

Openbaarheidsbeperkingen II

© RHCE 20 oktober 2022

1. Inleiding

Deze notitie geeft toelichting op de toepassing van wet- en regelgeving op verwerking van informatie, met name na de wettelijk vereiste overbrenging naar het E-depot. De toelichting betreft meer bijzonder de vraag of informatie openbaar is dan wel beperkt openbaar, en hoe de raadpleging geregeld is.

Daarmee sluit de notitie aan op de eerdere notitie over het onderwerp die als bijlage is gevoegd bij de RHCE-brief van 21 december 2021 aan gemeenten, kenmerk [600537/JLO/AvZ](#), het [schema](#) en de [animatie](#) over openbaarheid.

Doel van de notitie is om gemeenten te ondersteunen bij de overbrenging van informatie als deel van de (wettelijke) adviestaak van het RHCE.

2. Wettelijk stelsel

Hoofregel: informatie dient binnen een wettelijke termijn vernietigd te worden, tenzij...

De wet eist dat informatie openbaar is, met uitzondering voor gegevens die volgens de wet slechts beperkt openbaar mogen zijn. Zo eist de wet in veel gevallen dat eenieder zonder tussenkomst van personen of technieken bij die informatie kan; waar dat geen eis is, wordt dat aanbevolen.

Er zijn drie gronden voor beperking van openbaarheid: staatsveiligheid, bedrijfsgeheimen en bescherming van de persoonlijke levenssfeer¹.

Of informatie openbaar mag zijn dan wel slechts beperkt openbaar, bepaalt dus de wet².

3. (Bijzondere) persoonsgegevens

Een belangrijke categorie gegevens die leidt tot beperking van openbaarheid zijn (bijzondere) persoonsgegevens. Daarom wordt daar nader op in gegaan.

¹ A. De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Bijv. toepasbaar op informatie die vanwege de aanwezigheid van (bijzondere) persoonsgegevens niet openbaar mag zijn; B. Het belang van de Staat of zijn bondgenoten. Bijv. toepasbaar op informatie die vanwege staatsveiligheid niet openbaar mag zijn; C. De onevenredige benadeling van een ander belang dan genoemd in onderdeel a of onderdeel b. Bijv. toepasbaar op informatie die vanwege de aanwezigheid van bedrijfsgeheimen niet openbaar mag zijn.

² Er komen meer beperkingen voor; de Auteurswet bevat bepalingen die gebruik van auteursrechtelijke gegevens ook beperken.

De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) is als Europese richtlijn onderdeel van de toepasselijke wet- en regelgeving. De AVG geeft de voorwaarden waaronder (bijzondere) persoonsgegevens mogen worden verwerkt.

- Persoonsgegevens zijn volgens de AVG alle gegevens die herleidbaar zijn naar een identificeerbaar persoon.
- Bijzondere persoonsgegevens zijn volgens de AVG persoonsgegevens met betrekking tot: ras, politieke opvattingen, religie, vakbond-lidmaatschap, seksuele geaardheid, genen en gezondheid. Voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens gelden strengere voorwaarden dan voor de verwerking van niet-bijzondere persoonsgegevens.

Zodra informatie (bijzondere) persoonsgegevens bevat is een gemeente genoodzaakt te beslissen over een beperking van openbaarheid van die informatie. Zo ook is het een beslissing van een gemeente om een onderscheid te maken tussen persoonsgegevens en bijzondere persoonsgegevens; voorbeeld is dat een college van B&W een besluit kan nemen (terecht of niet) om slechts bijzondere persoonsgegevens te voorzien van een openbaarheidsbeperking. Dat alles valt onder de verantwoordelijkheid van het college van B&W, geadviseerd door bijvoorbeeld de Functionaris Gegevensbescherming (FG).

