

## Zienswijze Wim Voermans

Hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden



Leiden, 10 juni 2022

Opgesteld voor 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

## Inhoud

Samenvatting.....	3
Vallen Whatsapps en SMS-berichten onder de Woo? .....	4
Een recht op publieke informatie.....	4
Geheimhoudingsplichten als weigeringsgrond onder de Wet open overheid .....	6
Geheimhoudingsplicht art. 26 Reglement van orde voor de ministerraad .....	6
Oprekking geheimhoudingsplicht naar eenheid van kabinetsbeleid? .....	7
Opleggen geheimhoudingsplicht via vergaderreglement? .....	8
Problemen met het nieuwe artikel 26a RvORM .....	9
Problematische relatie art. 26a RvORM en Wet parlementaire enquête 2008.....	10

## Samenvatting

In deze zienswijze wordt, aan de hand van de nieuwe opzet van de Wet open overheid (Woo) die sinds 1 mei 2022 de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) heeft vervangen, uiteengezet dat sms/app verkeer onder de werking van de Woo valt. De zorgplichten en openbaarmakingsrechten zijn volledig op sms/app-verkeer van toepassing. Net als de Wob kent de Woo een beperkte mogelijkheid om te weigeren agenda's, notulen en andere verslagen van de ministerraad openbaar te maken, maar die uitzonderingsmogelijkheid geldt alleen voor wat in de ministerraad 'ter vergadering besproken wordt of geschiedt'. Daarvoor geldt een geheimhoudingsplicht, die geldt voor ministers en staatssecretarissen en hun ondergeschikten. Sms-jes en apps die niet gelden als informatie die *ter* vergadering is besproken, vallen buiten het bereik van de geheimhoudingsplicht kunnen daarom in beginsel voorwerp zijn van een openbaarmakingsverzoek.

De lijn die het kabinet, blijkens berichten van 3 en 7 juni 2022, aan wil gaan houden om niet langer sms/app berichten van bewindspersonen openbaar te maken op verzoek omdat die de eenheid van het kabinetsbeleid kunnen compromitteren en geen besluitvorming behelzen, strijdt met de Woo.

Er zijn verder vragen stellen bij de manieren waarop op dit ogenblik geheimhoudingsplichten – ook met werking buiten de kring van ministers en staatssecretarissen en hun ondergeschikten worden opgelegd.

Het nieuwe artikel 26a van het Reglement van orde ministerraad (2020) strookt niet met de Wet parlementaire enquête 2008.

## Vallen Whatsapps en SMS-berichten onder de Woo?

Op 1 mei 2022 is de Wet open overheid (Woo) inwerking getreden. Die wet vervangt de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Onder de Wob was langere tijd niet geheel duidelijk of bepaalde vormen van elektronisch berichtenverkeer zoals sms- of whatsapp-tekstberichten ook onder het Wob-openbaarheidsregime vielen. In 2019 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak dat 'sms- en WhatsApp-berichten (...) onder de huidige documentdefinitie van de Wob vallen in die zin dat het gaat om 'een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat'.<sup>1</sup> Die uitspraak is gecodificeerd in art. 2.1 van de Woo, waarin onder document wordt verstaan 'een door een orgaan, persoon of college (...) opgemaakt of ontvangen schriftelijk stuk **of ander geheel van vastgelegde gegevens** dat naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan.' Daarmee is de kwestie op digitaal berichtenverkeer – via welk medium ook – wel of niet onder de Woo vallen voor eens en altijd geregeld. Dat sms/apps onder de Woo vallen, en dus publieke informatie zijn, heeft verschillende gevolgen:

