

Aan : Tweede Kamer der Staten-Generaal
Vaste commissie voor Binnenlandse Zaken
Van : N.H. van den Biggelaar, J.E. van Uden en A.J. van Schaik
Betreft : Beoordeling verhouding van de handreiking 'Bewaren van chatberichten' tot
de Archiefwet 1995 en de Wet open overheid
Datum : 29 september 2022

1 INLEIDING

- 1.1 Naar aanleiding van een rondetafelgesprek op 14 juni 2022 over de archivering van stukken door bewindspersonen, heeft de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer in haar procedurevergadering van 7 juli 2022 besloten de parlementair advocaat om advies te vragen over de verhouding van de handreiking 'Bewaren van chatberichten' ("**Handreiking**")¹ tot de Archiefwet 1995 ("**Archiefwet**") en de Wet open overheid ("**Woo**").²
- 1.2 In deze notitie geven wij eerst een samenvatting van onze belangrijkste conclusies (paragraaf 2). Daarna behandelen wij achtereenvolgens het juridisch kader van de Archiefwet en de Woo in het licht van chatberichten, WhatsApp-berichten en sms-berichten ("**Chatbericht(en)**") en de juridische status van de Handreiking (paragraaf 3). Vervolgens bespreken wij de verhouding van de Handreiking tot de Archiefwet en de Woo (paragrafen 4.2, 4.3 en 4.5) en doen wij enkele aanbevelingen (paragraaf 4.6). Tot slot voorziet Bijlage 1 in een vergelijkend overzicht tussen de handvatten van de Handreiking en het juridische kader van de Archiefwet en de Woo.
- 1.3 Volledigheidshalve merken wij op dat de Algemene verordening gegevensbescherming ("**AVG**") (ook) verplichtingen met zich kan brengen om bepaalde documenten te verwijderen. De AVG is gelet op de vraagstelling in dit advies echter buiten beschouwing gelaten.

2 SAMENVATTING BELANGRIJKSTE CONCLUSIES

In deze notitie concluderen wij het volgende.

- (a) De Archiefwet noch de Woo schrijven voor dat *alle* Chatberichten van rijksambtenaren moeten worden bewaard. Lagere regelgeving die is

¹ 2020, versie 1.0.

² Op 1 mei 2022 is de Woo in werking getreden. De Woo vervangt de Wet openbaarheid van bestuur ("**Wob**"). De Woo kent ten opzichte van de Wob wijzigingen wat betreft de informatiehuishouding, het toepassingsbereik en de zorgplicht ten aanzien van informatie. De Woo voorziet niet in overgangsrecht. Daarom wordt in deze notitie de Woo als uitgangspunt genomen. Jurisprudentie op grond van de Wob is nog steeds relevant en richtinggevend, tenzij deze jurisprudentie strijdig is met de Woo. De inwerkingtreding van de Woo heeft geen gevolgen voor de verhouding tot de Archiefwet (*Kamerstukken I* 2020/21, 33328, nr. N, p. 42).

opgesteld ter uitvoering van de Archiefwet kan onder bepaalde omstandigheden (na verloop van tijd) zelfs verplichten tot het verwijderen van Chatberichten. Wat moet worden bewaard en verwijderd wordt bepaald aan de hand van zogeheten 'selectielijsten', die op grond van de Archiefwet per overheidsorgaan moeten worden opgesteld en uiteenzetten wanneer een document moet worden bewaard of verwijderd (vgl. randnummers 3.2.10-3.2.12).

- (b) De Handreiking is geen juridisch bindend instrument. De Handreiking geeft praktische handvatten en richtlijnen ter invulling van de zorgplicht onder de Archiefwet en de Woo ten aanzien van een goed geordende en toegankelijke informatievoorziening.
- (c) De in de Handreiking vervatte richtlijnen volgen grotendeels de uitgangspunten van de Archiefwet en de Woo. Naar ons oordeel is er ten aanzien van het functionele toepassingsbereik (alle rijksambtenaren), het medium (geen onderscheid tussen privé en zakelijke telefoons) en de bewaarwijze (op goede, geordende en toegankelijke manier) geen sprake van strijdigheid met voornoemde wetten.
- (d) De Handreiking wijkt echter op drie belangrijke punten af van de Archiefwet, namelijk ten aanzien van
 - (i) het soort Chatberichten dat moet worden bewaard, te weten Chatberichten die verband houden met de 'uitvoering van taken van het overheidsorgaan'; dat is een ruimer begrip dan het in de Handreiking gehanteerde 'bestuurlijke besluitvorming';
 - (ii) de verantwoordelijkheid voor de schifting (het overheidsorgaan en niet de ambtenaar zelf); en
 - (iii) de aansluiting bij de selectielijsten van overheidsorganen (de juridische grondslag op basis waarvan bepaalde Chatberichten mogen worden verwijderd).

Toepassing van de Handreiking waar deze afwijkt, is dan ook in strijd met de Archiefwet (de wet is en blijft leidend).

- (e) De Handreiking is ook strijdig met de Woo waar de Handreiking uitgaat van een engere interpretatie van Chatberichten dan het documentbegrip in de Woo. Het toepassingsbereik van de Woo is namelijk – net als bij de Archiefwet – niet beperkt tot 'bestuurlijke besluitvorming', maar ziet breder op alle documenten die de publieke taak van het bestuursorgaan betreffen. Wederom gaat de wet voor.

- (f) De geïdentificeerde knelpunten kunnen worden weggenomen door er op aan te dringen de Handreiking op die punten te laten wijzigen en volledig te laten aansluiten bij de eisen uit de Archiefwet en de Woo. De Tweede Kamer kan hierover in overleg treden met de regering. Bovendien kan de Tweede Kamer Kamervragen stellen over het opstellen of wijzigen van selectielijsten door overheidsorganen.

3 JURIDISCH KADER: ARCHIEFWET, WOO EN HANDREIKING

3.1 Algemeen: Chatberichten die gericht zijn op de uitvoering van overheidstaken vallen onder de Archiefwet en Woo

- 3.1.1 Het juridisch kader voor de informatiehuishouding van de overheid wordt vormgegeven in diverse wetten, waaronder de Archiefwet en de Woo. De Archiefwet en de Woo regelen het bewaren, informatiebeheer en de (uiteindelijke) openbaarmaking van informatie en documenten.
- 3.1.2 Het toepassingsbereik van de Archiefwet en de Woo is niet beperkt tot een specifiek medium. Beide wetten hebben een functionele reikwijdte, waarbij informatie en/of documenten die gericht zijn op het uitvoeren van overheidstaken, ongeacht hun vorm, onder voornoemde wetten vallen.
- 3.1.3 Als gevolg hiervan kunnen dus ook Chatberichten naar hun aard onder het toepassingsbereik van de Archiefwet en de Woo vallen. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ("**Afdeling**") overwoog in dat kader:

*"Sms- en WhatsApp-berichten die bij het uitvoeren van overheidstaken gebruikt zijn, vallen onder de reikwijdte van de Wob en de Archiefwet."*³

- 3.1.4 In de hierna volgende weergave van het juridisch kader richten wij ons alleen op de bepalingen in de Archiefwet en de Woo die relevant zijn voor de vraag welke Chatberichten bewaard of juist verwijderd moeten worden.

3.2 Archiefwet: informatiebeheer en verwijderplicht op basis van selectielijsten

- 3.2.1 De Archiefwet geeft het algemene kader voor het informatiebeheer door overheidsorganen, met als belangrijkste doel dat belangrijke overheidsinformatie behouden, vindbaar en toegankelijk blijft voor huidige en toekomstige generaties.⁴

³ ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, r.o. 6.1. Zie ook: ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899.

⁴ Artikel 1, aanhef en onder b van de Archiefwet. Zie in deze zin ook de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Intrekking van de Archiefwet 1995 en vervanging door de Archiefwet 2021 (Archiefwet 2021)" (het "**Wetsvoorstel Archiefwet 2021**"), *Kamerstukken II* 2021/22, 35968, nr. 3, p. 6.

