

Openbaarheid van bestuur: het gewijzigde wetsontwerp

L. E. M. Klinkers

'Het geheim van één weet God alleen
Het geheim van twee wordt licht gemeen
Het geheim van drie weet iedereen'
(Van Dale, 8e druk, blz. 610)¹

Inleiding

In Bestuurswetenschappen 1975, nr. 5 besprak ik het Wetsontwerp Openbaarheid van Bestuur.² Na dat wetsontwerp zijn verschenen: Verslag van een openbaar gehoor, Voorlopig Verslag, Memorie van Antwoord, Bijlage bij de Memorie van Antwoord (een voorontwerp van een algemene maatregel van bestuur), Nota van Wijzigingen, Gewijzigd ontwerp van wet, Brief van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer, Nota van verbetering, Stukken gevoegd bij de Memorie van Antwoord (Advies van de Raad van State) en een Eindverslag; in totaal 132 bladzijden (nrs. 5 t/m 14).

Een beschouwing daarover kan uit de aard der zaak niet uitputtend zijn binnen het bestek van een artikel als dit. Aan de orde komen slechts de voornaamste punten van kritiek van de bijzondere Kamercommissie, belast met het voorbereidende onderzoek van het wetsontwerp, en de wijze waarop de twee verantwoordelijke bewinslieden — Den Uyl en De Gaay Fortman — reageren in de Memorie van Antwoord en het daaruit voortvloeiende gewijzigde ontwerp van wet.

In de te bespreken onderdelen worden het Voorlopig Verslag (V.V.) en de Memorie van Antwoord (M.v.A.) elk voor zich in beschouwing genomen. Aspecten, die bijzondere aandacht vragen, komen onder 'Nota Bene's' aan de orde.

De raamwet-constructie

Voorlopig Verslag — In het V.V. (blz. 5 t/m 8) wordt de discussie over het al dan niet gewenst zijn van een openbaarheidswet overschaduwd door uitermate kritische opmerkingen³ over het karakter van de (toekomstige) wet, zijnde een raamwet.⁴

Vertegenwoordigers van zowel regerings- als oppositiepartijen uiten zeer ernstige bezwaren tegen de bedoeling om de concrete omvang en inhoud van het recht op en de plicht tot openbaarheid *niet* bij wet, maar krachtens de wet bij Algemene Maatregel van Bestuur te regelen. Zij vragen hoe dan ook inzage in die A.M.v.B. voordat deze door de lagere wetgever vastgesteld wordt.

NOTA BENE: Het lijkt van belang hier even bij stil te staan. Het komt steeds vaker voor dat de Tweede Kamer invloed uitoefent op de totstandkoming van een A.M.v.B.; een antwoord van 'de praktijk' op de veelvuldige delegatie van wetgevende macht.

Dit verzoek om inzage vooraf verschilt in zoverre van reeds bekende voorbeelden van dit gebruik,⁵ dat geen poging wordt ondernomen in het wetsontwerp een bepaling te doen opnemen die het parlement een of andere vorm van 'zeggenschap' over een later in te dienen A.M.v.B. geeft: men kan daar niet op wachten; men verlangt zonder meer reeds vóór de definitieve plenaire behandeling zo'n A.M.v.B. in ontwerp ter inzage te hebben. Hierover straks meer in punt 6.

Memorie van Antwoord — De Memorie van Antwoord is op dit punt (blz. 4 t/m 7) nogal 'manoeuvreerderig'. De constructie van de raamwet wordt nu ineens gemotiveerd met verwijzing naar het belang van een '(vrije) experimenteerfase'; tevens wordt gesteld dat het gewoon niet verstandig is om de concrete openbaarheidsnorm reeds bij wet te omschrijven (blz. 4).

Dat is een merkwaardige zaak. In de Memorie van Toelichting is nergens de raamwet-constructie verdedigd, dan wel aangeprezen wegens het experimentele nut daarvan.⁶ Dat die constructie⁷ tevens verstandig zou zijn suggereert dat het niet onmogelijk zou zijn om een 'volle' wettelijke regeling te maken. Maar dat wordt juist in het V.V. door een aantal Kamerleden betwist of van vraagtekens voorzien. Op de keper beschouwd bieden de bladzijden 5, 6 en 7 in de M.v.A. — hoewel volstrekt anders bedoeld

Dr. L. E. M. Klinkers (1943) is als wetenschappelijk hoofdmedewerker voor bestuurskunde verbonden aan het Instituut voor Staats- en Administratief Recht van de Juridische Faculteit van de Rijksuniversiteit Utrecht. Publiceerde recentelijk o.a.: *Openbaarheid van bestuur* (proefschrift, 1974, Den Haag). Adres: p/a Instituut voor Staatsrecht, Oorsprongpark 12, Utrecht, tel. 030—316043.