1. Iedereen **heeft recht op toegang** tot deze vormen van publieke informatie zonder daartoe een belang te hoeven stellen, binnen de grenzen die de Woo daarvoor aanlegt (art. 1.1 Woo),
2. Het bestuursorgaan dat die sms/apps (of ander vormen van publieke informatie) stuurt, ontvangt of onder zich heeft, heeft een **zorgplicht** om die informatie 'in goede, geordende en toegankelijke staat' te brengen en te houden (art. 2.4 Woo),
3. Iedereen kan een **verzoek om publieke informatie** aan een bestuursorgaan doen die dan ook **moet worden verstrekt** binnen de grenzen die de wet stelt (en binnen de termijnen die de wet stelt) (art. 4.1 e.v. Woo),
4. Publieke informatie **waarom is verzocht door een verzoeker** (o.g.v. art. 4.1 Woo) **mag niet worden vernietigd** (art. 4.1.a Woo Borgen inhoud documenten),<sup>2</sup>
5. Iedereen die met de Woo te maken heeft moet **uitgaan van het algemeen belang van openbaarheid van publieke informatie voor de democratische samenleving** (art. 2.5 Woo). Verwijten over ongezonde nieuwsgierigheid, overdreven transparantie-zucht, 'wedstrijdes wantrouwen' of het bestuur/kabinet van het werk houden, hebben geen plaats in de hantering van de wet.

## Een recht op publieke informatie

Er is iets wezenlijks veranderd met de inwerkingtreding van de Wet open overheid (Woo). Waar onder de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) openbaarheid van informatie een loutere

---

<sup>1</sup> ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899.

<sup>2</sup> Dit is een codificatie van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak uit 2005 waar deze uitsprak dat 'ná de indiening van een verzoek om informatie op grond van de Wob het bestuursorgaan niet de vrijheid heeft om over te gaan tot vernietiging van stukken en bestanden waarop dat verzoek betrekking heeft.' Afdeling bestuursrechtspraak 14 december 2005 ECLI:NL:RVS:2005:AU7942 Vanaf dat moment dient volgens de Afdeling 'het behoud daarvan volledig te worden gewaarborgd, opdat ook over de vraag of sprake is van voor openbaarmaking mogelijk in aanmerking komende documenten effectief besloten en geprocedeerd kan worden'. ABRvS 22 mei 2019, r.o. 5.3, ECLI:NL:RVS:2019:1633. Zie ook memorie van toelichting, *Kamerstukken I*, 2020/21, 33 328, N, p. 80.

**verplichting** was voor de overheid<sup>3</sup> kent de Woo 'een ieder een **recht** toe op publieke informatie'.<sup>4</sup> Zoals de toelichting van de Wet open overheid het uitdrukt:

Democratie verdraagt geen geheimhouding; alleen een goed geïnformeerd publiek kan overwogen keuzes maken. (...)<sup>5</sup>

De Wet open overheid (Woo) stelt voorop dat toegang tot publieke informatie een recht is dat in beginsel aan eenieder in gelijke mate toekomt. **Uitzonderingen en nuanceringen** op dit uitgangspunt gelden slechts **voor zover de Woo daarin voorziet**. Waar in de Woo nadere regeling bij algemene maatregel van bestuur wordt voorgesteld, kan deze maatregel geen beperking van de in de Woo vastgelegde rechten inhouden. Een grondslag voor een algemene maatregel van bestuur waarin het openbaarheidsregime voor bepaalde bestuursorganen wordt uitgezonderd, zoals opgenomen in artikel 1a van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), is in de Woo daarom niet gehandhaafd. Op grond van artikel 1.1 krijgt eenieder een recht op toegang tot publieke informatie. Dit recht, dat [voorheen] alleen indirect [was] af te leiden uit de Wob en uit artikel 110 van de Grondwet, vormt een afspiegeling van het belang van openbaarheid voor de individuele burger. De erkenning van dit recht is een belangrijke stap in het emancipatieproces van de burger tegenover de overheid (...) Waar openbaarheid van bestuur in het verleden werd gezien als vorm van voorlichting en als gunst van de overheid en de Wob openbaarheid als verplichting richting de overheid neerzet, zet de Woo een volgende stap in de erkenning van het belang van openbaarheid voor de burger. (...)

In de eerste plaats dient **toegang tot publieke informatie een recht te zijn ter bescherming van de democratische rechten van de burger**. Zo staat geheimhouding van publieke informatie effectieve uitoefening van de vrijheid van meningsuiting en het kiesrecht in de weg. Daarnaast kan in bepaalde gevallen openbaarheid van publieke informatie behulpzaam zijn in het versterken van de rechtspositie.<sup>6</sup>