- 3.2.2 Het begrip 'overheidsorgaan' in de Archiefwet is ruimer dan het begrip 'bestuursorgaan' van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht.⁵ Zo vallen bijvoorbeeld ook de beide kamers der Staten-Generaal en de Hoge Colleges van Staat onder het begrip overheidsorgaan.
- 3.2.3 De Archiefwet kent een zogeheten 'documentstelsel', wat betekent dat een document – waaronder dus ook een Chatbericht – in zijn geheel onder de reikwijdte van de wet valt.
- 3.2.4 Kort gezegd en toegespitst op Chatberichten geeft de Archiefwet procedurele regels voor overheidsorganen over:
- (a) welke Chatberichten moeten worden bewaard (randnummer 3.2.8);
 - (b) welke Chatberichten moeten worden verwijderd; (randnummers 3.2.9-3.2.13); en
 - (c) hoe die Chatberichten moeten worden bewaard (randnummer 3.2.14).
- 3.2.5 Alvorens op bovenstaande regels in te gaan is voor een goed begrip van belang de twee verschillende regimes onder de Archiefwet toe te lichten. De Archiefwet onderscheidt namelijk twee fasen: (i) de administratieve fase en (ii) de fase bij de archiefbewaarplaats.
- 3.2.6 In de administratieve fase geldt voor een overheidsorgaan (de 'zorgdrager') een zorgplicht om Chatberichten in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren. Daarnaast geldt de verplichting zorg te dragen voor de vernietiging van Chatberichten die daarvoor in aanmerking komen.⁶ Deze zorgplicht is vooral ingegeven vanuit de gedachte dat archivering (te) gecompliceerd wordt als selectie van documenten pas plaatsvindt kort voordat deze (moeten) worden gearhiveerd.⁷

Voor de goede orde merken wij op dat in de administratieve fase het openbaarmakingsregime van de Woo gewoon geldt (zie paragraaf 3.3). De Archiefwet bepaalt niet welke (delen van) Chatberichten openbaar moeten worden gemaakt in de administratieve fase.

- 3.2.7 Na twintig jaar worden de Chatberichten overgebracht naar het archief (de zogenoemde 'archiefbewaarplaats').⁸ Dit is volgens de Archiefwet de start van

⁵ Zie artikel 1, aanhef en onder b van de Archiefwet, dat het begrip 'overheidsorgaan' definieert als: een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of een ander persoon of college met enig openbaar gezag bekleed. De uitzonderingen uit artikel 1:1, tweede lid Awb zijn niet van toepassing.

⁶ Artikel 3 van de Archiefwet.

⁷ *Kamerstukken II* 1992/93, 22866, nr. 3, p. 21-22.

⁸ Artikel 12, eerste lid, van de Archiefwet (zie ook: artikel 9 van het Archiefbesluit 1995 ("Archiefbesluit")). Overbrengen op grond van artikel 12, eerste lid, van de Archiefwet betreft

de fase bij de archiefbewaarplaats. Als uitgangspunt geldt dat een ieder vanaf dat moment recht heeft op toegang tot deze Chatberichten.⁹

Ad (a) - Welke Chatberichten moeten worden bewaard?

- 3.2.8 Ten aanzien van de vraag welke Chatberichten moeten worden bewaard, geldt dat alle Chatberichten die betrekking hebben op de *uitvoering van taken van het overheidsorgaan* (in de Archiefwet aangeduid met de term 'archiefbescheiden') onder het toepassingsbereik van de Archiefwet vallen.¹⁰ Dat betekent dat alle Chatberichten van een ambtenaar of bestuurder van een overheidsorgaan waarbij gegevens worden vastgelegd die het functionele handelen van de ambtenaar of bestuurder betreffen onder de reikwijdte van de Archiefwet vallen.¹¹ Potentieel gaat het dus om (zeer) veel Chatberichten waarop het regime van de Archiefwet van toepassing is. Hieronder vallen ook Chatberichten over de uitvoering van taken van het overheidsorgaan op privételefoons.¹²

Ad (b) - Welke Chatberichten moeten worden verwijderd?

Selectielijsten: hun functie en procedurele vereisten

- 3.2.9 Chatberichten die onder de reikwijdte van de Archiefwet vallen, mogen enkel worden verwijderd indien zij op basis van vooraf opgestelde criteria naar hun aard of inhoud zijn uitgezonderd van blijvende bewaring. Dit moet door het overheidsorgaan worden vastgelegd in een zogeheten 'selectielijst'. Er bestaat op grond van de Archiefwet een verplichting voor overheidsorganen om deze selectielijsten op te stellen.¹³ Selectielijsten zijn concretiserende besluiten van algemene strekking en houden geen zelfstandige normstelling in.¹⁴ Zij concretiseren de norm van de Archiefwet en geven invulling aan de verplichting welke stukken moeten worden bewaard (en welke niet), en voor hoe lang.

vooral een juridische handeling van het openbaarmakingsregime van de Woo naar het openbaarmakingsregime de Archiefwet. Op dit moment wordt de Archiefwet gemoderniseerd zodat deze beter aansluit bij de Woo en beter toepasbaar is bij digitale informatie. Het Wetsvoorstel Archiefwet 2021 gaat uit van een kortere termijn voor overbrenging naar de archiefbewaarplaats dan twintig jaar, namelijk tien jaar.

⁹ Dit kan (tijdelijk) worden beperkt op grond van artikel 15, eerste lid, van de Archiefwet, maar enkel ter eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, het belang van de Staat of zijn bondgenoten, of de onevenredige benadeling van een ander belang. Persoonlijke beleidsopvattingen zijn op zichzelf genomen geen uitzonderingsgrond.

¹⁰ Artikel 1, aanhef en onder c, van de Archiefwet. Zie ook: E.C. Pietermaat & N.N. Bontje, 'Openbaarheid en behoorlijkheid', *NTB* 2022/75, p. 3. De Archiefwet spreekt van 'archiefbescheiden'. Indien het Wetsvoorstel Archiefwet 2021 zou worden aangenomen, wordt dit gewijzigd naar 'documenten'. Dit betreft echter geen materiële wijziging. Zie: *Kamerstukken II* 2021/22, 35968, nr. 3, paragraaf 2.3.

¹¹ Zie in dit kader ook de zienswijze van Jeurgens van 10 juni 2022 ten behoeve van het rondetafelgesprek '*Archivering van stukken door bewindspersonen onder de Archiefwet en de Woo/Wob*' van de Vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer van de Staten-Generaal op 14 juni 2022, p. 2.

¹² ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477. Uiteraard betekent dit niet dat alle Chatberichten op een privételefoon generiek zouden moeten worden bewaard. Het gaat alleen om Chatberichten die het functionele handelen van de ambtenaar of bestuurder betreffen.

¹³ Artikel 5 van de Archiefwet.

¹⁴ ABRvS 1 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH9233.

Artikel 5, eerste lid, aanhef en onder c, van het Archiefbesluit bepaalt dat een selectielijst een systematische opsomming moet bevatten van categorieën archiefbescheiden, waarin voor iedere categorie wordt aangegeven of deze worden bewaard en/of na welke termijn zij voor vernietiging in aanmerking komen. Deze werkwijze moet bovendien worden verantwoord in de toelichting op de selectielijst.¹⁵ Als Chatberichten door het overheidsorgaan worden verwijderd conform de selectielijsten, moet dit worden vastgelegd in een formele verklaring.¹⁶

- 3.2.10 Bij het opstellen van een selectielijst worden in ieder geval betrokken (i) de persoon die voor het overheidsorgaan als verantwoordelijke is aangewezen voor de informatiehuishouding, (ii) een deskundige *"op het terrein van de relatie tussen burger en overheid en de betekenis van overheidsinformatie voor deze relatie"*, en – indien van toepassing – de (rijks)archivaris.¹⁷ Op de voorbereiding van de vaststelling van de selectielijst is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing (uniforme openbare voorbereidingsprocedure). Het overheidsorgaan moet in dat kader kenbaar maken dat een ontwerpselectielijst ter inzage ligt. Vervolgens kunnen door eenieder zienswijzen worden ingediend op deze ontwerpselectielijst.¹⁸ Het uiteindelijke besluit tot vaststelling van een selectielijst wordt bekendgemaakt in de Staatscourant.¹⁹
- 3.2.11 Selectielijsten vervullen een belangrijke rol bij de informatiehuishouding, nu het regelmatig vernietigen van documenten een onmisbaar onderdeel vormt van deugdelijk archiefbeheer.²⁰ Dit geldt eens te meer in dit tijdperk van grote hoeveelheden digitale informatie. Een schifting conform de selectielijsten is dan ook noodzakelijk voor goede, geordende en toegankelijke dossiervorming.²¹ De Memorie van Toelichting bij de Archiefwet vermeldt in dat verband:

*"Er is dan ook een eenheid van opvatting, dat sedert 1968 de formele bevoegdheid om te vernietigen in feite een plicht inhoudt"*²²

¹⁵ Artikel 5, eerste lid, aanhef en onder d, van het Archiefbesluit.

¹⁶ Artikel 5, eerste lid, aanhef en onder c, jo. artikel 8 van het Archiefbesluit.

¹⁷ Artikel 3, eerste lid, van het Archiefbesluit. Volledigheidshalve merken wij op dat voor gedeputeerde staten, colleges van burgemeesters en wethouders, of besturen van waterschappen die samen een selectielijst ontwerpen, de betrokkenheid van de persoon onder (ii) achterwege mag worden gelaten (artikel 3, tweede lid, van het Archiefbesluit).

¹⁸ Artikel 3:15, tweede lid, van de Awb in samenhang gezien met artikel 4, tweede lid, van het Archiefbesluit.