4. Overbrenging van informatie; openbaar en beperkt openbaar

Zodra een gemeente informatie overbrengt naar het RHCe E-depot (digitale informatie) of naar de RHCe-archiefbewaarplaats (analoge informatie) dient die gemeente ten aanzien van die informatie vast te stellen of daarin gegevens aanwezig zijn die volgens de wet slechts beperkt openbaar mogen zijn. Als dat het geval is moet het college van B&W aangaande die gegevens aangeven dat deze slechts beperkt openbaar zijn. **Dat doet het college van B&W door een Besluit beperking Openbaarheid (BbO) te nemen; dat besluit dient het college te motiveren.**

Het college is verplicht een BbO te voorzien van een advies van de archivaris (Archiefwet 1995: de beheerder). Het advies van de archivaris betreft o.m. de toetsing of de motivering van de gemeente om beperkende maatregelen te stellen past binnen het wettelijk stelsel.

In een BbO wordt ten aanzien van de beperking opgenomen:

- Duur (doorgaans 75 jaar);
- Wettelijke grondslag (zoals: art. 15 lid 1a AW 1995, eerbiediging persoonlijke levenssfeer);
- Motivering (zoals: aanwezigheid van (bijzondere) persoonsgegevens cf. art 4 lid 1 AVG).

Tussen de gemeente en het RHCe volgt overleg als het RHCe vaststelt dat bijvoorbeeld de motivering niet voldoet; de gemeente kan eventueel de motivering aanpassen. De gemeente ontvangt het definitieve advies van de archivaris.

In het geval dat de archivaris negatief adviseert (zoals: anders dan gemeente meent is geen beperking openbaarheid nodig) kan de gemeente toch een beperking openbaarheid wensen en dus het advies naast zich neerleggen (immers, de gemeente als archiefvormer en zorgdrager bepaalt de -in beginsel eeuwig vastgelegde- status van de informatie na overbrenging). Op wens van de gemeente stelt het RHCE de informatie dan beperkt openbaar. Een advies van de archivaris wordt altijd toegevoegd aan het BbO. Het BbO incl. advies archivaris wordt toegevoegd aan de Verklaring van Overbrenging (VvO)

De wet bepaalt dus welke informatie beperkt openbaar is; de gemeente geeft aan dat sprake dient te zijn van beperkte openbaarheid door B&W een BbO te laten nemen. Neemt B&W geen BbO dan is de informatie openbaar.

De gemeente als zorgdrager en archiefvormer bepaalt dus in de procedure van overbrenging of informatie openbaar is of beperkt openbaar, zo ook bepaalt de gemeente hoe dient te worden omgegaan met de raadpleging van beperkt openbare informatie.

Een gemeente waarvan het college van B&W aangaande over te brengen informatie geen Bbo heeft genomen, kan na overbrenging niet alsnog een Bbo nemen tenzij er nieuwe feiten aan het licht komen, die, indien bekend bij de overbrenging, geleid zouden hebben tot een andere opvatting van de gemeente.

Een gemeente die informatie heeft overgebracht waarover het college van B&W een BbO heeft genomen, kan later besluiten om het Bbo in te trekken, mits het belang van de beperking op grond waarvan het Bbo is genomen niet (meer) opweegt tegen het belang tot raadpleging of ander gebruik van de informatie.

5. Raadplegen van openbare informatie

- Openbare informatie kan tijdens kantooruren in de bezoekersruimte van het RHCE op afspraak door eenieder worden geraadpleegd.
- Openbare digitale informatie kan vanaf 1 juli 2023 via de website van het RHCE worden geraadpleegd. Daarmee is de desbetreffende openbare digitale informatie altijd en overal te raadplegen.

6. Raadplegen van beperkt openbare informatie

Beperkt openbare informatie kan eveneens in de bezoekersruimte worden geraadpleegd, mits door de archivaris op een gemotiveerd verzoek om te mogen raadplegen positief is besloten.