De overgang van een *overheidsplicht* tot openbaar maken van publieke informatie, naar een *recht* van een ieder op toegang tot die informatie, heeft gevolgen. Waar het stelsel van de Wob niet een echt gesloten stelsel van beperkings- en weigeringsgronden kende (ook *verschoningsgronden* waaruit volgde dat publieke informatie door het bestuursorgaan niet geleverd kon worden, werden door de rechter geaccepteerd) kent de Woo, blijkens de toelichting, wel zo'n *gesloten stelsel van uitzonderingen en nuanceringen* (lees: weigerings- en beperkingsgronden) van het recht op publieke informatie. Alleen die beperkingen en nuanceringen waarin de Woo zelf voorziet kunnen het recht op publieke informatie beperken. Die gewijzigde opzet van de Woo heeft betekenis voor de verstrekking van publieke informatie door ministers en staatssecretarissen. Wil een minister of staatssecretaris publieke informatie kunnen weigeren of anderszins het recht op publieke informatie beperken, dan kan dat alleen op basis van een van de gronden genoemd in de Woo – zo volgt uit het nieuwe stelsel. Dat trekt een wissel op de zorgplicht die ministers en staatssecretarissen hebben voor de publieke informatie die ze onder zich hebben. Waar je onder de oude Wob nog wel enig begrip kon opbrengen voor een bestuursorgaan, zoals een minister, die niet aan zijn plicht tot openbaarmaking kon voldoen, is het onder de Woo minder goed denkbaar dat je force majeure of

---

<sup>3</sup> Zie art. 2 Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Met deze verplichting werd uitdrukking en vervolg gegeven aan de opdracht die art. 110 Gw geeft: 'De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens de regels bij de wet te stellen'.

<sup>4</sup> Art 1.1. Woo.

<sup>5</sup> *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 2.

<sup>6</sup> Zie de memorie van toelichting, *Kamerstukken I*, 2020/21, 33 328, N, p. 39.

andere redenen inroept die je beletten publieke informatie openbaar te maken: je bekent dan veelal tegelijkertijd te kort te schieten in je zorgplicht en je schendt het recht van burgers, bedrijven en instellingen. Ook de geheimhoudingsplichten die ministers en staatssecretarissen kennen, komen door de nieuwe opzet van de Woo in een ander daglicht te staan.

## Geheimhoudingsplichten als weigeringsgrond onder de Wet open overheid

Geheimhoudingsplicht art. 26 Reglement van orde voor de ministerraad

Artikel 26 Reglement van orde voor de ministerraad (RvORM) zegt:

‘Ten aanzien van hetgeen *ter vergadering besproken wordt of geschiedt*, bestaat een geheimhoudingsplicht.’<sup>7</sup>

Dit artikel geeft invulling aan art. 45, vierde lid, Gw<sup>8</sup> dat de ministerraad opdraagt de eenheid van het algemeen regeringsbeleid te bevorderen. Het vergaderreglement van de ministerraad is geen *wettelijke* regeling (geen algemeen verbindend voorschrift) vastgesteld op basis van een bevoegdheid om regels te maken. Het is een huishoudelijk reglement dat niet extern kan binden.<sup>9</sup> Met dat Reglement in de hand kon je onder de Wob nog uitleggen dat je vanwege de geheimhoudingsplicht niet aan je verplichting tot verstrekken van publieke informatie kon voldoen,<sup>10</sup> of dat je die plicht zwaarder liet wegen. Dat is gezien het gesloten stelsel van de Woo lastiger, al kent

---

<sup>7</sup> Dit artikel geeft invulling aan art. 45, vierde lid, Gw dat de ministerraad opdraagt de eenheid van het algemeen regeringsbeleid te bevorderen.

<sup>8</sup> Artikel 45 Gw geeft, voor goed begrip, geen bevoegdheid tot het stellen van regels over dit onderwerp.

<sup>9</sup> Daarover bestaat brede consensus. Zie o.a. P.P.T. Bovend'Eert en H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, 12<sup>de</sup> dr. Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 318. Externe werking kan het reglement alleen al daarom niet hebben omdat het niet is vastgesteld op basis van een geattribueerde dan wel gedelegeerde bevoegdheid tot regelgeving.

