

Deeladvies 3: de Wet open overheid

Aan Begeleidingscommissie dataverantwoordelijkheid samenwerkingsverbanden

Van 5.1.2e

Datum 15 februari 2023

Onderwerp De Wet open overheid (deeladvies 3)

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	2
2. Toepassing van de Woo op samenwerkingsverbanden.....	3
2.1 Wie is verantwoordelijk op grond van de Woo?.....	4
a. <i>Orgaan, persoon of college in de zin van de Woo: algemeen.....</i>	4
b. <i>Orgaan, persoon of college in de zin van de Woo: het LCH als voorbeeld.....</i>	5
c. <i>Onder verantwoordelijkheid werkzame instelling, dienst of bedrijf: algemeen.....</i>	7
d. <i>Onder verantwoordelijkheid werkzame instelling, dienst of bedrijf: het LCH als voorbeeld.....</i>	7
2.2 Geldt dit alleen voor informatie binnen het concern of ook daarbuiten?.....	10
a. <i>Document in de zin van de Woo: algemeen.....</i>	11
b. <i>Berusten in de zin van de Woo: algemeen.....</i>	12
c. <i>Document en berusten in de zin van de Woo: het LCH als voorbeeld.....</i>	12
2.3 Wat is de invloed van de afspraken en de ministeriële verantwoordelijkheid?.....	16
a. <i>Afspraken samenwerkende partijen: algemeen.....</i>	16
b. <i>Afspraken samenwerkende partijen: het LCH als voorbeeld.....</i>	17
c. <i>Ministeriële verantwoordelijkheid.....</i>	18
3. Doel van de Wet open overheid.....	18
4. Reikwijdte van de Wet open overheid.....	19
4.1 Het begrip «document».....	20
a. <i>Opgemaakt of ontvangen.....</i>	21
b. <i>Schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens.....</i>	21
c. <i>Naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan.....</i>	22

WETGEVINGSWERKEN BV
Schiedamsedijk 48
3011 ED Rotterdam

POST

3001 KB Rotterdam

KVK 61962368

www.wetgevingswerken.nl

4.2	Het begrip «berusten».....	23
a.	<i>Berusten</i>	23
b.	<i>Behoort te berusten</i>	25
4.3	Het begrip «orgaan, persoon of college».....	27
4.4	Het begrip « onder verantwoordelijkheid werkzame instelling, dienst of bedrijf».....	29
5.	Zorgplicht, doorzendplicht en toetsing verzoeken.....	32
5.1	Zorgplicht.....	32
5.2	Doorzendplicht.....	33
5.3	Toetsing verzoeken.....	33
	Bijlage: stroomschema deeladvies 3 - Wet open overheid.....	36

1. Inleiding

In het inleidend memo zijn de vragen opgenomen waarop de deeladviezen een antwoord moeten formuleren. In dit deeladvies komen de antwoorden op die vragen aan de orde voor zover het om de verantwoordelijkheden van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) op grond van de Wet open overheid (hierna: Woo) gaat. De volgende vragen staan dus centraal:

- a. Wie is vanuit de Woo verantwoordelijk voor de informatie die binnen de samenwerkingsverbanden voorhanden is en dient bijvoorbeeld te zorgen voor het behandelen van verzoeken op grond van de Woo?
- b. Is er voor deze verantwoordelijkheden nog een verschil tussen de informatie die binnen het Ministerie van VWS (of onderdelen van het concern van het Ministerie van VWS) voorhanden is en de informatie waarover de samenwerkingsverbanden zelf (of althans de partners binnen de samenwerkingsverbanden) beschikken?
- c. In hoeverre zijn de afspraken die de samenwerkende partijen, ook in privaatrechtelijke zin, over deze informatie hebben gemaakt, van invloed op deze verantwoordelijkheden? En wat is de invloed van de ministeriële verantwoordelijkheid daarop?

