niet-overgebrachte documenten.⁵⁷ De diploma- en opleidingseisen voor het vak van archivaris komen te vervallen.⁵⁸

De Afdeling constateert dat de positie van de archivaris met dit voorstel wordt verzwakt, terwijl een stevigere positie juist is geboden doordat de archieffunctie complexer is geworden en het belang van een goede informatiehuishouding eerder groter dan kleiner is geworden.

De formele positie en organisatorische inbedding zou verstevigd kunnen worden, bijvoorbeeld door de archivaris rechtstreeks te laten rapporteren aan het bestuur. Ook is het voor goed toezicht nodig dat er functiescheiding wordt betracht met de functionarissen op wiens werk toezicht wordt gehouden. Dat dit laatste voor kleinere gemeenten lastig uitvoerbaar is, doet niet af aan dit uitgangspunt. Zoals de regering ook zelf suggereert, kunnen decentrale overheden ook gezamenlijk gebruikmaken van de diensten van een archivaris.

Ook de inhoudelijke positie wordt verzwakt door het vervallen van de diploma-eis voor archivaris. Daarmee vervalt ook de bevoegdheid van de Minister om opleidingen aan te wijzen waar deze diploma's kunnen worden behaald. De Afdeling maakt uit de toelichting op dat de regering van oordeel is dat de curricula van de betreffende opleidingen archivistiek niet meer bij de tijd zijn door ontwikkelingen in de ICT en in de regelgeving (privacy, informatiebeveiliging).⁵⁹ De Afdeling acht niet overtuigend aangetoond dat dit het geval is. Zo het al juist zou zijn, pleit het er voor om in overleg te treden met de betreffende opleidingen en te bezien hoe het curriculum kan worden verbeterd.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

⁵⁶ Voorgesteld artikel 6.2, tweede lid en voorgesteld artikel 6.3, tweede lid.

⁵⁷ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.12.

⁵⁸ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.11.

⁵⁹ Toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.11.

De Afdeling wijst erop dat de archivaris bij decentrale overheden een dubbelrol vervult als beheerder van de archiefdienst en als intern toezichthouder op het beheer van niet-overgebrachte documenten. Bovendien komen de diploma- en opleidingseisen voor het vak van archivaris met dit wetsvoorstel te vervallen. Als gevolg hiervan zou volgens de Afdeling de positie van de archivaris organisatorisch en inhoudelijk verzwakt raken. De formele positie en organisatorische inbedding zouden volgens de Afdeling verstevigd kunnen worden door de archivaris rechtstreeks te laten rapporteren aan het bestuur of door het aanbrengen van functiescheiding in het toezicht. Dat dit laatste voor kleinere gemeenten lastig uitvoerbaar zou zijn, doet volgens de Afdeling niet af aan dit uitgangspunt, aangezien zij hierin zouden kunnen samenwerken.

Zoals in paragraaf 4.12 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is vermeld, is ook in de consultatiefase van verschillende kanten opgemerkt dat de uitbreiding van het archiefwettelijk toezicht naar de overgebrachte archieven weliswaar een goede zaak is, maar dat het onjuist zou zijn om de archivaris hiermee te belasten. De archivaris zou hierbij in zijn (dubbel)rol van zowel beheerder als toezichthouder zijn als de slager die het eigen vlees keurt. In de memorie wordt niet ontkend dat de archivaris bij decentrale overheden in zekere zin een dubbelrol heeft.

Het archieftoezicht bij decentrale overheden verschilt daarbij van het archieftoezicht op het niveau van het Rijk. Het archieftoezicht op Rijksniveau is immers op grotere afstand belegd, namelijk bij de Inspectie voor Overheidsinformatie en Erfgoed, die ressorteert onder de Minister van OCW. Daarbij speelt mee dat op Rijksniveau bij de overbrenging de verantwoordelijkheid voor de documenten (het zorgdragerschap) overgaat op de Minister van OCW. Een dergelijke scheiding van verantwoordelijkheid voor en na overbrenging kent het decentrale bestuur niet, waar ook het archieftoezicht in dezelfde hand blijft. Ook de VNG heeft de verschillende kanten van deze zelfde medaille onderkend en aangekondigd de zogeheten Kritische Prestatie Indicatoren (KPI's) hierop te zullen aanpassen en tevens een handreiking op te stellen, zodat gemeenten worden geholpen om op een passende manier met de uitbreiding van het archieftoezicht om te gaan.