Dat werkt via een procedure. **Voor raadpleging van beperkt openbare informatie moet toestemming verkregen worden van de archivaris.** Op de website van het RHCE is een aanvraagformulier beschikbaar. Met behulp daarvan wordt een gemotiveerd verzoek gedaan om beperkt openbare informatie te mogen raadplegen. Na een positief besluit van de archivaris op het verzoek wordt de beperkt openbare informatie raadpleegbaar

gesteld. Dit is een formele procedure die eindigt met de afgifte van een door de archivaris getekende verklaring waarin het positieve (of negatieve) besluit is opgenomen. Aan het raadpleegbaar stellen van beperkt openbare informatie worden voorwaarden gesteld (onder meer over de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens).

Het hier bedoelde verzoek om te mogen raadplegen moet niet verward worden met de aanvraag om te raadplegen. Het een is een verzoek om te raadplegen, m.a.w.: wilt u het aan mij voorleggen. Het ander is een verzoek om toestemming om te mogen raadplegen, m.a.w. wilt u mij toestemming geven om te raadplegen.

Een verzoek om raadpleging van informatie waarvan de openbaarheid beperkt is vanwege de aanwezigheid van bijzondere persoonsgegevens (gevoelige gegevens zoals ras, godsdienst of gezondheidsgegevens), kan louter via de formele procedure worden afgehandeld. Eenieder kan dus informatie raadplegen waarvan de openbaarheid door de gemeente beperkt is vanwege de aanwezigheid van (bijzondere) persoonsgegevens mits door de archivaris op een gemotiveerd verzoek om te mogen raadplegen positief is besloten.

Digitale beperkt openbare informatie kan vanaf 1 juli 2023 tevens via de website van het RHCE worden geraadpleegd.

Dit gaat op geautomatiseerde wijze via de website van het RHCE; de bezoeker van de website, degene die dus informatie wil raadplegen, dient zich te legitimeren (via DigiD); zij/hij dient bijv. aan te geven:

- Motivering, en dat zij/hij de informatie gaat gebruiken in overeenstemming met o.a. wet- en regelgeving;
- Dat zij/hij zich committeert aan de aan de raadpleging te stellen voorwaarden (zoals niet kopiëren of verspreiden);
- Dat zij/hij eventuele aansprakelijkheid aanvaardt (zoals -maar niet beperkt tot- kosten en schade als gevolg van onrechtmatige verwerking van de informatie).

Als men deze geautomatiseerde procedure heeft doorlopen kan de verzochte informatie via internet geraadpleegd worden.

Deze procedure geldt niet voor:

- bijzondere persoonsgegevens
- informatie waarvan de overbrengende gemeente heeft aangegeven dat voor raadpleging altijd de archivaris dient te besluiten (zie hieronder).

Gemeenten die menen dat aangaande hun gemeentelijke informatie slechts de formele procedure van toepassing dient te zijn (waarbij de archivaris formeel zorg draagt voor afgifte van een verklaring dat positief dan wel negatief is besloten op het verzoek om toestemming om te mogen raadplegen) geven dat aan in de Verklaring van Overbrenging (VvO). Dan houdt het RHCE met de wens van die gemeente rekening door in het systeem de aanwijzing te plaatsen dat op informatie die door desbetreffende gemeente is overgebracht de geautomatiseerde aanpak via DigiD niet van toepassing is.

7. Raadpleegkopieën

In het belang van de burger is veelal vereist, en als het niet vereist is dan is in elk geval gewenst, dat informatie (of dat nu bij een gemeente is of bij het RHCe):

- Openbaar is, en
- Eenieder er meteen "bij kan",
dus zonder tussenkomst van personen of technieken (dat wordt ook wel genoemd "actieve openbaarheid", en heeft de juridische betekenis van 'publicatie').

Een gemeente kan er daarom voor kiezen naar het RHCe over te brengen:

- Origineel,
- Raadpleegkopie (waarin beperkt openbare informatie onherleidbaar is gemaakt)

In het geval van de raadpleegkopie hoeft geen BbO te worden genomen, in het geval van het origineel uiteraard wel (altijd dient een Verklaring van Overbrenging (VvO) te worden opgesteld).