¹⁹ Artikel 5, derde lid, van de Archiefwet.

²⁰ *Kamerstukken II 1992/93, 22866, nr. 3, p. 23: "[g]ezien het belang van vernietiging voor een goed archiefbeheer, is in het eerste lid van artikel 5 duidelijk vastgelegd dat er een verplichting bestaat tot het opstellen van vernietigingslijsten."*

²¹ ABRvS 14 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7942. Uiteindelijk wordt enkel 5-10 procent van de dossiers overgebracht naar een archiefbewaarplaats. Zie: N. Stroecker e.a., *Impact verkorting overbrengingstermijn. Onderzoek naar de impact van substantiële verkorting van de overbrengingstermijn (Archiefwet 1995)*, Zoetermeer: Panteia 1 augustus 2017, https://vng.nl/files/vng/20170825rapport_impact-verkorting-overbrengingstermijn.pdf, p. 14.

²² *Kamerstukken II 1992/93, 22866, nr. 3, p. 22.* Zie in dit kader ook de toelichting op het Wetsvoorstel Archiefwet 2021, *Kamerstukken II 2021/22, 35968, nr. 3, p. 23: "[o]ok in het digitale tijdperk blijven selectielijsten een belangrijk instrument om controle te houden op het*

3.2.12 Kortom: het *niet-verwijderen* van Chatberichten kan ook in strijd komen met de Archiefwet.

3.2.13 Volledigheidshalve: Chatberichten mogen niet worden verwijderd als vóór de termijn genoemd in de selectielijsten op grond van de Woo een openbaarmakingverzoek wordt gedaan.²³ In zoverre bestaat er dus een wisselwerking tussen de openbaarmakingsplicht onder de Woo en de bewaarplicht onder de Archiefwet in de administratieve fase.

Ad (c) - Hoe moeten Chatberichten worden bewaard?

3.2.14 De vraag *hoe* een overheidsorgaan Chatberichten moet bewaren die onder de reikwijdte van de Archiefwet vallen, wordt – net als de inhoud van de selectielijsten – voor een groot deel aan het overheidsorgaan zelf gelaten. Wel verplicht de Archiefwet overheidsorganen:

- (a) te weten welke Chatberichten onder hun verantwoordelijkheid vallen;
- (b) te weten waar of in welke systemen deze Chatberichten zijn opgeslagen; en
- (c) Chatberichten in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren.

3.2.15 Samengevat stelt de Archiefwet dus op 'macroniveau' eisen aan het informatiebeheer door overheidsorganen. Hierbij laat de Archiefwet het aan de overheidsorganen zelf om concreet invulling te geven aan dit algemene kader, onder voorwaarde dat de gemaakte keuzes deugdelijk worden gedocumenteerd.

3.3 Wet open overheid: openbaarmaking van overheidsinformatie

3.3.1 De Woo regelt de toegang van burgers tot overheidsinformatie. Een ieder heeft op grond van de Woo recht op toegang tot publieke informatie zonder daartoe een belang te hoeven stellen, behoudens de in de Woo gestelde beperkingen.²⁴

informatiebeheer. Het tijdig vernietigen van informatie die om welke reden dan ook niet blijvend bewaard wordt draagt immers bij aan de toegankelijkheid van de resterende informatie en voorkomt onnodige beheerkosten. Selectielijsten helpen ook om greep te houden op de omvang en kwaliteit van (toekomstige) archiefcollecties. Voorts vormt een selectielijst, als openbaar besluit, een wettelijke basis om documenten blijvend te bewaren of juist te vernietigen. Aan burgers biedt de lijst inzicht in welke overheidsinformatie (hoe lang) wordt bewaard" (onderstreping toegevoegd, adv.).

²³ ABRvS 22 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2163. Zie ook: ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, r.o. 6.2. Deze vaste rechtspraak is gecodificeerd in artikel 4.1a van de Woo: Het bestuursorgaan waarborgt het behoud van de documenten waarop een door hem ontvangen verzoek betrekking heeft.

²⁴ Artikel 1.1 van de Woo.

Daarbij geldt het uitgangspunt van het algemeen belang van openbaarheid van publieke informatie voor de democratische samenleving.²⁵

- 3.3.2 In de Woo is een actieve en een passieve openbaarmakingsplicht opgenomen. Op basis van de actieve openbaarmakingsplicht moet een bestuursorgaan uit eigen beweging informatie openbaar maken over overheidsbeleid, voorbereiding, uitvoering, handhaving en evaluatie. Dit is een inspanningsverplichting, die gelet op de recente inwerkingtreding van de Woo en de omvang van de exercitie, gefaseerd en per informatiecategorie wordt ingevoerd.²⁶ Voor zover een bestuursorgaan informatie niet actief openbaar maakt, kan eenieder een bestuursorgaan alsnog verzoeken om openbaarmaking van informatie (de passieve openbaarmakingsplicht).²⁷ Als geen weigeringsgrond van toepassing is op (delen van) de informatie, moet het bestuursorgaan overgaan tot openbaarmaking.²⁸
- 3.3.3 De Woo kent een algemene zorgplicht en een specifieke zorgplicht ten aanzien van informatie waarvoor een openbaarmakingsverzoek is ingediend.
- 3.3.4 De algemene zorgplicht houdt in dat de documenten die een bestuursorgaan²⁹ "ontvangt, vervaardigt of anderszins onder zich heeft" op toegankelijke wijze worden geordend³⁰ en op duurzame wijze toegankelijk blijven.³¹ Dit geldt ongeacht of er een openbaarmakingsverzoek ligt. Deze zorgplicht is in feite een herhaling van de zorgplicht in de Archiefwet (zie randnummer 3.2.6). Het brengt geen aanvullende verplichtingen met zich, maar benadrukt dat bestuursorganen ook maatregelen ten aanzien van hun digitale informatiehuishouding moeten treffen om sneller en makkelijker op openbaarmakingsverzoeken te kunnen beslissen.³²
- 3.3.5 De specifieke zorgplicht houdt in dat bestuursorganen moeten waarborgen dat documenten waarop een ontvangen verzoek om openbaarmaking betrekking heeft worden behouden.³³ De documenten die onder de reikwijdte van een gedaan openbaarmakingsverzoek vallen, mogen dus niet worden verwijderd.
- 3.3.6 Net als de Archiefwet kent de Woo een breed toepassingsbereik ten aanzien van Chatberichten. Documenten – waaronder dus Chatberichten – die door een

²⁵ Artikel 2.5 van de Woo.

²⁶ Artikel 10.2 van de Woo. Zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, nr. 3, p.31; *Kamerstukken II* 2021/22, 33328, nr. 43.

²⁷ Artikel 4.1 van de Woo.

²⁸ In dat kader kent de Woo absolute weigeringsgronden op basis waarvan het openbaar maken van informatie achterwege blijft (artikel 5.1 lid 1 van de Woo) en relatieve weigeringsgronden op basis waarvan informatie achterwege kan blijven (artikel 5.1 lid 2 en artikel 5.2 van de Woo).

²⁹ Zie artikel 2.2 van de Woo.

³⁰ Artikel 2.4, eerste lid, van de Woo.

³¹ Artikel 6.1 van de Woo.

³² "Het betreft immers een verplichting die ook zonder de Woo op de bestuursorganen rust". Zie: *Kamerstukken II* 2019/20, 35112, nr. 9, p. 65. Zie verder p.10 over de zorgplicht.

³³ Artikel 4.1a van de Woo. Zie ook: ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, r.o. 6.2.

bestuursorgaan zijn opgesteld of ontvangen en die naar hun aard verband houden met de publieke taak van dat bestuursorgaan vallen onder de reikwijdte van de Woo.³⁴ Ook Chatberichten op privételefoons kunnen onder de Woo vallen, mits de Chatberichten bestemd zijn voor het bestuursorgaan en verband houden met de uitvoering van een publieke taak.³⁵

- 3.3.7 Overigens betekent het voorgaande niet dat alle Chatberichten die onder het toepassingsbereik van de Woo vallen uiteindelijk (volledig) openbaar moeten worden gemaakt. De Woo kent immers uitzonderingsgronden die ertoe kunnen leiden dat openbaarmaking van bepaalde informatie in Chatberichten achterwege moet blijven, waarbij het Chatbericht in zijn geheel niet, of enkel gedeeltelijk, openbaar wordt gemaakt.³⁶ Op grond van de Woo moet deze beoordeling per passage (niet per Chatbericht) plaatsvinden. Dat ontslaat een bestuursorgaan echter niet van de algemene zorgplicht in de Woo om de volledige Chatberichten in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te houden. De vraag welke Chatberichten, al dan niet gedeeltelijk, openbaar moeten worden gemaakt is dus een andere kwestie dan welke Chatberichten moeten worden bewaard.
- 3.3.8 Ten aanzien van Chatberichten die onder de reikwijdte van een openbaarmakingsverzoek vallen en op grond van de selectielijsten nog niet voor vernietiging in aanmerking komen of zijn gekomen, en/of een formele verklaring dat het Chatbericht is verwijderd ontbreekt (vgl. randnummer 3.2.9),³⁷ maar

³⁴ Artikel 2.1 van de Woo. De Archiefwet gaat uit van een – in theorie – ruimer documentbegrip. In de praktijk wordt echter nauwelijks tot geen onderscheid gemaakt. Zie: H.S. ten Cate, 'De verhouding tussen de Archiefwet en de Wob: cohesie of conflict?', Gst. 2019/134, p.3.