Paragraaf 4.12 van de memorie van toelichting is aangevuld naar aanleiding van het advies van de Afdeling. Daarbij zijn verschillende voorbeelden gegeven van manieren waarop de verslagen van het toezicht van de archivaris voldoende gewicht kan worden gegeven, bijvoorbeeld door te voorzien in externe toetsing hiervan.

De regering meent dat dit vooralsnog voldoende is om de archivaris als toezichthouder grond onder de voeten te geven. Bovendien wordt – conform de aanbeveling van de Afdeling – in het wetsvoorstel opgenomen dat de archivaris rechtstreeks rapporteert aan het bestuur. Daarnaast wordt aan het wetsvoorstel toegevoegd dat de archivaris in ieder geval tweejaarlijks een verslag over het toezicht aan het bestuur aanbiedt (dit naar analogie van artikel 10.1, zevende lid, van het wetsvoorstel, dat op de rapportage door de Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed betrekking heeft). Dit laat onverlet dat de aanbeveling om een functiescheiding aan te brengen ook zonder een wettelijke regeling kan worden uitgewerkt in de eerder genoemde KPI's.

Het laten vervallen van het verplichte archiefdiploma betekent volgens de Afdeling een inhoudelijke verzwakking van de positie van de archivaris. Daarmee vervalt ook de bevoegdheid van de Minister van OCW om opleidingen aan te wijzen waar deze diploma's kunnen worden behaald.

De Afdeling maakt uit de toelichting op dat de regering van oordeel is dat de curricula van de betreffende opleidingen archivistiek niet meer bij de tijd zijn door ontwikkelingen in de ICT en in de regelgeving (privacy, informatiebeveiliging).⁶⁰ De Afdeling acht niet overtuigend aangetoond dat dit het geval is. Zo het al juist zou zijn, pleit zij er voor om in overleg te treden met de betreffende opleidingen en te bezien hoe het curriculum kan worden verbeterd.

Argumenten om het huidige diploma alsmede de aanwijzingsbevoegdheid af te schaffen zijn gelegen in de noodzaak van een breder aanbod en grotere diversiteit van opleidingen in duur en samenstelling, zeker nu de aanstelling van een archivaris met dit wetsvoorstel verplicht wordt gesteld. Hieraan kan met alleen de bestaande, aangewezen opleidingen en het huidige diploma onvoldoende tegemoet worden gekomen. De bestaande opleidingen kunnen onderdeel worden van een groter, breder aanbod. De memorie van toelichting benadrukt voorts dat de mate waarin de archivaris een betekenisvolle rol kan spelen in de informatiehuishouding sterk afhangt van de plaats waar hij binnen de organisatie is gepositioneerd. Zo speelt in de sector al sinds jaren de wens dat de archivaris «aan de voorkant» van de informatieprocessen betrokken wordt, omdat in die fase vaak feitelijk al wordt bepaald of informatie duurzaam toegankelijk blijft. Het bezit van het formele diploma speelt hierin een ondergeschikte rol. In een eerder stadium van dit wetsvoorstel is hierover ook met de beroepsorganisatie KVAN gesproken, die uiteindelijk een positief oordeel over deze wijziging heeft gegeven. Dit vormt ook aanleiding om, nu het verplichte diploma wordt afgeschaft en overeenkomstig het advies van de Afdeling, in overleg te treden met de verschillende organisaties die te maken hebben met opleiding en training, waaronder KVAN, VNG en vertegenwoordigers van de opleidingen zelf. Belangrijke opgave is daarbij een goed, passend en toegankelijk aanbod van opleidingen op het gebied van archivistiek en informatiebeheer.

8. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De redactionele opmerkingen van de Afdeling zijn in het wetsvoorstel overgenomen.

9. Ambtshalve wijzigingen

Los van de bovenstaande punten zijn in het wetsvoorstel verschillende kleine wijzigingen aangebracht. Ook is de memorie van toelichting op verschillende onderdelen aangepast en geactualiseerd. De inhoudelijke wijzigingen in het wetsvoorstel betreffen de volgende punten:

- In het wetsvoorstel is een definitie opgenomen van het begrip «overbrenging». Overbrenging is gedefinieerd als het «voor blijvende bewaring onder beheer brengen van documenten bij een archiefdienst». Met deze definitie wordt duidelijk gemaakt dat de kern van overbrenging eruit bestaat dat de archiefdienst verantwoordelijk wordt voor het beheer en de beschikbaarstelling van de blijvend te bewaren documenten.
- De grondslagen voor nadere regels omtrent het beheer van documenten, die eerder gebundeld in artikel 4.6 waren opgenomen, zijn gesplitst. De grondslagen zijn nu afzonderlijk opgenomen in de artikelen waarmee zij inhoudelijk verband houden. Artikel 4.6 is daarom vervallen.
- In artikel 5.5, derde lid, is geschrapt dat een verleende machtiging voor opschorting van de overbrenging ten hoogste tweemaal met tien jaar

⁶⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.11.

kan worden verlengd. Daarmee wordt voorkomen dat geen uitstel meer mogelijk zou zijn voor documenten die om bijzondere redenen ook na die termijn daadwerkelijk nog veelvuldig worden gebruikt of geraadpleegd (bijvoorbeeld omdat het uitzonderlijk langlopende dossiers betreft). Artikel 12.3 is met deze wijzigingen in lijn gebracht. Ook is aan artikel 5.5 een nieuw vijfde lid toegevoegd. Dit lid – dat verband houdt met de mogelijkheid van opschorting van de overbrenging – maakt mogelijk om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de procedure voor het aanvragen van een machtiging voor opschorting. Daarnaast biedt het lid de mogelijkheid dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur voorwaarden worden vastgesteld, die in ieder geval aan een machtiging worden verbonden.

- In artikel 10.1 – dat ziet op het toezicht op de naleving van de wet voor de centrale overheid – is vervallen dat de hoofdinspecteur jaarlijks «vóór 1 juli» aan Onze Minister verslag uitbrengt van zijn bevindingen van het toezicht. Deze datum is vervallen om de hoofdinspecteur meer flexibiliteit te geven in het moment waarop hij van zijn bevindingen verslag doet. Dit biedt de mogelijkheid om eventueel aan te sluiten bij andere rapportages, bijvoorbeeld in het kader van de Wet open overheid.
- In artikel 12.11 – over de wetsevaluatie – is toegevoegd dat de Minister de wet niet alleen na vijf jaar, maar ook na vijftien jaar evalueert. Hoewel de verschillende effecten en maatregelen uit het wetsvoorstel met een langere horizon (met name: de verkorting van de overbrengingstermijn van twintig jaar naar tien jaar, de mogelijkheden tot opschorting en ontheffing van de overbrenging, alsook de effecten van het wetsvoorstel op de informatiehuishouding als zodanig) ook in de evaluatie na vijf jaar zullen worden betrokken, is een effectieve evaluatie daarvan namelijk pas mogelijk nadat deze effecten en maatregelen daadwerkelijk hun beslag hebben gekregen.

De belangrijkste wijzigingen in de memorie van toelichting betreffen de volgende punten:

- Paragraaf 4.3 van het algemene deel van de memorie van toelichting is op verschillende punten aangepast. Met name is de toelichting over de zogeheten risicobenadering verder aangevuld, en zijn de voornemens voor de lagere regelgeving onder de Archiefwet 2021 (het Archiefbesluit en de Archiefregeling) geactualiseerd.
- De toelichting met betrekking tot het overbrengen van documenten in zogeheten blokken (vgl. met name paragraaf 6.1 van het algemene deel van de memorie van toelichting) is aangepast. Daarin is toegelicht dat voor het Archiefbesluit het voornemen is om de mogelijkheid voor overbrenging in blokken voor papieren archief te behouden, maar dat overbrenging in blokken voor digitaal archief niet voor de hand ligt.
- De artikelsgewijze toelichting bij artikel 5.4 – over het moment waarop de overbrengingstermijn gaat lopen – is aangepast. Daarbij wordt anders dan in de eerdere versie van de toelichting eenduidig aansluiting gezocht bij het moment van «creatie» van het document (met andere woorden: het moment waarop het document wordt opgemaakt of ontvangen). Ook is de artikelsgewijze toelichting bij artikel 5.5 verder aangevuld.
- De artikelsgewijze toelichting bij artikel 8.3 – over het geven van toegang tot beperkt openbare documenten – is aangevuld. Daarbij wordt toegelicht dat het onderscheid tussen de absolute en relatieve gronden voor openbaarheidsbeperking voor de toepassing van het openbaarheidsregime van de Archiefwet niet van doorslaggevend belang zijn voor het antwoord op de vraag of aan een individuele verzoeker inzage kan worden verstrekt.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik verzoek U het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Basis- en Voortgezet Onderwijs en Media,
A. Slob