<sup>10</sup> In ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883 aanvaardde de Afdeling bestuursrechtspraak dat ministerraadstukken [uit een onderraad, de MCCb, WV] niet openbaar werden gemaakt in de volgende bewoordingen: ‘de opdracht om de eenheid van het regeringsbeleid te bevorderen en de gevoelige aard van de onderwerpen die binnen de MCCb worden besproken, heeft de minister het belang om onevenredige benadeling te voorkomen zwaarder mogen laten wegen dan het belang dat is gemoeid met openbaarmaking.’ Artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, bevatte namelijk een bepaling die het mogelijk maakte onevenredige benadeling van (rechts)personen informatie te weigeren. Maar dat gold wel alleen hele specifieke situaties. In de woorden van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State: ‘Deze bepaling voorziet daarmee in de behoefte om de Wob te kunnen toepassen in zeer verschillende, niet voorspelbare situaties. Het karakter van deze bepaling brengt mee dat onder bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden ook publiekrechtelijke lichamen worden begrepen. De bepaling mag er echter niet toe leiden dat bestuursorganen gegevens zouden mogen achterhouden omdat publicatie daarvan mogelijk een ongunstig licht zou werpen op het door hen gevoerde beleid of de kans op aanvaarding van het door hen voorgenomen beleid zou verkleinen. De belangen die hierbij in het geding zijn wegen niet op tegen het met de Wob beoogde publieke belang van het verstrekken van informatie. Een en ander neemt niet weg dat ook ministers, andere bestuurders en ambtenaren bij de aangelegenheid betrokken personen kunnen zijn, zeker als om informatie wordt gevraagd over aangelegenheden die henzelf betreffen. Hierbij is niet gedacht aan gevallen waarin van inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer sprake is, maar aan zulke waarin het belang van het goed functioneren van het publiekrechtelijke lichaam waarvan zij deel uitmaken, in het geding is.’ ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3459. In 2019 werd benadeling van de Staat ook als weigeringsgrond aanvaard door de Afdeling, maar dat betrof de specifieke situatie waarin de openbaarmaking van een onderzoeksrapport (over MH17) het gevolg zou kunnen hebben onderzoekers in de toekomst terughoudender zouden kunnen worden als betrouwbaarheid van onderzoek en rapportage niet gegarandeerd zouden kunnen worden. ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:100. De memorie van toelichting van de Woo heeft deze jurisprudentie op het oog bij de relatieve weigeringsgrond van art. 5.1, tweede lid aanhef en onder g. Zie de memorie van toelichting *Kamerstukken I*, 2020/21, 33 328, N, p. 100-101.

die wet wel de mogelijkheid publieke informatie niet te verstrekken als het belang daarvan niet opweegt tegen 'het goed functioneren van de Staat'. Daaronder zou, zo zegt ook de memorie van toelichting bij de Woo, het belang gemoeid met de geheimhoudingsplicht op basis van art. 26 RvORM kunnen worden begrepen.

Daarbij moet wel direct worden gezegd dat dat belang van die geheimhouding van ministerraadbesprekingen – ook in de ogen van de Afdeling bestuursrechtspraak<sup>11</sup> – zich op grond van dat Reglement beperkt tot verslagen (notulen), agenda's en stukken die daadwerkelijk voor bespreking in een ministerraadvergadering (bij de agenda) zijn aangeboden. Het strekt zich niet uit tot alles of alle publieke informatie die uiteindelijk ooit een keer bij de ministerraad terecht kan komen of er ooit is langs geweest.<sup>12</sup> Dat volgt ook duidelijk uit de tekst van art. 26 RvORM: de **geheimhoudingsplicht heeft een beperkt bereik** naar *situaties* (alleen ministerraadvergaderingen in strikte zin) en *personen* (alleen ministers, uitgenodigde staatssecretarissen en hun ondergeschikten).

### Oprekking geheimhoudingsplicht naar eenheid van kabinetsbeleid?

Op 3 en 7 juni ontving Volkskrantjournalist Hendrickx het volgende bericht op zijn verzoek tot openbaarmaking van sms/appjes tussen de minister van BZK en de premier<sup>13</sup> van de woordvoerder van BZK:

'Hoi Frank, (...) Besluiten waarbij meerdere bewindspersonen betrokken zijn worden in beginsel genomen in de Ministerraad of via communicatie met de Tweede Kamer, niet via SMS of tekstberichtenverkeer. Het kabinet spreekt daarbij met 1 mond. Het openbaar maken van de opvattingen van de bewindspersonen kan de eenheid van het kabinetsbeleid in gevaar brengen.' Daarom', zo vervolgt het bericht zien 'we geen aanleiding om daarnaast nog SMS of ander berichtenverkeer van de minister met andere bewindspersonen te openbaren', want besluitvorming vindt via die berichten meestal niet plaats. Als dat zo is 'wordt dat op andere wijze vastgelegd. In een nota, of ander daartoe geëigend document. Het gaat er om dat de relevante informatie wordt bewaard.'

