

Notitie

Openbaar versus geheim

Overzicht relevante wetgeving

1. Kaders: uitgangspunten, beginselen en regelgeving

De wetgever heeft strikte eisen verbonden aan geheimhouding. Deze eisen maken onderdeel uit van de Grondwet (artikel 110), de Gemeentewet (artikelen 23, 25, 55 en 86 inzake geheimhouding en de artikelen 169 en 180 inzake de actieve informatieplicht), de Algemene wet Bestuursrecht Artikel 2:5 en de Wet openbaarheid van bestuur (artikel 10). Specifieke punten op lokaal niveau zijn vastgelegd in het Reglement van orde voor de vergaderingen en andere werkzaamheden van de raad en de gemeente Westerkwartier 2019. Verder is voor wat betreft de passieve informatieplicht¹ de Verordening organisatie griffie en ondersteuning raad gemeente Westerkwartier 2019 van belang.

2. Uitgangspunten en beginselen

Artikel 110 Grondwet: de gehele overheid moet bij de uitoefening van haar verschillende taken openbaarheid in acht nemen.

Artikel 169 Gemeentewet (artikel 180 Gemeentewet de Burgemeester): het college (de Burgemeester) dient de door hen gevraagde inlichtingen te verstrekken aan raadsleden, tenzij het verstrekken ervan in strijd is met het openbaar belang.

Beginselen van deugdelijk overheidsbestuur²: Een van de beginselen is het 'beginsel van openheid en integriteit': 'Openheid betekent in ieder geval dat het bestuur open is over procedures en besluiten. Ook maakt het bestuur relevante informatie toegankelijk'.

De gemeenteraad, het college en de burgemeester moeten zich bewust zijn van het belang van openbaarheid. Belangrijke besluiten moeten waar mogelijk openbaar worden genomen op grond van openbaarheid. Voor zover besluiten worden genomen door het college, dient de gemeenteraad in de gelegenheid te zijn die te controleren. Daarvoor heeft de gemeenteraad adequate informatie nodig. Hoewel openbaarheid het uitgangspunt is, kunnen soms andere belangen dan openbaarheid tijdelijk belangrijker zijn met het oog op de zorgvuldigheid. In die gevallen kan geheimhouding worden opgelegd, waarvan de schending in artikel 272 Wetboek van Strafrecht strafbaar is gesteld.

3. De algemene geheimhoudingsverplichting vanuit de Algemene Wet Bestuursrecht (artikel 2:5)

Dit scenario kan worden gezien als het basisscenario, een soort vangnetconstructie. Het gaat hierbij om een brede verplichting die zich richt tot iedereen, die betrokken is bij de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan en daarbij de beschikking heeft over gegevens waarvan hij of zij het vertrouwelijk karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden. Hiervoor is het niet perse nodig dat er een besluit tot het opleggen van geheimhouding is genomen maar kan de verplichting reeds uit de aard van de informatie en de daarbij betrokken belangen voortvloeien.

De Hoge Raad heeft een uitspraak gedaan in een zaak waar niet expliciet geheimhouding is opgelegd, maar de informele norm van vertrouwelijkheid uit artikel 2:5 van de Algemene wet bestuursrecht om de hoek komt kijken. Het draaide hierbij om de vraag of een raadslid documenten, waarop niet expliciet staat vermeld dat deze "vertrouwelijk" of "geheim" zijn, openbaar mag maken door eruit te citeren. De Hoge Raad oordeelde dat een raadslid zelf de vertrouwelijkheid van documenten moet inschatten. Het eerder vastgestelde integriteitsprotocol sluit hier ook op aan.

¹ De passieve informatieplicht is in de Gemeentewet opgenomen in de artikelen 155, 169 lid 3 en 4 en 180 lid 3. Kort samengevat: het college geeft de raad mondeling of schriftelijk de door een of meerdere leden gevraagde inlichtingen, tenzij het verstrekken er van in strijd is met het openbaar belang.

² In januari 2009 heeft de minister van BZK de 'Nederlandse code voor goed openbaar bestuur. Beginselen van deugdelijk overheidsbestuur' gepresenteerd.

4. Specifieke wetgeving m.b.t. opleggen geheimhouding

De juridische grondslag voor het opleggen van geheimhouding is te vinden in de artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet (zie volgende paragraaf).