³⁵ Artikel 2.1 van de Woo. Zie verder: ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4241, r.o. 4.1: "[appellant] betoogt op zich terecht dat, zoals volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899, gegevens die zich op een privételefoon of andere gegevensdragers bevinden onder de reikwijdte van de Wob kunnen vallen voor zover deze zien op een bestuurlijke aangelegenheid en bestemd zijn voor het bestuursorgaan". Zie ook ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899: "[i]n het geval dergelijke berichten op werktelefoons staan, berusten deze berichten al bij het bestuursorgaan. In het geval van privételefoons zijn dergelijke berichten bestemd voor het bestuursorgaan als zodanig en behoren de berichten te berusten bij het bestuursorgaan. Dit verschilt namelijk niet van de situatie dat een ambtenaar een fysiek document (aangaande een bestuurlijke aangelegenheid) mee naar huis zou nemen. Omdat sms- en WhatsApp-berichten die bestemd zijn voor het bestuursorgaan maar op privételefoons staan bij het bestuursorgaan behoren te berusten, mag van het bestuursorgaan worden verwacht dat het al het redelijkerwijs mogelijke doet om deze documenten alsnog te achterhalen (zie de uitspraak van de Afdeling van 30 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8916)" (onderstrepingsen toegevoegd, adv.).

³⁶ Zie hierover bijvoorbeeld ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899: "[d]e aard van sms- en WhatsApp-berichten brengt bovendien mee dat dergelijke berichten, in ieder geval indien gewisseld in het kader van intern beraad binnen de overheid, veelal persoonlijke beleidsopvattingen en daarmee verweven feiten zullen bevatten. Voor dit soort informatie bevat de Wob zelf beperkingen". Anders dan de Archiefwet (documentstelsel) kent de Woo een informatiestelsel, waardoor het op grond van de Woo onder bepaalde omstandigheden is toegestaan enkel delen of passages van documenten – waaronder Chatberichten – openbaar te maken.

³⁷ ABRvS 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1189; ABRvS 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3418, AB 2016/48, m.nt. P.J. Stolk; ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3894. Zie ook ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2042 onder r.o. 5.1: "[i]n navolging van de uitspraken van de Afdeling van 30 september 2009 in zaak nr. 200809495/1/H3 en 8 oktober 2003 in zaak nr. 200301830/1 wordt overwogen dat, voor zover

desondanks en ten onrechte niet meer onder het bestuursorgaan berusten, bestaat een verplichting voor het bestuursorgaan om de verwijderde of zoekgeraakte informatie (voor zover mogelijk) intern of bij derden op te vragen.³⁸ In de jurisprudentie hierover laat de Afdeling vanwege procedurele redenen in het midden of het bestuursorgaan in dat geval in strijd heeft gehandeld met de Archiefwet.³⁹ Het is echter aannemelijk dat in die gevallen wel degelijk in strijd is gehandeld met de Archiefwet: het ontbrak immers aan een juridische grondslag (op basis van de selectielijst) voor het overheidsorgaan om het document te verwijderen.

- 3.3.9 Het voorgaande betekent niet dat een bestuursorgaan (volledig) kan stilzitten als het de gevraagde informatie conform de selectielijsten mocht verwijderen. Het bestuursorgaan moet ook in dat geval nagaan of de opgevraagde informatie nog ergens voorhanden is.⁴⁰
- 3.3.10 Samengevat voorziet de Woo dus in een regime waarbij eenieder informatie van de overheid kan opvragen. De Woo geeft slechts in beperkte mate kaders voor welke informatie moet worden bewaard en voorziet anders dan de Archiefwet niet in normen voor verwijdering van informatie.

openbaarmaking wordt verzocht van documenten die niet bij het bestuursorgaan berusten maar wel bij het bestuursorgaan hadden behoren te berusten, van dit bestuursorgaan mag worden verwacht dat het al het redelijkerwijs mogelijke doet om deze documenten alsnog te achterhalen. Gelet hierop dient in dit geval te worden beoordeeld of op het college de plicht rustte om de bedoelde stukken te archiveren en deze aldus bij het college behoren te berusten" (onderstreping toegevoegd, adv.).

- ³⁸ Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1745, AB 2020/338, m.nt. H.S. ten Cate. Het bestuursorgaan kan bijvoorbeeld betrokken ambtenaren vragen om hun eigen telefoon en gesprekshistorie te doorzoeken. De Afdeling erkent dat dit kan volstaan voor de 'onderzoeksplicht' van het bestuursorgaan, gelet op het gegeven dat berichtenapps niet in het beheer zijn van de overheid en beperkte technische functionaliteit voor informatiebeheer binnen de berichtenapps hebben. Zie ook: ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, r.o. 7.3.
- ³⁹ Daarmee kan de verzoeker/appellant immers niet alsnog de informatie verkrijgen. Hij heeft dus geen procesbelang bij die beoordeling. Zie bijvoorbeeld: ABRvS 6 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:316; ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, AB 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum. Recent weigerde de rechtbank Amsterdam in het kader van een Wob-verzoek daarom te oordelen of specifiek de Handreiking in strijd is met de Archiefwet: "Voorts maakt, wat er overigens ook zij van het standpunt van eiseres dat sprake zou zijn van schending van de Archiefwet, een gestelde schending van de Archiefwet nog niet dat daarmee aannemelijk is geworden dat verweerder een onvoldoende zoekslag heeft gevoerd en/of dat gebleken is dat verweerder documenten onder zich heeft die ten onrechte niet openbaar zijn gemaakt". Zie: Rb Amsterdam 29 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3708, r.o. 8.1.
- ⁴⁰ ABRvS 22 augustus 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB2163: "[i]ndien een dergelijk verzoek wordt gedaan na het verstrijken van de bewaartermijn, ontslaat de mogelijkheid van het in zoverre reeds vernietigd zijn van de gevraagde informatie het bestuursorgaan niet van zijn uit de Wob voortvloeiende verplichting te bezien of deze informatie (nog) voorhanden is. De minister had derhalve, ook indien bij ontvangst van het verzoek op voorhand vast stond dat de bewaartermijn voor de gevraagde informatie verstreken was, moeten bezien of en in hoeverre deze informatie feitelijk voorhanden was" (onderstreping toegevoegd, adv.). Zie ook: ABRvS 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1633. Overigens gaat dit in beginsel niet zo ver dat het bestuursorgaan actief informatie moet opvragen bij derden. Zie: ABRvS 8 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:30.

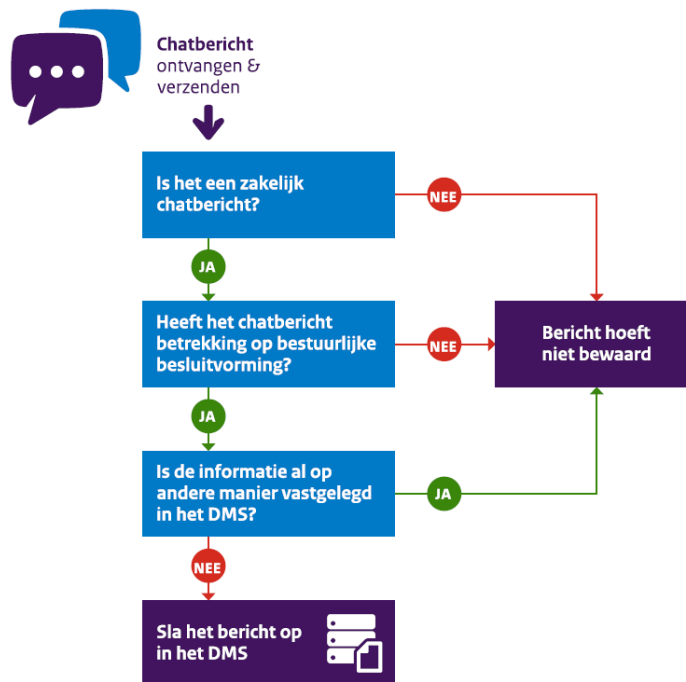
3.4 Handreiking Bewaren van chatberichten: richtlijnen voor de praktijk