— juist het bewijs van die onmogelijkheid om een en ander concreet bij wet te regelen. In een uitgebreid betoog wordt namelijk gewezen op de ellende die men zich in Zweden en Denemarken op de hals gehaald heeft door de openbaarheids/geheimhoudingswetgeving zo concreet mogelijk te doen zijn. De bedoeling van die passage in de M.v.A. is om de Kamer te laten instemmen met een raamwet-constructie. Naar mijn smaak bewijzen de aangehaalde voorbeelden slechts dat men er in Zweden en Denemarken te laat is achter gekomen, dat men iets probeert te regelen dat niet voor regeling vatbaar is, zodat nu niemand er meer wijs uit kan worden: een zichzelf versterkend proces van dysfunctionele wetgeving, zich uitend in voortdurende aanmaak van nieuwe bepalingen, zodat men langzaam maar zeker niet meer weet wat wel en wat niet openbaar is. *NOTA BENE: Tot nu toe heeft geen geschrift mij kunnen overtuigen van de noodzaak dat de openbaarheid van bestuur bij en krachtens de wet geregeld zou moeten worden. Voorshands handhaaf ik daarom de idee dat men in deze kan volstaan met het vastleggen van den openbaarheidsgedachte in artikel 7 van de Grondwet, de vrijheid van drukpers, verder gemakshalve (hoewel formeel naar Nederlands recht niet geheel juist) vrijheid van meningsuiting genoemd. Dat grondrecht bestaat krachtens jurisprudentie van de Hoge Raad uit twee samenstellende bestanddelen: het recht om de mening te uiten (openbaren) en het recht om die mening te verspreiden; het eerste kan alleen bij wet in formele zin, het tweede ook bij wet in materiële zin beperkt worden.*

Aan het uiten van een mening pleegt het vormen van die mening vooraf te gaan, althans dat is niet onverstandig. Dat is ook het standpunt van minister De Gaay Fortman bij de behandeling van zijn laatste begroting. Als hij procedureel wordt gedwongen onmiddellijk te antwoorden op vragen waarvoor eigenlijk enig onderzoek nodig is, merkt hij op: 'Er zijn ministers die dan vinden dat aan dat openbaar maken van hun denken enig nadenken moet voorafgaan. Ik zal echter mijn best doen'.⁸

*Hiermee is bedoeld uit te drukken dat het nuttig lijkt een mening te vormen alvorens deze te uiten, en dat men bovendien eerst in staat moet zijn gesteld tot meningsvorming te kunnen komen. Anders gezegd: het bieden van de mogelijkheid om een mening te kunnen vormen is een *conditio sine qua non**

*voor een zinvolle vorming van die mening, terwijl die zelf weer op haar beurt een *conditio sine qua non* is voor een zinvol uiten van de mening, althans voor zover men het op prijs stelt geen ondoordacht-heden te debiteren.*

Openbaarheid van bestuur is een van de omstandigheden waarbinnen mogelijkheden tot zodanige meningsvorming bestaan. Zonder die openbaarheid kan meningsvorming (bijvoorbeeld door de Tweede Kamer over het beleid van een minister) illusoir zijn.

De Hoge Raad heeft beslist (17 maart 1953, N.J. 389) dat zonder een verspreidingsrecht het recht om te mogen openbaren geen zin heeft. Men zou staande kunnen houden dat dit openbaringsrecht evenzeer nutteloos is als men niet via openbaarheid van bestuur het recht heeft de mening te kunnen vormen over verschijnselen van openbaar bestuur. Overigens, wat is bestuurlijke geheimhouding in sommige omstandigheden anders dan 'n verschijningsvorm van preventieve censuur?

Positivering van de openbaarheidsconceptie in artikel 7 van de Grondwet⁹ heeft tenminste de volgende voordelen boven een openbaarheidswet.

Ten eerste komt dan de discussie over de vraag wat wel en wat niet openbaar mag zijn op een m.i. principieel juist en juridisch hoger niveau van abstractie. Momenteel speelt namelijk in het kader van de voorstellen tot wijziging van de Grondwet het vraagstuk van de algemene en/of bijzondere beperking van grondrechten.¹⁰ Uitspraken op dat punt kunnen indicatief zijn voor de beperkingen die men zó nodig in een democratische samenleving wenst aan te brengen in het openbaarheidsrecht krachtens artikel 7 van de Grondwet.

Ten tweede is er de kwestie van de controle door rechter en parlement. De administratiefrechtelijke Afdeling Rechtspraak van de Raad van State kan in AROB-verband zonder de aanwezigheid van een openbaarheidswet voortbouwen op de afgewogen jurisprudentie van de Hoge Raad inzake artikel 7 (met name op het punt van de omstandigheden waaronder dat grondrecht wel of niet gefrustreerd wordt). Jurisprudentie wegens toepassing van een openbaarheidswet daarentegen moet a.h.w. van voren af aan beginnen, met alle rechtsonzekerheid van dien (met name een beroep van de overheid op de eisen van een goede en democratische bestuursvoering — artikel 1, lid 2 — ter afwijzing van een verzoek om informatie kan wegens zijn doelmatigheids-

aspecten niet of nauwelijks met succes bij de Afdeling Rechtspraak bestreden worden).