Artikel 169³, lid 3 van de Gemeentewet bepaalt dat het college en de collegeleden afzonderlijk aan de raad de door één of meerdere raadsleden gevraagde inlichtingen moeten verstrekken, tenzij het verstrekken ervan in strijd is met het openbaar belang. Dit betekent dat het college beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van het verstrekken van informatie aan raadsleden. Het begrip 'openbaar belang' moet restrictief worden uitgelegd. Een weigering om inlichtingen te verstrekken is niet vatbaar voor beroep op de bestuursrechter. Een geschil over de toepassing van artikel 169 (en artikel 180) van de Gemeentewet is politiek van karakter en zal in de raad moeten worden bediscussieerd.

Uit de letterlijke tekst van artikel 169 Gemeentewet volgt dus dat het van tweeën een is: of de inlichtingen worden verstrekt, of deze worden met een beroep op het openbaar belang geweigerd. In de praktijk is er echter een 'veel bewandelde tussenweg'. Het college verstrekt de gevraagde informatie onder geheimhouding (of geanonimiseerd)⁴ aan de raad.

Het recht op informatie voor raadsleden (artikel 169 Gemeentewet) gaat voor raadsleden verder dan de Wob (dit geldt ook voor fractieassistenten). De Wet openbaarheid van bestuur (Wob) regelt de (informatie)relatie tussen bestuursorgaan en burger en kent een limitatieve opsomming in welke gevallen informatie door een bestuursorgaan niet aan een daarom vragende burgers hoeft te worden verstrekt. Raadsleden bekleden in het gemeentelijk stelsel een belangrijke en bijzondere positie. Zij zijn als gekozen volksvertegenwoordigers verantwoordelijk voor het gevoerde bestuur en mogen wat informatievergarig niet afhankelijk worden van de bepalingen in de Wet openbaarheid van bestuur. De Gemeentewet (met de artikelen over de actieve en passieve informatieplicht) gaat boven de Wet openbaarheid van bestuur.

5. Gemeentewet: vergaderen achter gesloten deuren

Artikel 23 van de Gemeentewet biedt de raad de mogelijkheid om achter gesloten deuren te vergaderen. Geheimhouding kan op basis van de artikelen 25, 55 of 86 Gemeentewet door de raad, het college, de burgemeester of een commissie worden opgelegd op de inhoud van stukken en/of het in een besloten vergadering behandelde. Voorwaarde voor het opleggen van geheimhouding is dat er sprake is van een genoemd belang in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (zie 7).

6. Wat is het verschil tussen beslotenheid en geheimhouding?

Als er in beslotenheid is vergaderd, rust er nog geen geheimhouding op datgene wat is besproken en de bijbehorende stukken. Hiervoor moet tijdens die vergadering een expliciet besluit genomen worden. Dit staat beschreven in artikel 23 Gemeentewet, waarin procedurevoorschriften zijn opgenomen voor "het sluiten van de deuren": de wijze waarop een vergadering een besloten vergadering wordt. Artikel 25 Gemeentewet geeft vervolgens aan hoe met geheimhouding moet worden omgegaan. In een toelichting formuleert het ministerie van BZK dat ook nog eens op andere wijze: "Hetgeen besproken wordt in een besloten vergadering, valt niet van rechtswege onder de geheimhoudingsplicht. Daarvoor is toepassing van de procedure volgens artikel 25 van de Gemeentewet nodig." In de praktijk gebeurt dit ook bij raadsvergaderingen, zoals de vergadering waarin de voordracht voor een nieuwe burgemeester wordt besproken. Met geheimhouding ontstaat een zwijgplicht. Indien geen geheimhouding wordt opgelegd, kan na afloop van de vergadering mededeling worden gedaan van het in de vergadering behandelde.

³ Voor de burgemeester geldt een vergelijkbare verplichting op grond van artikel 180 Gemeentewet.

⁴ Ook in de gemeente Westerkwartier wordt deze weg bewandeld, door informatie 'vertrouwelijk' aan te bieden.