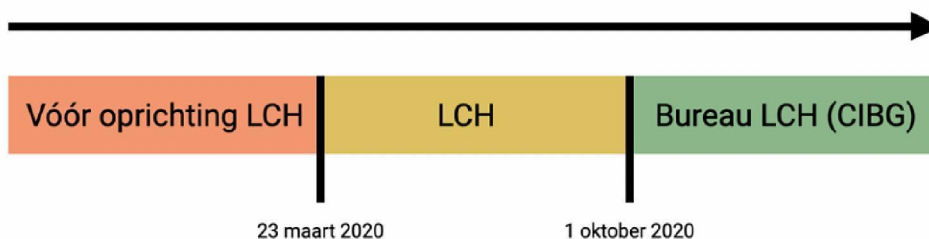
Omdat de antwoorden op deze vragen de kern van dit deeladvies vormen, komen in paragraaf 2 eerst deze antwoorden aan de orde. De paragrafen 3, 4 en 5 geven vervolgens weer tegen welke achtergrond de antwoorden op deze vragen gegeven zijn. Paragraaf 3 staat daartoe bij het doel van de Woo stil. Dit doel plaatst de begrippen uit de Woo en daarmee de reikwijdte van de wet in het juiste perspectief. Paragraaf 4 gaat vervolgens op de belangrijkste begrippen uit de Woo in. Deze begrippen zijn in het algemeen kader al aan de orde geweest, maar paragraaf 4 diept deze begrippen nader uit. Paragraaf 5 besteedt tot slot aandacht aan een aantal verantwoordelijkheden op grond van de Woo. Het gaat dan om de zorgplicht, de doorzendplicht en de toetsing die plaats dient te vinden als een verzoek om openbaarmaking is ingediend. Deze verantwoordelijkheden geven enig inzicht in wat het voor een bestuursorgaan betekent als de Woo van toepassing is.

2. Toepassing van de Woo op samenwerkingsverbanden

Deze paragraaf formuleert een antwoord op de vragen uit de inleiding van dit deeladvies. Daarbij zullen de vragen elk in een afzonderlijke subparagraaf aan de orde komen. Voor de verdere uitwerking wordt steeds verwezen naar de relevante paragrafen waar de inhoud verder is uitgediept.

Bij het beantwoorden van de vragen zal het LCH als voorbeeld dienen. Dit om inzichtelijk te maken welke factoren en handelingen bij het beantwoorden van de vragen een rol spelen. Daarbij is van belang dat er bij het LCH drie periodes zijn te onderscheiden waarin informatie tot stand is gekomen. Dit betreft de volgende periodes:

- i. De periode voorafgaand aan de oprichting van het LCH: dit is de periode vanaf het moment dat het idee voor het vormen van het LCH ontstond tot de oprichting op 23 maart 2020;
- ii. De periode van het LCH als samenwerkingsverband: dit is de periode vanaf de formele oprichting van het LCH op 23 maart 2020 tot 1 oktober 2020, het moment waarop het CIBG de opdracht kreeg de operationele uitvoering van het LCH over te nemen;
- iii. De periode van het bureau LCH: dit is periode vanaf 1 oktober 2020, nadat het CIBG deze opdracht ging uitvoeren en bureau LCH van het CIBG de operationele uitvoering op zich nam.



2.1 Wie is verantwoordelijk op grond van de Woo?

De eerste vraag is wie vanuit de Woo verantwoordelijk is voor de informatie die binnen een samenwerkingsverband voorhanden is en wie dus bijvoorbeeld dient te zorgen voor het behandelen van verzoeken op grond van de Woo.

- a. *Orgaan, persoon of college in de zin van de Woo: algemeen*
(zie paragraaf 4.3 voor een nadere uitwerking)

Bij het antwoord op die vraag, speelt een rol of het samenwerkingsverband is aan te merken als een orgaan, persoon of college in de zin van de Woo. In dat geval is het samenwerkingsverband zelf immers verantwoordelijk op grond van die wet.