Complementair aan de rechterlijke toetsing blijft het parlement een vollere greep op het openbaarheidsgebeuren houden dan wanneer een en ander in een openbaarheidswet geregeld is, omdat het bestaan van zo'n wet licht aanleiding geeft tot afstand bewaren door het parlement. De controle-mogelijkheid volgt hier voornamelijk uit artikel 104 van de Grondwet, waarover Burkens en Kocken reeds in 1969 opmerkten dat het parlement bij het verlangen van informatie van bewindslieden aanmerkelijk binnen de grens van het staatsbelang blijft.¹¹

Het lijkt nuttig meer aandacht te schenken aan de mogelijkheden die artikel 104 biedt, vooral omdat het sinds jaar en dag toestaat ook ambtenaren in het parlement aan het woord te laten. Voor hun uitlatingen terzake zijn ook zij krachtens artikel 107 niet gerechtelijk vervolgbaar.

Daarnaast zijn er nog de niet te veronachtzamen perspectieven op dat punt in het Reglement van Orde van de Tweede Kamer. Artikel 28, lid 3, van dat Reglement staat toe dat een commissie zich door rijksambtenaren, uitgenodigd via de minister, doet voorlichten, zelfs eventueel in volle openbaarheid (artikel 28, lid 4).¹² Daarnaast biedt ook artikel 35, lid 4 van het Reglement de mogelijkheid om in een openbare commissievergadering met ambtenaren van gedachten te wisselen.

Deze zaak is hierom van belang omdat wel wordt beweerd — zelfs in de Tweede Kamer tijdens het debat met minister Van Agt over de ontsnapping van Menten — dat ambtenaren niet gehouden zijn in de Kamer verantwoording af te leggen; dat ze dat zelfs niet kunnen.¹³ Deze opvatting, die in die stelligheid niet kan worden volgehouden, vindt haar grond in de doctrine dat de minister verantwoordelijk is voor alle daden van zijn ambtenaren, terwijl deze laatste anoniem (moeten) blijven. Los van de vraag hoelang die doctrine, welke zeker voor het eerste deel ervan haar goede kanten heeft, nog gehandhaafd dient te blijven, moet onderstreept worden dat zij krachtens de Grondwet en het Reglement van Orde, zeker voor het tweede deel ervan, meer nuances kan bezitten dan haar tot vandaag feitelijk wordt toegekend, althans dat de Grondwetgever die ambtelijke anonimiteit niet nagestreefd heeft.¹⁴ Zelfs in Engeland, dat toch in handhaving van traditionele denkbelden een bron van voortbestaan

meent te vinden, is deze doctrine van: de minister is verantwoordelijk en de ambtenaren blijven anoniem, reeds in 1954 doorbroken in de zogeheten 'Crichel Down Case'.¹⁵

De doeleinden van het wetsontwerp

Voorlopig Verslag — Dit onderdeel van het V.V. (blz. 8-13 en 23-25) bevat ernstige kritiek, wederom zowel van regerings- als van oppositiepartijen, op de constructie in het wetsontwerp en in de Memorie van Toelichting van 'beslotenheid en openheid als concurrente beginselen van staatsrecht', uitgedrukt in het tweede lid van artikel 1, het kernartikel van het ontwerp: luidende: 'Op een verzoek om informatie kan afwijzend worden beslist indien inwilliging daarvan in redelijkheid niet in overeenstemming kan worden geacht met de eisen van een goede en democratische bestuursvoering'.

Onder die eisen worden verstaan: integratie van tegenstrijdige belangen van maatschappelijke groeperingen, coördinatie van het beleid en eenduidige presentatie van het beleid.

In de kern bieden de redactie van en de toelichting op artikel 1, lid 2, de mogelijkheid elke openbaarheid uit te sluiten.¹⁶ Dat neemt de commissie niet. Het zou bepaald te ver voeren alle daarop betrekking hebbende passages te citeren. Voor drie zinnen, die naar mijn idee het best de kern van de kritiek weergeven maak ik een uitzondering. De eerste zin luidt (blz. 11): 'De inlichtingen verschaffende overheid bepaalt zelf wanneer een dergelijk tijdstip (waarop voor een goede en democratische bestuursvoering openbaarmaking van belang is, K.) is aangebroken en de vrijheid van interpretatie die het begrip 'goede en democratische bestuursvoering' biedt, maakt dat de overheid juist in controversiële kwesties het moment kan uitkiezen dat haar het gunstigst voorkomt'.

De tweede zin luidt (blz. 11): 'Zij (de Regering, K.) stelt zich voor dat openbaarheid van bestuur (een moeilijk weegbare grootheid) wordt gewogen tegen een goede en democratische bestuursvorming (een andere moeilijk weegbare grootheid) en de overheid zelf doet de weging'.

De derde zin luidt (blz. 24): '... maar dat het hun beslist te ver gaat een zo ongenueanceerd criterium als in artikel 1, lid 2, is verwoord, in een wet op te nemen, terwijl de normen ervan in diezelfde wet geen plaats zullen krijgen'.