Deze (aangekondigde) weigering is in strijd met de Woo omdat hiermee niet alleen publieke informatie die '*ter vergadering besproken wordt of [zijn] geschiedt*' wordt bestreken (op grond van de geheimhoudingsplicht van art. 26 RvORM, maar in wezen *alle* publieke informatie die ooit langs de ministerraad zou kunnen komen of daar ooit langs geweest en (mogelijk) van wie dan ook afkomstig. Deze oprekking voert ver buiten het beperkte bereik dat art. 26 RvORM heeft (geheimhouding van wat *ter vergadering besproken wordt of geschiedt*, en alleen voor ministers en staatssecretarissen) en de daarop rustende mogelijkheid om publieke informatie te weigeren omdat het belang daarvan niet opweegt tegen het belang gemoeid met die geheimhouding ('het belang van de Staat' zoals dat in art. 7, tweede lid, aanhef en onder i, Woo, heet).

*Eenheid van kabinetsbeleid* (ook wel eenheid van regeringsbeleid genoemd) is weliswaar het motief voor het toestaan van de beperkte weigeringsmogelijkheid op grond van art. 26 RvORM, maar als zodanig geen zelfstandige weigeringsgrond onder de Woo. Door deze oneigenlijke oprekking van de geheimhoudingsplicht en zelfbedachte weigeringsgrond kan wordt mogelijk (en in het geval van het bericht hierboven daadwerkelijk) alle sms/app-verkeer van bewindslieden aan het oog onttrokken (binnen en buiten de ministerraad), waardoor ook niemand nog na kan gaan of openbaarmaking

<sup>11</sup> Zie ABRvS 25 oktober 2017 ECLI:NL:RVS:2017:2883, punt 17.1.

<sup>12</sup> Zie ook de nota van toelichting bij het Besluit van 2 maart 1994, houdende vaststelling van een reglement van orde voor de ministerraad, *Stb.* 203, p. 23.

<sup>13</sup> Tussen december 2019 en juni 2020. Een deel van het verzoek had dus *geen* betrekking op sms-/appverkeer tijdens coronatijd.

terecht is geweigerd of nagelaten. De redenering die spreekt uit het bericht aan *De Volkskrant* van 3 juni 2022, dat besluitvorming meestal niet plaatsvindt via sms/app-berichten, is in ieder geval onjuist, zo bewijzen de berichten die wel al in de openbaarheid zijn gekomen. Er wordt de afgelopen tijd wel degelijk bestuurd via sms-en en apps (zeker in coronatijd) door ministers en staatssecretarissen en – met wat we ervan weten – raken die berichten nogal eens aan zaken die naar hun aard verband houden met *hun publieke taken*, zoals art. 2.1 van de Woo dat tegenwoordig noemt. Al die berichten op een hoop te gooien als eigenlijk niet relevant – aan de ene kant – maar ze wel te brengen onder een (zelf bedachte en breed waaierende) geheimhoudingsplicht – aan de andere kant – getuigt niet alleen van een intern tegenstrijdige redenering, maar maakt het onmogelijk voor nu en in de toekomst om voor heel van die berichten na te gaan welke nu wel en niet raakten aan een publieke taak. Zelfselectie (ook wel eufemistisch ‘real-time’ archivering genoemd) lijkt hiervoor geen robuuste garantie te geven.

Een ander groot nadeel van deze oneigenlijke oprekking van de geheimhoudingsplicht, tot alles wat met het regeringsbeleid te maken heeft, is dat daarmee stukken-, berichten-, en besluitvormingsverkeer van bewindslieden zich mogelijk verplaatst naar digitale correspondentiecircuits en daardoor niet meer te achterhalen is omdat de publieke informatie uit die sms-jes en apps niet meer openbaar hoeft te worden gemaakt en dus ook (zonder spoor) kan worden vernietigd.