Bij het begrip «orgaan, persoon of college» gaat het, op grond van artikel 2.2, eerste lid, aanhef en onder a, van de Woo, in de eerste plaats om bestuursorganen. Dit zijn bestuursorganen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en betreft zowel de organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld (a-organen) als de personen of colleges die met enig openbaar gezag zijn bekleed (b-organen).

Bij de a-organen gaat het om de klassieke bestuursorganen zoals de regering, de minister, het college van gedeputeerde staten of de burgemeester. Verder kan het gaan om publiekrechtelijk georganiseerde zelfstandige bestuursorganen die over (eigen) rechtspersoonlijkheid beschikken, zoals het Commissariaat voor de Media en het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.¹

¹ L.A. Kjellevold Hoegge, *Rechtsbescherming tegen bestuurshandelen in Nederland, Noorwegen en Zweden. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de Rechtsgeleerdheid. (Staat en Recht nr. 2)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 63.

Bij de b-organen gaat het om organen van rechtspersonen die krachtens privaatrecht zijn ingesteld of natuurlijke personen aan wie een of meer overheidstaken zijn opgedragen en aan wie de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. Dit betreft bijvoorbeeld de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen en de keurmeesters die de APK-keuringen bij auto's uitvoeren.

Daarnaast zijn in artikel 2.2, eerste lid, aanhef en onder b tot en met f, van de Woo een aantal organen, personen en colleges specifiek onder de reikwijdte van de Woo gebracht. Dit gaat onder andere om de Tweede en Eerste Kamer, delen van de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman.

b. Orgaan, persoon of college in de zin van de Woo: het LCH als voorbeeld

i. De periode voorafgaand aan de oprichting van het LCH

Voor het LCH zijn er, zoals gezegd, drie periodes te onderscheiden waarin informatie tot stand is gekomen. Dit betreft in de eerste plaats de periode voorafgaand aan de formele oprichting op 23 maart 2020. In die periode bestaat eigenlijk alleen een voornemen om te gaan samenwerken. Daarover vindt tussen de betrokken partijen wel onderling overleg en ander contact plaats, maar van een orgaan, persoon of college in de zin van de Woo is op dat moment (nog) geen sprake. Op het LCH als zodanig rustte in die periode dus ook geen verantwoordelijkheden op grond van de Woo.

De partijen die deelnemen aan het samenwerkingsverband kunnen mogelijkerwijs wel worden aangemerkt als een orgaan, persoon of college in de zin van de Woo. Het convenant van het LCH is zowel door privé personen als namens ondernemingen en instellingen getekend. Voorbeelden van partijen die het convenant hebben getekend zijn (academische) ziekenhuizen, overheidsinstanties, ministeries, logistieke, productie- en distributiebedrijven, consultancyorganisaties en zorgverzekeraars.² Als dit organen, personen of colleges in de zin van de Woo zijn, dan is de Woo over die periode vanzelfsprekend wel op hen van toepassing.

ii. De periode van het LCH als samenwerkingsverband

Daarnaast is er de periode vanaf de oprichting van het LCH tot het moment waarop het CIBG de operationele uitvoering van het LCH overnam. Voor die periode is van belang dat het LCH middels

² Deloitte, *Onderzoek inkoop PBM*, (deel)verslag van handelingen inzake transacties Relief Goods Alliance B.V., A&P versie d.d. 14 september, p. 53.

een privaatrechtelijk convenant tot stand is gebracht. Het is dus geen orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld en daarmee geen a-orgaan in de zin van de Woo.

Verder is het LCH geen privaatrechtelijke rechtspersoon of natuurlijke persoon en het LCH is ook niet met openbaar gezag bekleed. Er zou wellicht nog wel betoogd kunnen worden dat er aan het LCH overheidstaken zijn opgedragen, maar er zijn daarvoor geen publiekrechtelijke bevoegdheden aan het LCH toegekend. Het LCH is dus evenmin een b-orgaan in de zin van de Woo.