NOTA BENE: De uitdrukking 'goede en democratische bestuursvoering' heeft nogal wat verwarring gezaaid. Door de kontekst van het wetsontwerp en de Memorie van Toelichting is dat begrijpelijk, omdat men daarin een formule heeft gebruikt die de indruk wekt — wellicht ten onrechte — dat de bewindslieden in openbaarheid een bedreiging zien van die goede en democratische bestuursvoering, en alleen van integratie, coördinatie en eenduidige presentatie in dat opzicht heil verwachten. Het geschut dat de commissie daartegen in stelling brengt levert dan ook automatisch narrige opmerkingen op over de nietzeggende betekenis van een 'goede en democratische bestuursvoering'.

Men kan zich echter afvragen of daarmee aan dat begrip voldoende recht wordt gedaan. Voor wie het wil zien is die uitdrukking bepaald veelzeggend. Er is namelijk niets op tegen deze zegswijze te beschouwen als een hendiadys,¹⁷ representerende het bekende begrip 'behoorlijk bestuur', dat in meer dan tien beginselen — voornamelijk krachtens administratiefrechtelijke jurisprudentie — zijn omvang en inhoud heeft gevonden en daardoor zeker niet onduidelijk of vaag is.

Deze zienswijze ondersteunt tevens het gevoel van de commissie dat openbaarheid niet tegen goede en democratische bestuursvoering moet worden afgewogen, maar juist moet worden gezien als een aanvulling daarop. Van daar is het een kleine stap openbaarheid van bestuur te percipiëren als een beginsel van behoorlijk bestuur, dus als een beginsel van goede en democratische bestuursvoering. Een dergelijke opvatting zou men temeer staande kunnen houden omdat beginselen van behoorlijk bestuur niet als zodanig steeds de doorslag geven in een twistgeding met de overheid, maar slechts een meetcriterium in een wegingsproces voor de rechter zijn. En dat is precies wat de bewindslieden in de aangevallen passages proberen duidelijk te maken: openbaarheid niet beschouwen als absoluut, maar als factor die onderdeel moet blijven uitmaken van een wegingsproces.

Als men deze denkwijze, dus van openbaarheid als een beginsel van behoorlijk bestuur, als een zinvolle onderkent, zal men wel de gedachte moeten laten varen dat een openbaarheidswet nodig is: men piekert er toch ook niet over om in het voetspoor van de beginselen van behoorlijk bestuur een gelijkheidswet, een evenredigheidswet, een fair-playwet, een

zorgvuldigheidswet enz. te maken.

Memorie van Antwoord — De reactie van de bewindslieden in de M.v.A. op de scherpe uitvallen van de commissie in de richting van artikel 1, lid 2, j. de eisen voor een goede en democratische bestuursvoering, is niet indrukwekkend. Zij komt hierop neer dat de commissie een en ander verkeerd heeft begrepen: 'Wij hebben intussen sterk de indruk dat de passage in de memorie van toelichting die betrekking heeft op de afweging van het belang van de openbaarheid tegen dat van andere middelen gericht op een goede en democratische bestuursvoering anders is begrepen dan wij hebben bedoeld. Het is niet onze bedoeling geweest een regeling te treffen waarbij ter gelegenheid van ieder verzoek om informatie de in die passage bedoelde afweging zou moeten plaatshebben. Dat zou tot verwarring en willekeur leiden. De passage heeft uitsluitend ten doel een aantal overwegingen te schetsen die een rol moeten spelen bij de uitwerking van het bepaalde in artikel 1, eerste en tweede lid van het wetsontwerp. Deze uitwerking heeft intussen plaatsgehad. Zij heeft geleid tot het voorontwerp van de algemene maatregel van bestuur die bij deze memorie is gevoegd'. (blz. 8).

De laatste zin in het citaat wordt vervolgens in verschillende variaties gebruikt om aan te tonen (a) dat de bewindslieden snel kunnen werken (blz. 9, regels 6 en 7 v.b.), dat (b) een raamwetconstructie toch echt de beste is (blz. 10, regels 14-18, v.b.) en dat (c) het voorontwerp A.M.v.B. antwoord geeft 'op alle vragen, die hierover in het voorlopig verslag zijn gesteld' (blz. 25, onder 7a, laatste alinea). Dat laatste is nogal wat. Meer hierover onder punt 6.

NOTA BENE: Een specifieke kleinigheid in de M.v.A. verdient openbare correctie. Men dicht de leden van een bepaalde fractie toe dat 'zij spreken van concurrerende belangen. Zo zouden wij ze bij voorkeur niet kwalificeren' (blz. 8, regels 5 en 6 v.o.). Men heeft dat echter wel gedaan, althans in de M.v.T. wordt op blz. 9 (regel 3 v.b.) met instemming een daartoe strekkende passage geciteerd.

De limitatieve uitzonderingsgronden in artikel 4 Voorlopig Verslag — Op dit stuk noteert men in het V.V. (blz. 25-28) kwalificaties als: 'het veronderstellen van een politieke eenheid die in werkelijkheid

niet bestaat', 'magere indruk', 'onnodig vaag gehouden', 'betwistbaar'.

Men had grote moeite met de kennelijke vanzelfsprekendheid waarmee deze uitzonderingsgronden geformuleerd (en nauwelijks toegelicht) zijn. Vooral het achterwege blijven van openbaarheid als deze de eenheid van de Kroon in gevaar zou kunnen brengen riep – mede door zijn onduidelijk strekking – vragen op.