In die richting lijkt ook het bericht aan *De Volkskrant* van 3 juni 2022 te wijzen, met de opmerking (aankondiging) dat (alleen): ‘de relevante informatie wordt bewaard’. Hopelijk wordt daarmee niet bedoeld dat de informatie waarom *De Volkskrant* heeft gevraagd alsnog wordt vernietigd. Dat is namelijk verboden op grond van art. 4.1a van de Woo. Zoals overigens de hele in het bericht aangekondigde beleidslijn – die kennelijk gezien de identieke berichten die *De Volkskrant* van andere bewindspersonen op zijn verzoek ontving kabinetsbeleid is geworden – strijdt met letter en geest van de Woo.

#### Opleggen geheimhoudingsplicht via vergaderreglement?

Artikel 26 RvORM is overigens een hele bijzondere bepaling. Het legt een geheimhoudingsverplichting aan bewindslieden op, maar voor die verplichting bestaat geen wettelijke basis. Het Besluit voorschift informatiebeveiliging rijksdienst 1994 (ViR) en het Besluit voorschift informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie uit 2004 (Vir-bi) regelen weliswaar een stelsel van informatiebeveiliging voor de Rijksdienst met een rubriceringssysteem (ministerraadnotulen gelden daaronder als Stg. Zeer Geheim)<sup>14</sup> al kunnen deze regelingen, naar opzet en grondslag, niet gelden als algemeen verbindende voorschriften die extern kunnen binden.<sup>15</sup> Het zijn besluiten die zijn vastgesteld door de Minister van Binnenlandse Zaken (Vir), respectievelijk Minister-President (Vir-bi), handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, waar geen uitdrukkelijk geattribueerde of gedelegeerde bevoegdheid tot regelgeving aan ten grondslag ligt. Deze instructies, die min of meer het karakter van beleidsregels hebben, kunnen dus al evenmin als het RvORM extern binden. De juridische basis voor het opleggen van de

---

<sup>14</sup> Zie bijlage 2 Vir-bi.

<sup>15</sup> Een – hele indirecte – grondslag zou misschien art. 44, eerste lid, Gw kunnen bieden al wordt die in de besluiten zelf nergens zo opgevoerd. Zie CRvB 3 mei 2002, AB 346 en CRvB 4 juli 2002, AB 308 waarin de Raad uitsprak dat ‘op de grondslag van de hem [de Minister van Defensie, WV] ingevolge artikel 44 van de Grondwet toekomstige bevoegdheid tot het geven van voorschriften betreffende *de interne organisatie van zijn ministerie en de werkwijze van de ambtelijke dienst* (mijn curs.), nadere voorschriften [kan] geven over uitvoeringskwesties. De voorschriften van Vir en Vir-bi gaan echter over meer loutere interne organisatiekwesties.



geheimhoudingsplicht – vooral waar het de bewindslieden betreft – is zwak. Daar staat dan weer wel tegenover dat schending van een ambtsgeheim ‘waarvan de geheimhouding door het belang van de staat of van zijn bondgenoten wordt geboden’, een misdrijf vormt op basis van art. 84 Wetboek van Strafrecht (WvSr) zoals, ook meer in algemene termen, het schenden van een ambtsgeheim een misdrijf is (art. 272 WvSr). Dat los van de vraag wat ook de basis van de geheimhoudingsverplichting is. Deze opstap over het karakter van het RvORM is vooral van belang om het nieuwe art. 26a RvORM te kunnen duiden.

#### Problemen met het nieuwe artikel 26a RvORM

Op 27 maart 2020 heeft de minister-president (handelende in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad) een nieuw artikel (art. 26a) aan het bestaande RvORM toegevoegd, dat luidt:

De minister-president kan, zo nodig en zo lang de continuïteit van de besluitvorming in het kader van de bestrijding van het coronavirus (covid-19) dit noodzakelijk maakt, beslissingen nemen, zo nodig in afwijking van het reglement, met betrekking tot de vergaderingen van de raad, zijn onderraden en commissies ten aanzien van de aanlevering van stukken, de aanwezigheid van anderen dan genoemd in de artikelen 2 en 3, de werkwijze, de geheimhouding en de verslaglegging.<sup>16</sup>