Tot slot is het LCH ook geen orgaan, persoon of college dat op grond van artikel 2.2, eerste lid, aanhef en onder b tot en met f, van de Woo expliciet onder de reikwijdte van de Woo is gebracht. Ook in deze periode is de Woo dus niet op het LCH als zodanig van toepassing. Voor deze periode geldt eveneens dat dit wel kan gelden voor de partijen die aan het samenwerkingsverband deelnemen.

iii. De periode van het bureau LCH

Tot slot is er de periode vanaf het moment dat het CIBG de opdracht kreeg de operationele uitvoering van het LCH over te nemen en bureau LCH van het CIBG de operationele uitvoering inderdaad voor zijn rekening nam. Voor die periode is van belang dat het CIBG een agentschap van het Ministerie van VWS is. Dit betekent dat het een intern verzelfstandigd organisatieonderdeel binnen het Ministerie is en onder de verantwoordelijkheid van de Minister van VWS valt.³ Vanaf het moment dat bureau LCH van het CIBG de operationele uitvoering overnam, was de Woo dus rechtstreeks op bureau LCH van toepassing. Daarbij is de Minister van VWS het verantwoordelijke bestuursorgaan. **Dat de Minister verantwoordelijk is, betekent overigens niet dat hij ook volledig de zorg voor de uitvoering moet dragen. Dat kan ook (deels) bij het CIBG worden belegd. Daarover kunnen met het CIBG, maar ook andere organisatieonderdelen, afspraken worden gemaakt.**

*c. Onder verantwoordelijkheid werkzame instelling, dienst of bedrijf: algemeen
(zie paragraaf 4.4 voor een nadere uitwerking)*

Als een samenwerkingsverband geen orgaan, persoon of college in de zin van de Woo is, dan is vervolgens de vraag of het samenwerkingsverband kan worden aangemerkt als een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

³ Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Minister van Financiën van 16 december 2002, *Instellingsbesluit agentschap Centraal Informatiepunt Beroepen Gezondheidszorg*, Stcrt. 2002, 243, p. 17.

Bij het antwoord op die vraag speelt een rol of het een publiekrechtelijke dienst, bedrijf of instelling is. Als dat zo is, dan wordt aangenomen dat deze onder de werking van de Woo valt, tenzij dit anders is geregeld. Voor een privaatrechtelijke dienst, bedrijf of instelling geldt het tegenovergestelde; daar wordt uitgegaan van onafhankelijkheid, tenzij dit anders geregeld is.⁴

Vervolgens is de vraag of er sprake is van zeggenschap over de uitvoering van de werkzaamheden van de instelling, de dienst of het bedrijf. In hoeverre kan het bestuursorgaan opdrachten en aanwijzingen geven en dient de instelling, de dienst of het bedrijf zich daarnaar te richten? Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit de statuten van de instelling, de dienst of het bedrijf of de door het bestuursorgaan en de instelling, de dienst of het bedrijf gesloten overeenkomst.

d. Onder verantwoordelijkheid werkzame instelling, dienst of bedrijf: het LCH als voorbeeld

i. De periode voorafgaand aan de oprichting van het LCH

Bij de periode tot aan de formele oprichting van het LCH is er geen sprake van een publiekrechtelijke dienst, bedrijf of instelling. In die periode bestaat eigenlijk alleen een voornemen om te gaan samenwerken. Daarover vindt tussen de betrokken partijen wel onderling overleg en ander contact plaats, maar van een instelling, dienst of bedrijf is op dat moment (nog) geen sprake. Dit betekent dat wordt uitgegaan van de onafhankelijkheid van het LCH, tenzij dit anders geregeld is.