NOTA BENE: *Ik heb hiervóór reeds aangegeven, dat het vastleggen van de openbaarheidsidee in artikel 7 van de Grondwet o.m. als voordeel kan hebben dat de discussie over eventuele beperkingen op die openbaarheid gevoerd zou kunnen worden op het hogere niveau van het vraagstuk over de algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten. In het voorliggende wetsontwerp komt men op dit punt door het lage abstractieniveau van de voorbeelden (M.v.A. blz. 26-28) niet veel verder dan een welles-nietes kwestie.*

Overigens kan men zich afvragen of er – na de openbare rede van minister-president Den Uyl namens de regering (= Kroon) en het openbare rapport van de Commissie van Drie over de Lockheed-affaire – zich nog iets in Nederland zou kunnen voordoen van een zodanig gewicht, dat openbaarmaking daarvan de eenheid van de Kroon in gevaar zou kunnen brengen.

De Raad voor de openbaarheid van bestuur

Voorlopig Verslag – De leden van de fracties van de PvdA, de VVD, de ARP, de PPR en het GPV, 12 van de 23 personen in de commissie, 'gaven te kennen in het geheel niet overtuigd te zijn van de noodzaak tot instelling van een aparte raad voor de openbaarheid van bestuur. De Regering meent hier klaarblijkelijk het advies van de Voorlopige Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid om de wildgroei van beleidsvoorbereidende organen in toom te houden, in de wind te moeten slaan' (blz. 29).

Een andere scherpe opmerking: 'De leden van de PPR-fractie waren van oordeel dat de Regering behoefte heeft aan het instellen van deze raad, omdat het haar zelf niet mogelijk is de materie voldoende eenduidig in de wet in woorden te vangen. Deze leden hadden een grote voorkeur voor een heldere en eenduidige wetstekst boven een raad die de materie nog nader moet bepalen' (blz. 30).

Memorie van Antwoord – Het antwoord van de bewindslieden daarop is: 'De in het wetsontwerp voorgestelde raad voor de openbaarheid van bestuur was bedoeld als een onmisbaar tegenwicht tegenover de betrekkelijke vaagheid van het bepaalde in het kernartikel van het ontwerp: artikel 1. De veelzijdig samengestelde raad zou als eerste taak krijgen te adviseren over het ontwerp voor de algemene maatregelen van bestuur die het bepaalde in de eerste twee leden van dit artikel concrete inhoud zou verlenen. Nu een voorontwerp hiervoor intussen tot stand is gekomen is een belangrijk argument voor de instelling van een dergelijk college vervallen' (blz. 30).

Vervolgens komt men met het voorstel, in plaats van zo'n raad, aan de minister van Algemene Zaken en die van Binnenlandse Zaken op te dragen binnen drie jaar na inwerkingtreding van de wet, en vervolgens om de vijf jaar, aan de Staten-Generaal een verslag toe te zenden over de wijze waarop de wet is toegepast. In dat verslag worden verwerkt de bevindingen van overheidsorganen, genoemd in het voorontwerp A.M.v.B., bestuurskundigen, vertegenwoordigers van publiciteitsmedia en vertegenwoordigers van de centrale ambtenarenorganisaties.

NOTA BENE: *Dat is – of men voor of tegen een openbaarheidswet is – hoe dan ook een uitstekend idee.¹⁸ Het nut en de noodzaak (de output van) wetten te evalueren begint langzaam vaste voet in wetgevingsgrond te krijgen. Lange tijd heeft men het overwegend aan de toevallige belangstelling van deze of gene wetenschapper overgelaten om de uitkomsten van een wet over een korte of langere periode te evalueren.¹⁹ En dan nog hing het af van de welwillendheid van de centrale administratie af, en in hoeverre, de daaruit voortvloeiende informatie de (cybernethische) functie van feedback kreeg toebedeeld.*

Een gezindheid om de plicht tot evaluatie in de regeling zelf²⁰ vast te leggen mag men m.i. beschouwen als het begin van een denkproces dat een einde kan maken aan de welhaast onstuitbare regelbehoefte van de laatste decennia, met zijn wildgroeiende, collisie opleverende en, niet zelden, zich tegen zijn doel kerende wetgeving.²¹

Overigens zou het wellicht aanbeveling verdienen die plicht tot evaluatie een grondslag te geven in een algemeen grondwetsartikel, in die zin dat voor elke wet (in formele en in materiële zin) de verplichting

komt te bestaan periodiek na te gaan in hoeverre die regeling een bijdrage levert aan de realisering van het doel waarvoor ze is ontworpen.

Wijziging artikel 1 annex Voorontwerp A.M.v.B.

Artikel 1 van het ontwerp — bevattende de plicht tot openbaarmaking tenzij daartegen bepaalde bezwaren bestaan — is gewijzigd in de leden 1 en 2.

Die van lid 1 beoogt de werkingssfeer van de wet uit te breiden over provincies en gemeenten. Bovendien bevat dat lid nu een omschrijving van het begrip overheidsorgaan.