Artikel 25 Gemeentewet Hoofdstuk II De Raad Opleggen geheimhoudingsplicht	Artikel 55 Gemeentewet Hoofdstuk III College van B&W Opleggen geheimhouding	Artikel 86 Hoofdstuk V De commissies Geheimhouding (ook Raadsoverleg)	
<p>Lid 1: De <u>raad</u> kan op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur (Stb. 1991, 703), omtrent het in een <u>besloten</u> vergadering behandelde en omtrent de inhoud van de stukken die aan de raad worden overgelegd, geheimhouding opleggen. Geheimhouding omtrent het in een besloten vergadering behandelde wordt tijdens die vergadering opgelegd. De geheimhouding wordt door hen die bij de behandeling aanwezig waren en allen die van het behandelde of de stukken kennis dragen, in acht genomen totdat de raad haar opheft.</p>	<p>Lid 1: Het <u>college</u> kan op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, omtrent het in een <u>besloten</u> vergadering behandelde en omtrent de inhoud van de stukken die aan het college worden overgelegd, geheimhouding opleggen. Geheimhouding omtrent het in een besloten vergadering behandelde wordt tijdens die vergadering opgelegd. De geheimhouding wordt door hen die bij de behandeling aanwezig waren en allen die van het behandelde of de stukken kennis dragen, in acht genomen totdat het college haar opheft.</p>	<p>Lid 1: Een <u>commissie</u> kan in een <u>besloten</u> vergadering, op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, omtrent het in die vergadering met gesloten deuren behandelde en omtrent de inhoud van de stukken die aan de commissie worden overgelegd, geheimhouding opleggen. Geheimhouding omtrent het in een besloten vergadering behandelde wordt tijdens die vergadering opgelegd. De geheimhouding wordt door hen die bij de behandeling aanwezig waren en allen die van het behandelde of de stukken kennis dragen, in acht genomen totdat de commissie haar opheft.</p>	Opleggen binnen het orgaan
<p>Lid 2: Op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, kan de geheimhouding eveneens worden door het <u>college, de burgemeester en een commissie</u>, ieder ten aanzien van de stukken die zij aan <u>de raad of aan leden van de raad overleggen</u>. Daarvan wordt op de stukken melding gemaakt</p>	<p>Lid 2: Op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, kan de geheimhouding eveneens worden door de <u>burgemeester of een commissie</u>, ten aanzien van de stukken die zij aan <u>het college overleggen</u>. Daarvan wordt op de stukken melding gemaakt. De geheimhouding wordt in acht genomen totdat het orgaan dat de verplichting heeft opgelegd, dan wel de raad haar opheft.</p>	<p>Lid 2: Op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, kan de geheimhouding eveneens worden door de <u>voorzitter van een commissie, het college en de burgemeester</u>, ieder ten aanzien van stukken die hij aan <u>een commissie overlegt</u>. Daarvan wordt op de stukken melding gemaakt. De geheimhouding wordt in acht genomen totdat het orgaan dat de verplichting heeft opgelegd, dan wel de raad haar opheft.</p>	Opleggen aan een ander orgaan
<p>Lid 3: De krachtens het tweede lid opgelegde verplichting tot geheimhouding met betrekking tot aan de raad overgelegde stukken verval, indien <u>de oplegging</u> niet door de raad in zijn <u>eerstvolgende vergadering</u> die blijkens de presentielijst door meer dan de helft van het aantal zitting hebbende leden is bezocht, wordt <u>bekrachtigd</u>.</p>			Bekrachtiging door de raad

<p>Lid 4: De krachtens het tweede lid opgelegde verplichting tot geheimhouding met betrekking tot aan leden van de raad overgelegde stukken wordt in acht genomen totdat het orgaan dat de verplichting heeft opgelegd, dan wel, indien het stuk waaromtrent geheimhouding is opgelegd aan de raad is voorgelegd, totdat <u>de raad haar opheft</u>. De raad kan deze beslissing alleen nemen in een vergadering die blijktens de presentatielijst door meer dan de helft van het aantal zitting hebbende leden is bezocht.</p>	<p>Lid 3: Indien het college zich ter zake van het behandelde waarvoor een verplichting tot geheimhouding geldt tot <u>de raad heeft gericht</u>, wordt de geheimhouding in acht genomen totdat <u>de raad haar opheft</u>.</p>	<p>Lid 3: Indien een commissie zich ter zake van het behandelde waarvoor een verplichting tot geheimhouding geldt tot de <u>raad heeft gericht</u>, wordt de geheimhouding in acht genomen totdat <u>de raad haar opheft</u>.</p>	<p>Opheffing door de raad</p>
---	---	---	--------------------------------------

De artikelen 25, 55 en 86 van de Gemeentewet bevatten de voorschriften omtrent het opleggen, bekrachtigen en opheffen van geheimhouding. Zie de tabel op de vorige bladzijde.