Dan is de vraag in hoeverre dit anders geregeld is. Voor de periode tot aan de formele oprichting op 23 maart 2020 is dat eenvoudig vast te stellen, er was toen namelijk nog niets geregeld. Onder leiding van een medewerker van Mediq zijn in de dagen voorafgaand aan de oprichting wel 'Fair Play regels' opgesteld, maar voor zover kon worden nagegaan is daar geen formele vastlegging van.⁵

Verder blijkt ook niet dat er in deze periode vanuit het Ministerie van VWS opdrachten of aanwijzingen werden gegeven waarnaar het LCH zich diende te richten. Naar alle waarschijnlijkheid zal de bestuursrechter dus tot de conclusie komen dat het LCH in die periode geen onder verantwoordelijkheid van de Minister van VWS werkzame instelling, dienst of bedrijf was.

⁴ *Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 24.*

⁵ Deloitte, *Onderzoek inkoop PBM*, (deel)verslag van handelingen inzake transacties Relief Goods Alliance B.V., A&P versie d.d. 14 september, voetnoot 83, p. 54.

ii. *De periode van het LCH als samenwerkingsverband*

Voor de periode vanaf de formele oprichting van het LCH op 23 maart 2020 tot aan het moment dat het CIBG de operationele uitvoering op zich nam, geldt eveneens dat er geen sprake is van een publiekrechtelijke dienst, bedrijf of instelling. Het LCH is een samenwerkingsverband dat middels een privaatrechtelijk convenant is opgericht. Dit betekent dat ook voor deze periode wordt uitgegaan van de onafhankelijkheid van het LCH, tenzij dit anders geregeld is.

In hoeverre dit anders geregeld is, is voor deze periode echter lastiger te duiden. Het convenant, waarmee het LCH formeel is opgericht, is weliswaar niet ondertekend door het Ministerie van VWS, maar het Ministerie heeft wel een rol gehad in het opstellen ervan en daarmee in de afspraken die de partijen binnen het samenwerkingsverband hebben gemaakt. Bovendien staat in het convenant dat het Ministerie van VWS de scope van het LCH bepaalt en door het LCH faciliteert.⁶

Daar komt bij dat in de overeenkomst tussen Mediq en de Staat ook aanwijzingen en opdrachten voor het LCH opgenomen zijn. Weliswaar richten die zich grotendeels tot Mediq, maar daarbij is wel een verband gelegd met het LCH. In de overwegingen staat in elk geval dat:

- er een nationaal consortium (het LCH, red.) is opgericht om tekorten aan persoonlijke beschermingsmiddelen voor de gezondheidszorg en andere producten op te heffen;
- de Minister in directe verbinding met het consortium staat en nauw met Mediq samenwerkt om gezamenlijk tot oplossingen te komen en maatregelen te treffen om de tekorten op te heffen;
- de Minister het consortium waar Mediq partij bij is heeft gevaagd om de inkoop en coördinatie van distributie van deze benodigde producten in Nederland te verzorgen;
- Mediq zich bereid heeft verklaard om voor Nederland op grote schaal de producten in te kopen waar een tekort aan is en door te leveren aan en te factureren bij de zorgaanbieders;
- het voor de Minister noodzakelijk is om een actueel beeld te hebben van de financiële afwikkeling;
- Mediq de Minister heeft verzocht om zich garant te stellen voor de financiële risico's die Mediq hierbij loopt en de Minister zich hiertoe, vanwege het grote belang voor de volksgezondheid dat met de inkoop en distributie van de producten gemoeid is, bereid heeft verklaard.⁷

⁶ CONVENANT *Landelijk Consortium Hulpmiddelen*, 27 maart 2020, overwegingen (zesde bullet).

⁷ OVEREENKOMST *TUSSEN DE STAAT DER NEDERLANDEN EN MEDIQ*, 23 maart 2020, p. 1.