In het tweede lid is het zinsdeel 'kan afwijzend worden beslist' gewijzigd in 'wordt afwijzend beslist'. De bedoeling daarvan is 'het element van arbitraire beoordeling uit de bepaling te verwijderen'.²² Men kan ook zeggen: wat eerst nog facultatief was, is nu imperatief geworden.²³

Het derde lid is van essentieel belang omdat het voorschrijft dat de concrete wijze van toepassen van de eerste twee leden geregeld wordt bij of krachtens A.M.v.B. Hierop heeft betrekking het reeds enkele malen genoemde Voorontwerp A.M.v.B. Dat bevat 9 artikelen. Op artikel 1 en 4 na is de inhoud slechts procesrecht.²⁴ Artikel 1 valt af omdat het niet verder gaat dan tot definiëring van de begrippen 'informatie' en 'overheidsdocumenten'. Het enige artikel dat dan kennelijk de functie heeft de openbaarheidsgedachte uit de eerste twee leden van artikel 1 van het wetsontwerp concrete inhoud te geven is artikel 4 van het voorontwerp, luidende: 'Verzoeken om informatie, vervat in documenten die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad worden ingewilligd behoudens voor zover zij betrekking hebben op:

a — gegevens, die nog in bewerking zijn of die, hoewel gereed, een onjuist beeld zouden geven omdat zij nog met andere moeten worden aangevuld;
b — persoonlijke beleidsopvattingen van bewindslieden, bestuurders of ambtenaren. Over de in deze documenten vervatte beleidsalternatieven wordt echter wel informatie verstrekt.

De algemene kritiek in het Voorlopig Verslag is: het wetsontwerp schuift²⁵ de kern, het wezen, de concrete (openbaarheids)norm voor zich uit naar een A.M.v.B., en dus buiten de beslissingssfeer van het parlement. De bewindslieden haasten zich een voorontwerp A.M.v.B. ter kennisneming aan te bieden, maar men zoekt vergeefs naar een explicietere

vermelding van die norm. Toegegeven, uit artikel 4 blijkt duidelijker dan uit de Memorie van Toelichting (blz. 12) dat ook bepaalde interne ambtelijke stukken voor inzage in aanmerking komen. Maar alles bijeen genomen kan men zich afvragen of die artikelen 1 t/m 9 niet even goed in de wet zelf opgenomen kunnen worden.²⁶

NOTA BENE: *Het eerste lid van artikel 9 voorontwerp vraagt nog bijzondere aandacht. Het luidt: 'Op verzoeken om informatie kan niet afwijzend worden beslist dan op de gronden vermeld in deze algemene maatregel van bestuur en op die, genoemd in artikel 4 van de Wet openbaarheid van bestuur'.*

Vergelijk dat met het tweede lid van artikel 1 van het gewijzigde ontwerp, luidende: 'Op verzoek om informatie wordt afwijzend beslist indien inwilliging daarvan in redelijkheid niet in overeenstemming kan worden geacht met de eisen van een goede en democratische bestuursvoering'.

De vergelijking leert dat artikel 9, lid 1 van het voorontwerp A.M.v.B. — zijnde mede een uitwerking van het tweede lid van artikel 1 van het gewijzigde ontwerp van wet — derogeert aan dat tweede lid. Dat kan natuurlijk niet. Men zal een van beide moeten schrappen.

Slot

Om dit kommentaar niet te lang te doen zijn moet hier verder buiten beschouwing blijven:

- de kritiek van de commissie op het niet toepasselijk zijn van het wetsontwerp op provincies en gemeenten, en de wijze waarop dat in het gewijzigde ontwerp is rechtgetrokken;
 - de positie van de ambtenaar²⁷;
 - de openbaarheid van adviezen van niet-ambtelijke adviesinstanties²⁸;
 - de openbaarheid van adviezen van de Raad van State;
 - de AROB-beroepsprocedure;
 - andere dan de besproken wijzigingen in het wetsontwerp;
 - het feit dat het advies van de Raad van State van 27 november 1974 over het voorontwerp van wet pas begin december 1976 als stuk nr. 13 bij dit wetsontwerp gepubliceerd is, na oorspronkelijk op de bibliotheek nedergelegd te zijn.
- Burkens kwalificeerde het wetsontwerp openbaarheid als voornamelijk bestaande uit 'opgeklapte lucht en juridische gatekaas'.²⁹ Nuver merkt daar-

over op dat men Burkens 'bepaald niet kan verwijten, dat hij hiermede wel een geestige, doch onverdedigbare stelling heeft geponeerd'.⁸⁰ Ik vrees dat de nu verschenen stukken (Memorie van Antwoord, Voorontwerp A.M.v.B., Nota van wijzigingen en Gewijzigd ontwerp van wet) beide heren niet tot andere gedachten zullen brengen.

Door alle stukken heen blijft overeind staan de vanzelfsprekendheid waarmee men aanneemt, dat het openbaar bestuur geheimen mag hebben. Het openbaar bestuur als zodanig kan echter geen geheimen hebben: het zijn steeds concrete personen die geheimen hebben. En als die geheimen gewichtig genoeg zijn lekken ze uit. Immers, zoals ooit iemand zei: het schip van de staat is het enige schip dat lekt aan de top.