Deze bepaling – zonder toelichting (tenminste niet een die ik kon vinden) – is een hele bijzondere. De minister-president geeft zichzelf hiermee een bevoegdheid beslissingen te nemen, zo nodig in afwijking van het reglement, met betrekking tot de vergaderingen van de raad, zijn onderraden en commissies ten aanzien van de aanlevering van stukken, de aanwezigheid daar van personen en de geheimhouding en de verslaglegging van die vergaderingen. Die bepaling verdraagt zich niet met het legaliteitsbeginsel: je kunt niet op deze manier zó vergaand ingrijpen in de rechten van burgers (dat wil zeggen het recht op toegang op overheidsinformatie beperken) zonder dat je daarvoor een afdoende wettelijke grondslag hebt.<sup>17</sup> Art. 26a RvORM gaat veel verder dan art. 26 RvORM. Het geeft de minister-president zowat carte blanche om stukken uit de openbaarheid te houden. Besluiten om dat te doen (of daartoe de mogelijkheid te creëren) zijn dermate ingrijpend dat dat niet kan zonder wettelijke grondslag. Zeker de bevoegdheid om af te kunnen wijken van het reglement, of besluiten te nemen over geheimhouding c.a. behoeven een wettelijke grondslag omdat ze ook anderen raken (denk aan de toe te laten deelnemers aan gesprekken) of geheimverklaring van stukken die niet ter vergadering van de ministerraad worden behandeld gaan heel ver en hebben en raken ook aan rechten van anderen buiten de ministerraad, waardoor te meer de eis van een wettelijke grondslag klemmt. Het Reglement van orde kan die wettelijke grondslag zelf nooit geven of vormen, want het is zelf geen wettelijk voorschrift.<sup>18</sup> En omdat er geen wettelijke basis (direct of indirect) er niet is, zijn beslissingen op basis van deze art. 26a-bevoegdheid genomen waarschijnlijk niet verbindend: ze kunnen zeker niet zomaar worden ingeroepen tegen diegenen die zich beroepen op hun recht op publieke informatie op grond van de Woo. En in ieder geval kan de minister-president anderen dan ministers of staatssecretarissen (en hun ondergeschikten) – dus personen buiten de kring van de ministerraad – geen geheimhoudingsverplichtingen opleggen. Dat zou in direct strijd brengen met art. 7 van de Grondwet.

---

<sup>16</sup> Besluit van 27 maart 2020, houdende wijziging van het Reglement van Orde voor de ministerraad, *Stb.* 115.

<sup>17</sup> Zie daarover o.a. HR 22-06-1973, *NJ* 1973, 386 *Fluoridering*.

<sup>18</sup> Net als in een beleidsregel kan je in het RvORM eigenlijk geen nieuwe, extern werkende, bestuursbevoegdheden creëren. Zie ABRvS 13 februari 2019, *AB* 2019/321.

## Problematische relatie art. 26a RvORM en Wet parlementaire enquête 2008

Artikel 26a RvORM druist ook in tegen artikel 20, eerste lid, van de Wet op de parlementaire enquête 2008 (Wpe), dat zegt:

Een minister, een gewezen minister, een staatssecretaris, een gewezen staatssecretaris en een ambtenaar die ten behoeve van een minister werkzaam is of is geweest, zijn niet verplicht informatie aan de commissie te verstrekken over de beraadslagingen *in een vergadering van de ministerraad*.

Dit artikel is indertijd goed afgestemd op art. 26 RvORM, maar doordat nu art. 26a de mogelijkheid geeft om ook stukken geheim te verklaren die buiten de beraadslagingen vallen van de eigenlijke vergadering van de ministerraad, wordt daarmee de beperkte uitzondering die de Wpe geeft in tegenstelling tot de bedoeling van de wetgever enorm opgerekt. Ministers, staatssecretarissen, e.a. kunnen zich nu ook gaan beroep op hun geheimhoudingsplicht onder art. 26a RvORM (via de werking van art. 21 Wpe), waardoor eigenlijk de minister-president zichzelf de bevoegdheid heeft gegeven om alle corona-gerelateerde informatie die leden van de ministerraad en staatssecretarissen hebben of hadden uit te zonderen als die dat zou willen. Dat kan niet de bedoeling zijn (en is ook niet de bedoeling van de Wpe), evenmin als het de bedoeling kan zijn dat alle corona-gerelateerde informatie op deze manier weggehouden wordt voor de werking van de Woo.