Het RHCe kan desgewenst gemeenten adviseren over de mogelijkheden raadpleegkopieën van de desbetreffende informatie (zoals in een *batch*) te maken, en deze over te brengen naar het RHCe E-depot. In raadpleegkopieën zijn gegevens die slechts beperkt openbaar mogen zijn door de gemeente onherleidbaar (naar bijv. personen) gemaakt; voor de raadpleegkopie is dan geen noodzaak van beperking van de openbaarheid (en is dus geen BbO nodig).

Daarmee bereikt de gemeente het maximale effect van het (op hun kosten) ingerichte RHCe E-depot, namelijk dat burgers onbeperkt kunnen raadplegen; vanaf 1 juli 2023 dus rechtstreeks via internet, zonder machinale of personele tussenkomst. Dit is niet slechts in lijn met de Woo, maar ook in lijn met veel voordelen van opslaan van informatie in het RHCe E-depot.

Voorbeeld van wat de gemeente kan regelen in de overbrengingsfase: een bouwvergunningdossier bevat metadata die aangeeft wat slechts beperkt openbaar is. Bij digitalisering is het origineel van de tekening openbaar, mits dat geen (bijzondere) persoonsgegevens bevat. Na bundeling van de raadpleegkopie met het origineel van de tekening is het geheel openbaar.

8. Onherleidbaar maken van gegevens

Onherleidbaar maken van beperkt openbare gegevens in informatie is een taak van de gemeente als zorgdrager en archiefvormer. Men kan dit zelf doen; het RHCe heeft informatie over daarvoor geschikte software eerder verstrekt aan gemeenten, men kan het ook uitbesteden aan daarin deskundige partijen.

Onderzoek is nog lopend of die taak collectief verricht zou kunnen worden. Gedacht kan worden om die door tussenkomst van het RHCe op kosten van gemeenten door een marktpartij te laten verrichten voor alle digitale overbrengingen. Of dat zinvol is, wordt

bepaald door de behoefte van gemeenten om niet zelf onherleidbaar te maken, maar dat gecollectiveerd door een marktpartij te laten verrichten.

9. *Motivering Besluit beperking openbaarheid*

De motivering in het BbO moet voldoen aan wettelijke eisen. Voorbeeld van niet voldoen: een motivering voor openbaarheidsbeperking waarbij een gemeente de einddatum van de beperking afhankelijk maakt van de inbreng van raadpleegkopieën.

Het origineel bevat gegevens die beperkt openbaar zijn. De aanwezigheid van een raadpleegkopie ontslaat de gemeente niet van het beperken van de openbaarheid van dit origineel. Bovendien is veelal niet bekend of op enig moment en zo ja wanneer en door wiens toedoen raadpleegkopieën beschikbaar zijn.

10. *Consequenties bij onrechtmatig (beperkt) openbaar stellen*

Het is in het belang van een gemeente dat duidelijk is welke risico's hier kunnen worden gelopen, hoe klein de kans ook is dat er problemen ontstaan.

Denkbaar is dat een gemeente informatie overbrengt die wegens aanwezigheid van (bijzondere) persoonsgegevens slechts beperkt openbaar is, doch zonder dat de gemeente een Bbo neemt. Dan zal het RHCe de informatie raadpleegbaar stellen zonder inachtneming van een beperking.

Dan is sprake van een onrechtmatige situatie. Er is sprake van onrechtmatigheid (schending van de wet) o.m. als:

- informatie ten onrechte beperkt openbaar wordt gesteld,
- en/of de beperking niet (juist) wordt gemotiveerd
- als ten onrechte openbaar wordt gesteld (in de informatie zijn gegevens aanwezig die slechts beperkt openbaar mogen zijn).