- 3.4.1 De Handreiking is naar wij begrijpen opgesteld door het Rijksprogramma Duurzaam Digitale Informatievoorziening. De Handreiking is een richtlijn voor de praktijk. Dergelijke handreikingen zijn bedoeld om organisaties, zoals in dit geval de verschillende onderdelen van de rijksoverheid, te helpen de in wetgeving vastgelegde uitgangspunten en principes te vertalen naar een concrete toepassing. De Handreiking heeft geen juridische status.
- 3.4.2 In dit geval geeft de Handreiking aan rijksambtenaren⁴¹ handvatten voor het bewaren van Chatberichten. Ook bewindspersonen kunnen aansluiting zoeken bij deze handvatten. Zij zijn echter niet verplicht de Handreiking te volgen. Wel moet door rijksambtenaren én bewindspersonen worden gehandeld conform de Archiefwet en de Woo. De Handreiking beoogt te bevorderen dat het veiligstellen en opslaan van Chatberichten binnen de rijksoverheid zo uniform mogelijk geschiedt en dat een duurzaam toegankelijke informatiehuishouding binnen de rijksoverheid wordt gewaarborgd binnen de geldende juridische én (interne) beleidsmatige kaders.⁴²
- 3.4.3 De Handreiking geeft praktische richtlijnen en handvatten voor de volgende zeven onderwerpen:
- (a) Welke berichten bewaren?
 - (b) Wiens berichten bewaren?
 - (c) Wie bewaart?
 - (d) Hoe bewaren?
 - (e) Waar bewaren?
 - (f) Wanneer bewaren?
 - (g) Wanneer verwijderen?
- 3.4.4 Bijlage 1 bij dit advies geeft een overzicht van de antwoorden op bovenstaande vragen op grond van de Handreiking, de Archiefwet en de Woo.

⁴¹ Blijkens de Handreiking zijn de handvatten bedoeld voor iedereen die binnen de rijksoverheid betrokken is bij het bewaren van Chatberichten. Zie Handreiking, p. 3. Uit Bijlage 1 bij de Handreiking volgt dat het daarbij gaat om de rijksdiensten en ministeries, Hoge Colleges van Staat, de rechterlijke macht en adviescolleges.

⁴² De Handreiking noemt in dat kader onder meer de rijksbrede beleidslijn van het CIO-Beraad op 7 februari 2018 (ontraden gebruik berichtenapps), de voorkeursaanpak afgesproken in de Ministerraad van 18 april 2019 (periodiek schiften van chatberichten), alsook het rijksbeleid inzake gebruik en opslag van berichtenapps zoals vastgesteld tijdens het SG-overleg van 3 juli 2019 (beperken gebruik berichtenapps en periodieke schifting).

- 3.4.5 Ten aanzien van de onderwerpen (a), (e) en (g) voorziet de Handreiking in een beslisboom aan de hand waarvan een betrokkene kan bepalen welke Chatberichten moeten worden bewaard (en welke niet), alsook waar deze Chatberichten moeten worden bewaard:



Figuur 1: schematische weergave van de Handreiking ⁴³

- 3.4.6 Uit bovenstaande beslisboom in de Handreiking volgt de aanbevolen richtlijn dat Chatberichten moeten worden bewaard als aan drie cumulatieve criteria wordt voldaan, namelijk in het geval (i) zij betrekking hebben op het werk van de rijksambtenaar of de rijksorganisatie en dus "zakelijk" zijn ('zakelijke Chatberichten'),⁴⁴ (ii) zij van belang zijn voor de reconstructie van bestuurlijke besluitvorming en (iii) de inhoud ervan niet al in een ander (gearchiveerd) document staat. Voor deze Chatberichten geldt dat zij in het Document Management System ("**DMS**") moeten worden opgeslagen. Voor de overige Chatberichten geldt dat zij "*consequent en frequent*" moeten worden verwijderd.⁴⁵

⁴³ Handreiking, p. 10.

⁴⁴ Volledigheidshalve: een Chatbericht kan als zakelijk worden gekwalificeerd als het Chatbericht ziet op de taken van een overheidsorgaan (dus is opgesteld of ontvangen vanwege de functie van de ambtenaar of bewindspersoon), ongeacht of het bericht op een zakelijke of privé telefoon staat.

⁴⁵ Handreiking, p. 18.

- 3.4.7 De Handreiking zet verschillende wijzen van het opslaan van Chatberichten uiteen – screenshot, exporteren van het bestand, of software die Chatberichten uitleest – met de daarbij bijbehorende voor- en nadelen. De Handreiking voorziet daarbij niet in een voorkeursalternatief; rijksorganisaties "*kunnen [zelf] kiezen welke variant voor hen het beste werkt*".⁴⁶
- 3.4.8 Voor de volledigheid merken wij op dat de Handreiking niet ziet op de vraag welke informatie openbaar moet worden gemaakt (enkel op het bewaren of verwijderen van informatie). De vragen wanneer informatie wel of niet openbaar moet worden gemaakt en/of uitzonderingsgronden voor het openbaar maken van informatie op grond van de Woo van toepassing zijn (randnummer 3.3.7) vallen dus buiten de reikwijdte van de Handreiking.

4 BEOORDELING VERHOUDING HANDREIKING TOT ARCHIEFWET EN WOO

4.1 Juridische toetsing van Handreiking

- 4.1.1 Zoals toegelicht in paragraaf 3.4 geeft de Handreiking praktische invulling aan het juridisch kader en (intern) beleid van rijksoverheid voor het bewaren van Chatberichten. In dit hoofdstuk beoordelen wij de verenigbaarheid van de Handreiking met de Archiefwet en Woo. Beleidsmatige aspecten die binnen de wettelijke mogelijkheden vallen, alsook de selectielijsten van overheidsorganen, laten wij buiten beschouwing.

4.2 Handreiking kan praktische invulling geven aan Archiefwet en Woo, maar mag daarmee niet in strijd zijn

- 4.2.1 De Handreiking kan een praktische concrete invulling geven aan de Archiefwet en de Woo, maar mag daarmee niet in strijd zijn. Dat zou immers kunnen leiden tot een met de wet strijdige toepassing van de Archiefwet en de Woo
- 4.2.2 De Handreiking is niet juridisch bindend en geeft invulling aan wat binnen de rijksoverheid moet worden verstaan onder toegankelijke en goed-geordende overheidsdocumenten of -informatie. Het is uiteindelijk echter een verplichting van een overheidsorgaan zelf om selectielijsten te (doen) formuleren die in lijn zijn met de Archiefwet en de Woo.⁴⁷ Vervolgens zal het overheidsorgaan moeten nagaan onder welke categorie van de selectielijst een Chatbericht kan worden geschaard, en welke termijnen gelden voor die categorie. Daarbij mag niet worden *afgeweken* van de categorieën en termijnen in de selectielijst (zie hierna randnummers 4.4.5 - 4.4.6).

⁴⁶ Handreiking, p. 12.

⁴⁷ Dit wordt ook onderkend op pagina 4 van de Handreiking: "[h]et is uiteindelijk aan de Rijksorganisaties zelf om het beleid rondom berichtenapps in te voeren en daarin keuzes te maken aan de hand van de inzichten en richtlijnen die in deze handreiking worden toegelicht".

4.3 Handreiking strookt op hoofdlijnen met uitgangspunten Archiefwet en Woo

4.3.1 De in de Handreiking vervatte richtlijnen volgen op veel punten de uitgangspunten van de Archiefwet en de Woo. Ten aanzien van het functionele toepassingsbereik (alle rijksambtenaren),⁴⁸ het medium (geen onderscheid tussen privé en zakelijke telefoons) en de bewaarwijze (op goede, geordende en toegankelijke manier) is er naar ons oordeel geen sprake van strijd tussen de Handreiking enerzijds en de Archiefwet en de Woo anderzijds.

- (a) De Handreiking differentieert – net als de Archiefwet en Woo – niet naar anciënniteit of functie van de van rijksambtenaren: alle rijksambtenaren moeten Chatberichten die aan de in de Handreiking geformuleerde richtlijnen voldoen, bewaren.
- (b) De Handreiking ziet op Chatberichten die op zakelijke én privé telefoons worden ontvangen of verstuurd. De Handreiking maakt daarbij terecht duidelijk dat het gaat om de vraag of de inhoud van het Chatbericht 'zakelijk' is. Een Chatbericht kan als zakelijk worden gekwalificeerd als het Chatbericht ziet op de taken van een overheidsorgaan, ongeacht of het bericht op een zakelijke of privé telefoon staat. Dit is in lijn met de Archiefwet en de Woo, die geen onderscheid maken tussen Chatberichten op zakelijke of privételefoons (randnummers 3.2.8 en 3.3.6).
- (c) De Handreiking geeft diverse, concrete opties om de Chatberichten te bewaren (zie randnummer 3.4.7). De Archiefwet noch de Woo stellen concrete eisen aan de wijze van archivering, anders dan dat dit op een goede, geordende en toegankelijke manier gebeurt.⁴⁹ Screenshots van Chatberichten kunnen een goede wijze van archivering zijn, mits de screenshots ook op geordende en toegankelijke manier worden gearchiveerd. Ook in zoverre is de Handreiking in lijn met de Archiefwet en de Woo.