Noten

¹ Op 1 en 2 december 1976 berichtten de nieuwsmidia dat op het ministerie van Buitenlandse Zaken in Den Haag een geheim telegram was uitgelekt, waaruit bleek dat de Amerikaanse regering er naar streefde de OPEC-landen en de armste landen bij de zogeheten Noord-Zuid dialoog uit elkaar te drijven om prijsopdrijving van de olie te voorkomen; het zoveelste bewijs dat geheimen, waar meer dan twee personen bij betrokken zijn, plegen uit te lekken.

² *Bijl. Hand. II*, zitting 1974-1975, 13418, nrs. 1 t/m 4.

³ Het valt te betreuren dat het niveau van politiek bedrijven doorgaans niet beoordeeld wordt naar de vrij hoge kwaliteit van bijvoorbeeld zo'n Voorlopig Verslag, maar meer naar het partij-politieke gebeuren van lagere orde, dat een 'dankbaarder' bron van nieuws pleegt te zijn.

⁴ Voor een beschrijving van de daaraan inherente problemen verwijs ik kortheidshalve naar *BW. 1975*, nr. 5.

⁵ Zie H. D. van Wijk/W. Konijnenbelt, *Hoofdstukken van administratief recht*, Vuga 3e dr. 1976, blz. 41/42 en A. M. Donner/C. W. van der Pot, *Handboek van het Nederlands Staatsrecht*, Zwolle 1972, 9e dr., blz. 383/384.

⁶ Vgl. uit de Memorie van Toelichting de belangrijkste passages terzake: blz. 8, eerste volle alinea, blz. 12, eerste volle alinea, blz. 13, eerste alinea, blz. 15, eerste volle alinea en vierde alinea, blz. 16, eerste alinea en blz. 21 bovenaan. Wel is door Den Uyl in een eerder stadium over het nut van experimenteren in deze gesproken bij de behandeling van de begroting van Algemene Zaken, zitting 1973-1974, 30 oktober 1973, blz. 491 e.v. In de latere M.v.T. op dit wetsontwerp (1975) vindt men dit inhoudelijk niet meer terug.

⁷ Uit de M.v.A., blz. 5, blijkt overigens dat in het voor-

ontwerp van wet, toegezonden aan de Raad van State de plicht tot actieve en passieve openbaarheid niet was opgenomen, 'doch was verschoven naar alsnog te geven ministeriële aanwijzingen'. De Raad van State adviseerde de beginselen zelf in de wet op te nemen en de uitwerking daarvan te laten plaatsvinden via Algemene Maatregel van Bestuur. Het geeft te denken dat een, politiek, zo belangrijk punt van de Raad van State moet komen.

⁸ *Hand. II*, zitting 1976-1977, 19 oktober 1976, blz. 445 rk.

⁹ Dus niet het opnemen van een algemeen openbaarheidsartikel in de Grondwet, zoals de bedoeling is van de regering (M.v.A., blz. 7). Ook artikel 7 is onderdeel van de voorstellen tot wijziging van de Grondwet. Zie voor een vergelijkend overzicht van de plannen terzake van de laatste jaren, J. M. de Meij, *De Grondwetsherziening en de vrijheid van drukpers*, in *Tijdschrift voor Overheidsadministratie*, 1976, nr. 2, blz. 251-256.

¹⁰ Zie *Bijl. Hand. II*, zitting 1975-1976, 13872 (Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake grondrechten), nr. 3, blz. 20 e.v. Vgl. ook M. C. Burkens, *Op weg naar een algehele grondwetsherziening*, in *Beleid en Maatschappij*, 1976/12, blz. 325 1k.

¹¹ M. C. Burkens en E. H. A. Kocken, *Openheid en openbaarheid van bestuur, Preadviezen Administratieve Dagen 1969*, blz. 200, I.B.W.

¹² Zie hierover het principiële betoog van R. Crinice Le Roy, *De vierde macht*, 3e dr., 1976, blz. 130-133.

¹³ Een opmerking van Kosto (PvdA), *Hand. II*, 18 november 1976, blz. 1389 rk.

¹⁴ Het debat over de zaak Menten in de Tweede Kamer is een mooi voorbeeld hoe een doctrine onder de drang der omstandigheden kan gaan wankelen. In het V.V. van het onderhavige wetsontwerp achten de leden van de VVD-fractie (blz. 17, laatste alinea) een openbare ambtelijke verantwoordelijkheid onwenselijk onder de huidige staatsrechtelijke verhoudingen. Tijdens het debat over de zaak Menten dringt mevr. Kappeyne van de Copello aan op het noemen van de namen van de ambtenaren die terzake enige verantwoordelijkheid droegen (blz. 1378 lk.), in die zin dat ze van de minister vraagt ofwel te vertellen wie aan het beraad heeft deelgenomen, ofwel te zwijgen, maar *dan wel de volle verantwoordelijkheid op zich te nemen*. Daarna wil de minister de nota van verantwoording van het opsporingsonderzoek slechts vertrouwelijk toezenden aan de vaste commissie voor justitie (blz. 1398 lk), maar zegt even later toch toe die nota naar de Kamer te zenden (blz. 1402 lk), daarmede de anonimiteit der betrokken ambtenaren opheffend. Nog mooier wordt het als op 15 december daaropvolgend de nieuwsmidia berichten dat de nota toch vertrouwelijk aan de vaste commissie

is gezonden, om meteen daarna de namen te noemen van de drie ambtenaren die van de minister terzake een veeg uit de pan hebben gekregen.