Dat kan leiden tot vorderingen van de Autoriteit Persoonsgegevens, acties van het Openbaar Ministerie, klachten of aansprakelijkstellingen. **Omdat de gemeente bepaalt welke informatie openbaar is en welke slechts beperkt openbaar, kan dat leiden tot bestuurlijke of financiële aansprakelijkheid van desbetreffende gemeente.**

Overtreding van bijvoorbeeld de AVG door de gemeente kan niet aan de beheerder van de archiefbewaarpplaats (de archivaris) worden tegengeworpen. Dit volgt uit de wettelijke verplichting van de beheerder van de archiefbewaarpplaats (Art. 17 AW: *De beheerder van een archiefbewaarpplaats stelt de daar berustende archiefbescheiden aan de verzoeker ter raadpleging of gebruik beschikbaar met inachtneming van de aan de openbaarheid gestelde beperkingen en overeenkomstig de artikelen 5 en 6 Wet hergebruik van overheidsinformatie*).

De gemeente is aansprakelijk voor schade, kosten, risico's etc. alsmede voor de gevolgen van onrechtmatig handelen; dit kan ook aan de orde komen bij de reguliere RHCe-inspecties van het informatiebeheer bij gemeenten. Een voorbeeld daarvan is dat

de gemeente ten onrechte informatie beperkt openbaar laat stellen (is onrechtmatig; het advies van de archivaris zal in deze situatie dan ook negatief luiden). Tevens kunnen Gedeputeerde Staten handhavingsmaatregelen nemen bij onrechtmatig handelen. Het is dus wenselijk dat de gemeente hierop alert is. Het RHCe kan ondersteunen bij een juiste motivering van een BbO.

11. Overbrenging van digitale informatie: nemen van een BbO

De procedure van overbrenging door de gemeente kent verschillende fasen.

Over te brengen informatie komt op enig moment in de fase van het aanbieden daarvan aan het RHCe, alwaar toetsing aan bepaalde normen plaatsvindt. Bij dat aanbieden wordt digitale informatie ondergebracht in het E-depot O (onderdeel van het E-depot waarin informatie is ondergebracht waar nog onderzoek op van toepassing is). Dat is een voorfase waarin onderzoek wordt verricht of o.a. de juiste criteria voor overbrenging zijn gevolgd door de gemeente. Voor de informatie in het E-depot O, een voorportaal van het RHCe E-depot A (van Archiefbewaarp^lplaats), is nog steeds de gemeente als zorgdrager en archiefvormer verantwoordelijk.

Na (positieve) toetsing wordt de informatie in het E-depot A, de archiefbewaarp^lplaats voor digitale informatie, ondergebracht; waarna na ondertekening van de VvO de overbrenging juridisch is afgerond. Daarmee is de zorg overgegaan op het bestuur van de archiefbewaarp^lplaats (de BC RHCe); het beheer is overgegaan op de archivaris.

Een gemeente dient dus goed na te gaan of de door haar ingebrachte informatie geschikt is voor overbrenging als openbare informatie in het E-depot A. Als een BbO wordt genomen, is de informatie in het E-depot A altijd slechts beperkt openbaar.

Dit alles is bij digitale informatie aan de orde. Immers, bij raadpleging van analoge informatie is de verspreiding van informatie veel geringer dan bij digitale informatie. Digitale informatie die kan worden geraadpleegd zonder tussenkomst van mensen of digitale technieken heeft de juridische status van 'publicatie'. Openbaarheid wil zeggen dat de raadpleger de informatie zonder meer kan raadplegen, kopiëren, delen en opzoeken.

12. Verklaring van opschorting van overbrenging

Een gemeente kan aan Gedeputeerde Staten verzoeken om afgifte van een opschorting tot overbrenging. Als aan een gemeente is toegestaan de overbrenging op te schorten is na de datum waarop de opschortingstermijn verstrijkt de uiterlijke wettelijke overbrengingstermijn weer van toepassing.