Artikel 25 lid 1 regelt dat de raad zelf geheimhouding kan opleggen omtrent het in een besloten vergadering behandelde en omtrent de inhoud van de stukken die aan de raad worden overlegd. Artikel 25 lid 2 geeft de bevoegdheid tot het opleggen van voorlopige⁵ geheimhouding door het college, de burgemeester of commissie ten aanzien van stukken die zij aan de raad of aan een lid van de raad overleggen. In dit geval moet de raad vervolgens de geheimhouding bekrachtigen in de eerstvolgende raadsvergadering. Als dit niet gebeurt vervalt de geheimhouding (art. 25, lid 3).

Artikel 55 Gemeentewet biedt het college de mogelijkheid 'geheimhouding op te leggen omtrent het in een besloten vergadering (collegevergadering) behandelde omtrent de inhoud van de stukken die aan het college worden overlegd'. Artikel 55 lid 3 bepaalt dat 'indien het college zich ter zake van het behandelde waarvoor een verplichting tot geheimhouding geldt tot de raad heeft gericht, wordt de geheimhouding in acht genomen tot de raad haar opheft'. Artikel 55 zegt dus niets over de bekrachtiging door de raad.

Gelet op dit procedurele verschil komt de vraag op wanneer op grond van artikel 25 Gemeentewet en wanneer op grond van artikel 55 Gemeentewet geheimhouding dient te worden opgelegd op stukken die aan de raad worden overlegd (art 25, lid 2 Gemeentewet) of aan 'de raad worden gericht' (artikel 55. Lid 3/artikel 86 lid 3 Gemeentewet). Bij de toelichting op de wettekst artikel 25 Gemeentewet⁶ is te lezen: "Wel volgt de rechtbank (Assen) een bijzondere redenering bij de beantwoording van de vraag wanneer op grond van artikel 25 en wanneer op grond van artikel 55 geheimhouding dient te worden opgelegd:

Als het gaat om stukken die ter bespreking of besluitvorming aan de raad zijn voorgelegd, is artikel 25 van toepassing en als het stukken zijn die ter kennisneming aan de raad zijn gestuurd, geldt artikel 55. Als criterium lijkt te worden gehanteerd wie bevoegd is te besluiten'.

Deze redenering volgend is de lijn dat bij voorstellen (waarbij geheimhouding aan de orde is) waarover de raad besluit, de procedurele vereisten van artikel 25 Gemeentewet zouden moeten gelden. Dit betekent dat wanneer het college besluit op grond van artikel 25 lid 2 (voorlopige) geheimhouding op te leggen, deze geheimhouding vervalt wanneer dit niet op basis van artikel 25, lid 3 wordt bekrachtigd door de raad in zijn eerstvolgende vergadering. De raad moet dus een bekrachtigend besluit te nemen.

Artikel 86 Gemeentewet bevat de procedurele regels omtrent het opleggen en opheffen van geheimhouding voor de inhoud van stukken die aan de commissie⁷ worden overlegd en hetgeen behandeld in een besloten vergadering. De artikelen 55 en 86 van de Gemeentewet zijn in procedureel opzicht vergelijkbaar. In beide artikelen is geen bepaling opgenomen over het bekrachtigen van de geheimhouding door de raad met betrekking tot 'aan de raad gerichte' stukken. De raad heeft wel een taak met betrekking tot het opheffen van geheimhouding ten aanzien van aan hen gerichte stukken.

⁵ Zie blz. 25-3 De nieuwe Gemeentewet, deel B Commentaar op de Gemeentewet, supplement 33 september 2011

⁶ Zie ook blz 25-3 De nieuwe Gemeentewet, deel B Commentaar op de Gemeentewet, supplement 33 september 2011

⁷ Een commissie kan zijn: een raadscommissie (artikel 82 Gemeentewet), een bestuurscommissie (artikel 83 Gemeentewet) of een andere commissie (artikel 84 Gemeentewet). Een raadsoverleg is in het Reglement van Orde van de Raad gelijkgesteld aan een commissie op basis van artikel 82 Gemeentewet.

7. Wet Openbaarheid van Bestuur: toetsing aan artikel 10 lid 1 en 2 Wob

Geheimhouding mag alleen door de raad, het college, de burgemeester of de raadscommissie worden opgelegd op grond van een belang als genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid bestuur (Wob) lid 1 en 2.