4.4 Handreiking bevat echter ook belangrijke afwijkingen van Archiefwet

4.4.1 Hoewel de Handreiking op bovengenoemde hoofdlijnen dus strookt met de Archiefwet en de Woo, is de Handreiking op enkele belangrijke punten strijdig met de Archiefwet (deze paragraaf) en de Woo (paragraaf 4.4.4). Toepassing van de Handreiking levert in bepaalde situaties een schending op van de in deze wetten genoemde zorgplichten (vgl. randnummers 3.2.6 en 3.3.4).

⁴⁸ Handreiking, p.11.

⁴⁹ Artikel 3 van de Archiefwet en artikel 2.4, eerste lid, van de Woo.

- 4.4.2 De Handreiking wijkt op drie belangrijke punten af van de Archiefwet, te weten: (i) het soort Chatbericht dat moet worden bewaard (of verwijderd), (ii) de verantwoordelijkheid voor de schifting en (iii) de aansluiting bij de selectielijsten van overheidsorganen.
- 4.4.3 Ten eerste gaat de Handreiking uit van een engere interpretatie van Chatberichten dan het archiefbescheidenbegrip in de Archiefwet. De Handreiking veronderstelt dat enkel Chatberichten behoeven te worden bewaard die zien op 'bestuurlijke besluitvorming',⁵⁰ en waarvan de inhoud niet al op andere wijze is vastgelegd. Dit strookt niet met de Archiefwet, die niet enkel ziet op *bestuurlijke besluitvorming* maar op de *uitvoering van taken* van een overheidsorgaan.⁵¹ Door het criterium '*uitvoering van taken*' kent de Archiefwet een potentieel breed toepassingsbereik (vrijwel alle Chatberichten, vgl. 3.2.8). Op grond van de Archiefwet moeten dus meer Chatberichten worden bewaard dan blijkt de Handreiking. De Archiefwet kent bovendien een *documentsysteem* (randnummer 3.2.3), waardoor specifieke Chatberichten – tenzij daarvan een replica is gemaakt conform artikel 7 van de Archiefwet en artikel 6 van de Archiefbesluit – niet mogen worden verwijderd, ook niet als de informatie elders is vastgelegd.
- 4.4.4 Ten tweede is op grond van de Archiefwet uiteindelijk het overheidsorgaan verantwoordelijk voor de waardering van de Chatberichten, conform de toepasselijke selectielijst. Dit komt niet als zodanig terug in de Handreiking, die lijkt te suggereren dat iedere ambtenaar zelf een afweging kan maken of de Chatberichten 'belangrijk' zijn om te bewaren.⁵² De Archiefwet sluit overigens niet uit dat een rijksambtenaar een eigen (logische) afweging maakt onder welke categorie uit een selectielijst zijn Chatberichten vallen, al dan niet in samenspraak met de experts die daarvoor binnen het overheidsorgaan zijn aangewezen.
- 4.4.5 Ten derde sluit de Handreiking onvoldoende aan bij de selectielijsten van ieder overheidsorgaan, terwijl juist de selectielijsten de juridische grondslag vormen voor de vraag welke informatie in een concreet geval wel of niet moet worden

⁵⁰ De keuze enkel Chatberichten te bewaren die betrekking hebben op de 'bestuurlijke besluitvorming' is ingegeven door de gedachte dat "[d]e meeste chatberichten die gewisseld worden in het kader van een bestuurlijke aangelegenheid, niet zijnde de besluitvorming zelf, [...] vanwege de aard van het sociale medium enkel procesmatige of (betekenisloze) details [betreffen]. Aan dergelijke berichten komt geen zelfstandige betekenis aan toe, zodat het bewaren ervan niets zou toevoegen aan het belang dat gesteld wordt met het bewaren van overheidsinformatie, namelijk ter publieke controle en verantwoording. Om die reden wordt de selectie gericht op chatberichten die betrekking hebben op de 'bestuurlijke besluitvorming'". Zie: Handreiking, p. 29. Deze motivering gaat er echter aan voorbij dat de Archiefwet een breder doel kent dan het belang van publieke controle en verantwoording.

⁵¹ Zie in dit kader ook de zienswijze van Jeurgens van 10 juni 2022 ten behoeve van het rondetafelgesprek '*Archivering van stukken door bewindspersonen onder de Archiefwet en de Woo/Wob*' van de Vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer van de Staten-Generaal op 14 juni 2022, p. 5.

⁵² Handreiking, p. 8.

bewaard, en zo ja, voor hoe lang.⁵³ Dit hangt ook samen met het brede toepassingsbereik van de Archiefwet, waardoor bijna alle functionele Chatberichten van ambtenaren onder de Archiefwet vallen (vgl. randnummer 4.4.3). Het brede toepassingsbereik van de Archiefwet wordt vervolgens ingekaderd door een selectielijst (randnummers 3.2.9 - 3.2.12) op basis waarvan verwijdering kan plaatsvinden. De Handreiking sluit echter onvoldoende aan bij deze selectielijsten; er wordt niet naar verwezen in het kader van de vraag welke Chatberichten moeten worden bewaard (of verwijderd). Dit betekent dat op basis van toepassing van de Handreiking bepaalde Chatberichten kunnen worden verwijderd, terwijl diezelfde Chatberichten op basis van een selectielijst juist (voor een bepaalde periode) moeten worden bewaard.

- 4.4.6 Zo volgt bijvoorbeeld uit de selectielijst van het ministerie van Algemene Zaken dat documenten over ondersteunende secretariële activiteiten (of dit nu Chatberichten zijn of niet) pas na twee jaar mogen worden verwijderd.⁵⁴ Vermoedelijk vallen dergelijke Chatberichten echter niet onder de Chatberichten die volgens Handreiking moeten worden bewaard, omdat op basis van de Handreiking aan dergelijke procesmatige details geen zelfstandige betekenis toekomt.⁵⁵ Het direct verwijderen van deze Chatberichten zou in strijd komen met de selectielijst van het Ministerie van Algemene Zaken.

4.5 Toepassing van Handreiking kan strijdig zijn met Woo

- 4.5.1 De Handreiking gaat uit van een engere interpretatie van Chatberichten dan het documentbegrip in de Woo. Zoals omschreven onder 4.4.3, veronderstelt de Handreiking immers dat enkel Chatberichten behoeven te worden bewaard die zien op de bestuurlijke besluitvorming. Dit strookt niet met de Woo, die niet enkel ziet op *bestuurlijke besluitvorming*, maar op de *publieke taak* van het bestuursorgaan. Onder de publieke taak kunnen, anders dan onder bestuurlijke besluitvorming, bijvoorbeeld ook Chatberichten over feitelijk handelen vallen.
- 4.5.2 Blijkens de Handreiking is uit praktische overwegingen niet aangesloten bij het bredere toepassingsbegrip uit de Woo.⁵⁶ Dit laat echter onverlet dat een

⁵³ Zie in dit kader ook Voermans tijdens het rondetafelgesprek van 14 juni 2022, die stelt: "[a]ls er niets in de selectielijsten staat, moet je dus bewaren. De handreiking draait het om en zegt: die selectielijsten voor whatsappjes zijn niet te hanteren. Dan krijg je een omkering van alle waarden. Dat moet je dus niet doen". Kamerstukken II 2021/22, 35925, nr. 168, p. 34.

⁵⁴ Dit omvat o.a. het regelen van vergaderzalen, toegang tot de Eerste en Tweede Kamer, ter kennisneming ontvangen documenten, telefoonlijstjes. Zie: Selectielijst Ministerie van Algemene Zaken en daaronder ressorterende diensten, agentschappen, commissies en raden vanaf 2007 (versie 10 maart 2020), p. 39.

⁵⁵ Handreiking, p. 29: "[d]e meeste chatberichten die gewisseld worden in het kader van een bestuurlijke aangelegenheid, niet zijnde de besluitvorming zelf, betreffen vanwege de aard van het sociale medium enkel procesmatige of (betekenisloze) details".