¹⁵ Zie D. N. Chester, *The Crichton Down Case*, in Richard A. Chapman and A. Dunsire (eds.), *Style in Administration*, Readings in British Public Administration, London 1971, blz. 360-377.

¹⁶ E. L. Berg noemt de argumenten die de bewindslieden in dat verband aangevoerd hebben 'volstrekt waardevol'; Grenzen aan de groei van de overheid: de vierde macht, in *Bestuurswetenschappen*, 1976, nr. 5, blz. 313.

¹⁷ De hendiadys (twee-in-een-constructie) komt meer voor in het juridische taalgebruik. Zo verdedigde bijvoorbeeld Troelstra met succes in het zittingsjaar 1921-1922 in zijn amendement op de Grondwet, dat vaste colleges van advies en bijstand aan de regering krachtens de wet dienden te worden ingesteld (het huidige artikel 87), de uitdrukking 'van advies en bijstand' met een beroep op een hendiadys; zie F. J. A. Huart, *Grondwetsherziening 1917 en 1922*, Arnhem 1925, blz. 122.

¹⁸ In de Memorie van Toelichting, blz. 14, is die gedachte aan evaluatie na vijf jaar nog slechts een idee dat zinvol lijkt in de ogen der bewindslieden.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld J. R. Stellinga, 'De verhoogde rechtsbescherming van de Wet BAB', in *Tijdschrift voor Overheidsadministratie*, 1971, nr. 1169, blz. 180 e.v.

²⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 34 van het 'Ontwerp-besluit houdende uitvoering van de artikelen 143bis, tweede en derde lid, en 143ter, eerste en tweede lid, van de Wet op het Wetenschappelijk onderwijs (Regeling post-academisch onderwijs) 'waarin een evaluatie van het postacademisch onderwijs na tien jaar na inwerking-treding van deze A.M.v.B.' is voorgeschreven.

²¹ Getuige bijvoorbeeld de opmerking van Dr. A. P. Amir, psychiater bij de GG en GD te Utrecht: 'Ik zou willen dat het hele logge systeem van gespecialiseerde hulpverlening totaal de grond in wordt geboord. Gewoon omdat je ziet dat er steeds meer mensen in worden fijngezaaid' (Utrechts Nieuwsblad, 22 mei 1976).

²² Stuk. nr. 9, blz. 3, onder Toelichting ad. I.

²³ De wijziging is op zichzelf bestuursrechtelijk correct. Het duidelijkst wordt de achtergrond daarvan geformuleerd door W. Duk, Wetsontwerp openbaarheid van bestuur, *Nederlands Juristenblad*, 20 maart 1976, afl. 12, blz. 398: 'Art. 1, tweede lid, stelt het compromiskarakter van het ontwerp in het volle daglicht. De bepaling is zonderling. Als inwilliging van een verzoek 'in redelijkheid' niet strookt met de eisen van wat 'een goede en democratische bestuursvoering' ook mag zijn, verwachten we geen discretionaire bevoegdheid, maar een ongeclausuleerde plicht tot afwijzing'.

²⁴ In gelijke zin de leden van de VVD-fractie in het Eindverslag, nr. 14, blz. 3, onder 6.

²⁵ W. Duk, *t.a.p.*, blz. 397, zegt: 'Hier zien we een gaaf voorbeeld van verschuiving van moeilijkheden naar een later stadium. Bij of krachtens a.m.v.b. te stellen regels lopen in elk geval niet het risico van amendering of verwerping door het parlement'.

²⁶ In gelijke zin de leden van de fracties van de KVP, ARP en CHU in het Eindverslag, nr. 14, blz. 2, onder 4.

²⁷ Interessant in dit verband zijn de publicaties van M. Vlasblom, *Beperkte benoembaarheid, Het probleem van het z.g. 'Berufsverbod'*, in *Tijdschrift voor Overheidsadministratie* 1976, nr. 21, blz. 435-438, met name de onderdelen III en IV, en van J. M. de Meij, 'Ambtenaar en vrijheid van meningsuiting', in *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1976, blz. 679-691, een kritische beschouwing over de 'Aanwijzingen inzake ambtelijk optreden (extern), betrekking hebbend op de vrijheid van meningsuiting van ambtenaren'.

²⁸ Zie ook Huart, *t.a.p.*, blz. 126.127.

²⁹ *Gemeentestem*, 12 september 1975, no. 6368, blz. 339 lk.

³⁰ *Gemeentestem*, 26 maart 1976, no. 6395, blz. 121 lk.