Deze artikelen van Wob luiden als volgt:

1. *Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege zover dit:*
 - a. *De eenheid van de Kroon in gevaar zou kunnen brengen;*
 - b. *De veiligheid van de Staat zou kunnen schaden;*
 - c. *Bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld;*
 - d. *Persoonsgegevens betreft als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wet bescherming persoonsgegevens, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt.*

2. *Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:*
 - a. *De betrekkingen van Nederland en andere staten en met internationale organisaties;*
 - b. *Economische of financiële belangen van de Staat, de andere publiekrechtelijke lichamen of in artikel 1a, eerste lid, onder c en d, en het tweede lid, bedoelde bestuursorganen.*
 - c. *De opsporing en vervolging van strafbare feiten;*
 - d. *Inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;*
 - e. *De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;*
 - f. *Het belang, dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van informatie;*
 - g. *Het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.*

Uitzonderingsgronden

Artikel 10 Wob lid 1 bevat in het eerste lid de *absolute uitzonderingsgronden*⁸. Dat ze absoluut zijn betekent dat, indien één van deze gronden zich voordoet, over het onderwerp zonder meer geen informatie mag worden verschaft. Artikel 10 lid 1c heeft betrekking op de bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn verstrekt. In de rechtspraak is vastgelegd dat de gemeente deze uitzonderingsgrond restrictief moet uitleggen. Deze grond doet zich voor als uit de gevraagde gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering, het productieproces of de afzet van producten, of de kring van afnemers of leveranciers. 'Ook financiële gegevens kunnen onder deze uitzonderingsgrond vallen'. Volgens rechtspraak is vooral de actualiteit van de financiële gegevens van belang om onder deze uitzonderingsgrond te vallen.⁹

Artikel 10 Wob bevat in het tweede lid de *relatieve uitzonderingsgronden*. Het relatieve karakter houdt in dat de gemeente moet afwegen of het belang dat door de uitzonderingsgrond wordt gediend zwaarder weegt dan het algemene belang van openbaarheid van informatie. Artikel 10 lid 2b beschermt de op geld waardeerbare belangen van de bestuursorganen. Het moet gaan om economische of financiële belangen van de overheid zelf. Vergelijkbare belangen van ondernemingen

⁸ MvT WOB 91, Kamerstukken II 1986/1987, p.33. Zie ook blz 36 VNG publicatie 'Transparant bestuur. Een praktische handleiding voor gemeenten over de Wet openbaarheid van bestuur'. (2008).

⁹ Blz 38 uit VNG-publicatie: 'Transparant bestuur. Een praktische handleiding voor gemeenten over de Wet openbaarheid van bestuur'. (2008).

en burgers vinden bescherming in artikel 10 lid 2g (onevenredige benadeling.) Dit geldt ook voor de gemeentelijke belangen.

Toenemende eisen aan een deugdelijke motivering

De rechtsprekende macht stelt steeds hogere eisen aan de onderbouwing van geheimhouding.

8. Geheimhouding versus vertrouwelijkheid

Uit de jurisprudentie blijkt dat er een groot verschil is tussen het openbaar maken van vertrouwelijke en geheime informatie. Het openbaar maken van vertrouwelijke informatie betreft in beginsel "enkel" het schenden van onderling gemaakte afspraken en is strafrechtelijk of anderszins juridisch bijna niet te sanctioneren, wellicht wel politiek.

Geheimhouding op stukken geldt voor iedereen die er kennis van neemt, dus ook voor fractieassistenten, aspirant-raadsleden en niet-raadsleden .

Er bestaat ook jurisprudentie waarin aan het schenden van vertrouwelijkheid consequenties zijn verbonden alsof er sprake was van de schending van geheimhouding. De Hoge Raad is namelijk van oordeel dat er omstandigheden kunnen zijn waarin aan de begrippen 'vertrouwelijk' en 'geheim' dezelfde betekenis in de zin van de wettelijke terminologie dient te worden toegekend. De strekking van beide begrippen is dat de informatie waarover beschikt wordt niet aan derden ter beschikking wordt gesteld noch anderszins aan de openbaarheid prijsgegeven wordt. De jurisprudentie heeft niet helder uitgekristalliseerd onder welke voorwaarden vertrouwelijkheid als geheimhouding kan worden gezien.