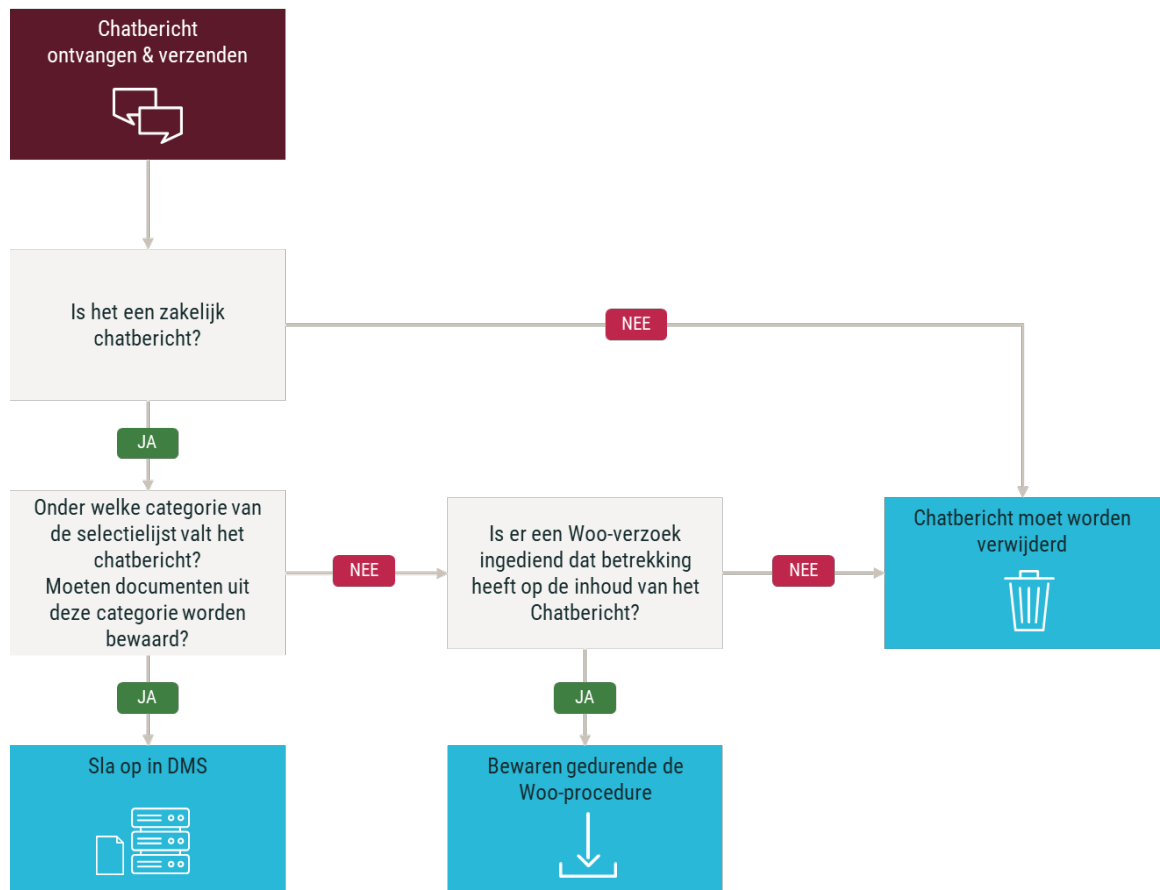
⁵⁶ Zie voetnoot 8 van de Handreiking: "[b]estuurlijk besluitvorming valt onder het begrip 'bestuurlijke aangelegenheden' uit de Wob. In de instructie is gekozen voor bestuurlijke besluitvorming, zodat met een kleinere beheerslast, er recht gedaan wordt aan het belang dat gediend wordt met het bewaren van de overheidsinformatie, namelijk ter publieke controle en verantwoording".

dergelijke handelswijze niet in overeenstemming is met de Woo en dat uiteindelijk de materiële reikwijdte van de Woo prevaleert. De wet gaat voor.

4.6 Aanbevelingen

- 4.6.1 De hiervoor geïdentificeerde knelpunten zouden kunnen worden weggenomen door de Handreiking op die punten te wijzigen en volledig te laten aansluiten bij de eisen uit de Archiefwet en de Woo. In dat kader kan de Handreiking dan ook worden geactualiseerd naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Woo. Op dit moment verwijst de Handreiking immers nog naar de Wob.
- 4.6.2 In ieder geval zou de beslisboom in de Handreiking (zie figuur 1) moeten worden aangepast, nu de beslisboom een engere definitie hanteert dan de 'archiefbescheiden' en 'documenten' uit de Archiefwet respectievelijk de Woo.⁵⁷ Op dit moment zal een overheidsorgaan immers in strijd handelen met de Archiefwet indien een ambtenaar de beslisboom uit de Handreiking strikt aanhoudt (zie paragraaf 4.4). Zie in dit kader onderstaande, aangepaste beslisboom:

⁵⁷ Dit is in lijn met wat Jeurgens ook stelt tijdens het rondetafelgesprek van 14 juni 2022: "[i]k wil nog even wijzen op het simpele plaatje dat er staat, zeg maar dat stroomschema. Er wordt een onderscheid gemaakt, in de zin of het appbericht zakelijk is maar niet valt onder bestuurlijke besluitvorming. Als het alleen maar zakelijk is, zou het alsnog vernietigd kunnen worden. Het onderscheid tussen zakelijk en bestuurlijke besluitvorming is in mijn ogen niet te maken, in elk geval niet in verhouding tot de Archiefwet. De Archiefwet zegt daar helemaal niets over. Op het moment dat iets aan informatie vastgelegd of uitgewisseld is omdat het met jouw functie te maken heeft, of het nou tot een besluit leidt of niet, dan valt het gewoon onder de Archiefwet" (onderstreping toegevoegd, adv.). Kamerstukken II 2021/22, 35925, nr. 168, p. 35.



Figuur 2: suggestie voor een aangepaste beslisboom

- 4.6.3 Voorts valt te overwegen handreikingen vast te stellen die aansluiten bij de specifieke situatie van het overheidsorgaan, in plaats van een handreiking die geldt voor de gehele rijksoverheid. Dat maakt wellicht een simpeler en op de praktijk toegespitste weergave van de toepasselijke regelingen en selectielijst van het specifieke overheidsorgaan mogelijk. Verschillende overheidsorganen kunnen immers verschillende selectielijsten en beheersregelingen hebben.
- 4.6.4 De Tweede Kamer kan over het voorgaande in overleg treden met de regering.
- 4.6.5 De Tweede Kamer of relevante vaste commissies kunnen ook – bijvoorbeeld bij de herziening van de Archiefwet – (meer) stilstaan bij de rol van digitale media

op selectielijsten.⁵⁸ Selectielijsten zijn op dit moment veelal gericht op *processen* en *dossiers* en niet zo zeer op het *type* document (zoals Chatberichten).⁵⁹

Zo maakt de selectielijst van het Ministerie van Algemene Zaken veelal onderscheid naar *processen* (zoals het verrichten van publieksvoorlichting, het opstellen van jaarverslagen, of het opstellen en vaststellen van plannen).

De huidige hoeveelheid aan Chatberichten die hierdoor potentieel moet worden bewaard, kan het doel van een goed geordend en toegankelijk archief ondermijnen. Dat is evengoed in strijd met de Archiefwet.⁶⁰ De Tweede Kamer zou over dit knelpunt actief kunnen meedenken met de regering.

- 4.6.6 In het kader van specifiek de Woo kan de Tweede Kamer advies vragen aan het Adviescollege Openbaarheid en Informatiehuishouding (het "**Adviescollege**"). Dit Adviescollege is aangesteld naar aanleiding van de recente inwerkingtreding van de Woo. Het Adviescollege kan op verzoek van de Tweede Kamer adviseren over de uitvoering van de regels over openbaarmaking van publieke informatie.⁶¹ Het Adviescollege kan ook richtsnoeren publiceren hieromtrent.⁶²

Wij begrijpen dat op 19 mei 2022 de minister-president reeds heeft toegezegd aan het Adviescollege een advies te vragen over het gebruik van Chatberichten in het kader van de Archiefwet en de Woo.

- 4.6.7 Tot slot kan de Tweede Kamer actief aandacht (blijven) vragen voor toezicht op de naleving (of opstellen) van selectielijsten door overheidsorganen.⁶³ Op grond

⁵⁸ Eerder hebben Bakkum en Drahmann zich al afgevraagd of de huidige selectielijsten wel volledig en toepasbaar zijn. Zie: ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:399, AB 2021/83, m.nt. M.H.A. Bakkum en A. Drahmann, onder 4. Overigens worden mogelijk niet door ieder overheidsorgaan selectielijsten gebruikt. De Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed, onderdeel van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap geeft enkel aan dat selectielijsten in *toenemende* mate gebruikt worden. "*De Inspectie ziet een toename van het gebruik van de selectielijst als instrument dat wordt voorgeschreven door de Archiefwet. Dat is op zich een positieve ontwikkeling. De selectielijsten zijn echter niet altijd goed op elkaar afgestemd*", Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed, 'Een dementerende overheid 2.0? Een analyse over de informatiehuishouding bij het Rijk; 15 jaar "na een dementerende overheid"', 2021, p.13. Uit de Monitor overheidsinformatie 2019-2020 benchmark ministeries (p. 9) volgt dat in de periode 2019-2020 zo'n 4 % van de ministeries en dienstonderdelen niet over een (concept) selectielijst beschikte. Voorgaande impliceert dat niet ieder overheidsorgaan gebruik maakt (of bezig is met het opstellen) van een selectielijst – dat is in strijd met de Archiefwet.

⁵⁹ Zo merkt ook Ten Cate op dat in de selectielijsten een onderscheid naar type archiefbescheiden kan worden opgenomen. Zie: ABRvS 21 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2477, CR 2021/5, m.nt. H.S. ten Cate, 3d.

⁶⁰ ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:399, AB 2021/83, m.nt. M.H.A. Bakkum en A. Drahmann, onder 4.

⁶¹ Artikel 7.2, eerste lid, van de Woo.

⁶² Artikel 7.2, vijfde lid, aanhef en onder d, van de Woo.

⁶³ Er bestaan op dit moment namelijk geen adequate handhavingsbevoegdheden ten aanzien van overheidsorganen die ten onrechte documenten verwijderen. Zie hierover ook A. Bakkum & A. Drahmann, 'Tussen recht en praktijk: versterk het toezicht op en de handhaving van de informatiehuishouding van de overheid', *NJB* 2021/17. Als in de dagelijkse praktijk documenten na verloop van tijd verloren gaan, verbindt de Afdeling hier ook niet persé consequenties aan. Zie: ABRvS 12 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7942, r.o. 2.3: "[d]e Afdeling stelt voorop

van artikel 25a van de Archiefwet is de Inspectie Overheidsinformatie en Erfgoed namens de Minister van onderwijs, Cultuur en Wetenschap belast met toezicht op het informatiebeheer van de organen van de centrale overheid. De Tweede Kamer kan vragen om een inspectie, of Kamervragen stellen naar aanleiding van gepubliceerde rapporten.⁶⁴ De Tweede Kamer kan ook Kamervragen stellen over het opstellen of wijzigen van selectielijsten door overheidsorganen, bijvoorbeeld door te controleren of bij de wijziging de nodige (externe) expertise is betrokken (vgl. randnummer 3.2.10).⁶⁵

* * *

dat met in de dagelijkse bestuurspraktijk opkomende stukken en bestanden op een zodanige wijze moet worden omgegaan, dat geen afbreuk wordt gedaan aan de aanspraken op openbaarheid van documenten die aan de Wob kunnen worden ontleend. Dat neemt niet weg dat het in die dagelijkse praktijk niet wel mogelijk is dat altijd alle elektronische berichten, kladjes en notities bewaard blijven. Deze gaan soms (na verloop van tijd) verloren of worden niet bewaard omdat er - uit het oogpunt van deugdelijke en overzichtelijke dossiervorming - een zekere schifting plaatsvindt."

⁶⁴ Rapporten zoals de Monitor overheidsinformatie 2019-2020 benchmark ministeries (18 februari 2021).

⁶⁵ Uit de Monitor overheidsinformatie 2019-2020 benchmark ministeries (p. 10) volgt dat in de periode 2019-2020 bij 4 procent van de ministeries of diensten geen externe deskundige betrokken is geweest bij het vaststellen van de selectielijst.

Bijlage 1 Overzicht vergelijking Handreiking ten opzichte van Archiefwet en Woo

	<i>Handreiking</i>	<i>Archiefwet</i>	<i>Woo</i>
Welke Chatberichten bewaren?	Alle zakelijke chatberichten die van belang zijn voor de reconstructie van bestuurlijk besluitvorming, tenzij de inhoud al op een andere manier is vastgelegd.	Chatberichten ('archiefbescheiden') die in relatie staan tot de uitvoering van taken van een overheidsorgaan. ⁶⁶	Geen bewaarplicht tenzij sprake van een Woo-verzoek (dan mogen documenten waarop het Woo-verzoek ziet, en die op dat moment onder het bestuursorgaan berusten, niet worden verwijderd), wel zorgplicht t.o.v. Chatberichten ('documenten') die door een orgaan, persoon of college zijn opgesteld of ontvangen en die naar zijn aard verband houden met de publieke taak daarvan. ⁶⁷
Van wie moeten de Chatberichten worden bewaard?	Alle rijksmedewerkers.	Alle medewerkers van een overheidsorgaan. ⁶⁸	Alle medewerkers van een bestuursorgaan. ⁶⁹ Volledigheidshalve: Tweede Kamerleden en de Kamerfracties vallen <u>buiten</u> de reikwijdte van de Woo. ⁷⁰
Wie moet de Chatberichten bewaren?	Individuele medewerker – meestal de laagste in hiërarchie.	De juridische verantwoordelijkheid ligt bij het overheidsorgaan, de feitelijke uitvoering veelal bij individuele medewerkers. ⁷¹ Na twintig jaar bewaart de archiefbeheerder de Chatberichten.	De juridische verantwoordelijkheid voor de zorgplicht ex artikel 2.4 lid 1 Woo of bewaarplicht ex artikel 4.1a Woo rust bij het bestuursorgaan.
Hoe moeten de Chatberichten worden bewaard?	Screenshots, bestand exporteren.	Het overheidsorgaan mag dit zelf vormgeven (tot Chatberichten naar het rijksarchief worden gebracht), mits de Chatberichten in geordende en toegankelijke staat worden gebracht en bewaard. ⁷²	Het bestuursorgaan mag dit zelf vormgeven, mits in goede, geordende en toegankelijke staat. ⁷³

⁶⁶ Artikel 1, aanhef en onder c, van de Archiefwet.

⁶⁷ Artikel 2.1, artikel 2.4 en artikel 4.1a van de Woo.

⁶⁸ Met het begrip overheidsorganen wordt aangesloten bij het begrip 'bestuursorgaan' van artikel 1:1 van de Awb, maar het begrip uit de Archiefwet is wel breder omdat het geen uitzonderingen kent zoals in artikel 1:1, tweede lid, onder e, van de Awb. Zie: Artikel 1, aanhef en onder b van de Archiefwet.

⁶⁹ Artikel 2.2, eerste lid, van de Woo. Met het begrip bestuursorgaan wordt aangesloten bij datzelfde begrip in artikel 1:1 van de Awb. NB: niet alle uitzonderingen van het bestuursorgaanbegrip in artikel 1:1, tweede lid, van de Awb zijn van toepassing.

⁷⁰ Artikel 2.2, tweede lid, onder b, van de Woo.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld artikel 3 onder 7 van de Beheersregeling Archiefbeheer AZ 2020.

⁷² Artikel 3 van de Archiefwet.

⁷³ Artikel 2.4, eerste lid, van de Woo.

	<i>Handreiking</i>	<i>Archiefwet</i>	<i>Woo</i>
Waar moeten de Chatberichten worden bewaard?	In het DMS van de rijksorganisatie: (i) in het zaak/procesdossier, of (ii) in het persoonsdossier.	Chatberichten worden bewaard conform de door de overheidsorganen zelf opgestelde bewaarregels, ⁷⁴ bijvoorbeeld in het DMS. ⁷⁵ Na 20 jaar – voor zover relevant – worden de Chatberichten verplaatst naar de archiefbewaarplaats van een archiefdienst. ⁷⁶	Chatberichten worden bewaard conform de door de ministeries zelf opgestelde meerjarenplannen verbetering informatiehuishouding. ⁷⁷
Wanneer moet de informatie worden gearhiveerd?	Minimaal wekelijks.	Afhankelijk van de door de overheidsorganen opgestelde bewaarregels. ⁷⁸	-
Wanneer mag het Chatbericht worden verwijderd?	Telefoon: nadat de 'relevante' chathistorie in het DMS is bewaard. ⁷⁹ Archief overheid: -	Telefoon: nadat hiervan reproducties zijn gemaakt en/of het chatbericht is opgeslagen in het eigen archiefsysteem. Archief overheid: conform de selectielijsten. ⁸⁰	Verwijdering is in elk geval <u>niet</u> mogelijk wanneer er een verzoek is gedaan tot inzage van de Chatberichten. ⁸¹

⁷⁴ Artikel 11, eerste lid, jo. artikel 13, eerste lid, jo. artikel 14 van het Archiefbesluit 1995.

⁷⁵ Artikel 4, eerste lid, van de Beheersregeling Archiefbeheer AZ 2020.

⁷⁶ Zie artikel 12, eerste lid, en artikel 13, eerste en derde lid, van de Archiefwet.

⁷⁷ Hoofdstuk 6 van de Woo.

⁷⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 4, eerste lid, van de Beheersregeling Archiefbeheer AZ 2020. Direct bij binnenkomst of bij creatie van de documenten beoordeelt de behandelende medewerker of het een archiefbescheiden betreft en registreert de medewerker dit in het DMS.

⁷⁹ Reproducties ingevolge artikel 7 van de Archiefwet.

⁸⁰ Tenzij sprake is van een 'hot-spot', waardoor Chatberichten *langer* kunnen worden bewaard.

Zie artikel 5, eerste lid, onder e, van het Archiefbesluit 1995.

⁸¹ Artikel 4.1a van de Woo.