Verder blijkt uit de overeenkomst dat de garantstelling ook ziet op de overeenkomsten die door Mediq sinds 23 maart 2020 reeds gesloten zijn. Dit wekt de indruk dat de overeenkomst rechtstreeks verband houdt met de oprichting van het LCH.⁸

In een door het Ministerie van VWS in september 2020 opgesteld overdrachtsdocument komt dit verband eveneens expliciet naar voren en wordt kenbaar gemaakt dat de overeenkomst met Mediq is gesloten omdat het LCH geen rechtspersoonlijkheid bezit en daardoor geen rechtshandelingen kan verrichten. Volgens het overdrachtsdocument heeft de Minister voor Medische zorg en Sport er om die reden, *“in overleg met de deelnemers van het 1ste uur, voor gekozen om Mediq, die als partij deelneemt aan het LCH, te vragen om de inkoop, coördinatie en distributie van de hulpmiddelen in Nederland te verzorgen en dit in een overeenkomst (d.d. 23-03-2020, zie in bijlage A) te bekrachtigen.”*

In het overdrachtsdocument wordt over de verhouding tussen Ministerie van VWS en het LCH verder het volgende geschreven: *“Vanaf de start van de werkzaamheden van het LCH heeft VWS een faciliterende rol voor het LCH en gedurende het traject is daarbij ook een meer sturende rol in de vorm van opdrachtgeverschap bij gekomen.”* Daarbij wordt onder andere opgemerkt dat het Ministerie van VWS het LCH instructies geeft over de volumes van en de in te kopen producten, omtrent de voorraad van de producten, allocatie van de producten en de te hanteren verkoopprijzen van producten voor facturatie doeleinden.⁹

In het verlengde daarvan geeft het Ministerie van VWS in die periode ook rechtstreeks aanwijzingen en opdrachten aan het LCH. Zo is vanaf 3 april 2020 voor orders van het LCH van meer dan 5 miljoen euro toestemming van het Ministerie van VWS vereist,¹⁰ krijgt het LCH op 10 april 2020 de opdracht om maximaal persoonlijke beschermingsmiddelen in te kopen en volgt op 12 april 2020 de opdracht om maximaal persoonlijke beschermingsmiddelen in te kopen zonder rekening te houden met een vooraf begrensde voorraad omvang.¹¹ Verder besluit het Ministerie van VWS op 22 juni 2020 om de beoordeling van nieuwe aanbiedingen door het LCH stop te zetten.¹²

⁸ OVEREENKOMST TUSSEN DE STAAT DER NEDERLANDEN EN MEDIQ, 23 maart 2020, p. 2.

⁹ LCH terugblik en situatie tot 1 september 2020 (fase 1), overdrachtsdocument (beschrijving), versie 1.0, 23 september 2020, p. 7 en 8.

¹⁰ Deloitte, *Onderzoek inkoop PBM*, (deel)verslag van handelingen inzake transacties Relief Goods Alliance B.V., A&P versie d.d. 14 september, p. 12.

¹¹ Deloitte, *Onderzoek inkoop PBM*, (deel)verslag van handelingen inzake transacties Relief Goods Alliance B.V., A&P versie d.d. 14 september, p. 12.

¹² Deloitte, *Onderzoek inkoop PBM*, (deel)verslag van handelingen inzake transacties Relief Goods Alliance B.V., A&P versie d.d. 14 september, p. 17.

Tot slot dient Mediq ook verantwoording af te leggen over de inkoop die via het LCH plaatsvindt. Uit de tussen Mediq en de Staat gesloten overeenkomst blijkt dat Mediq dagelijks en wekelijks dient te rapporteren over de hoeveelheid en de kosten van de ingekochte producten, de problemen in de (niet) nakoming van verplichtingen en eventueel gerealiseerde schades.¹³ Verder is Mediq verplicht de Minister per ommegaande te informeren indien hij voorziet dat de garantstelling een bedrag van 20 miljoen euro nadert of dit bedrag dreigt te worden overschreden.¹⁴ In het hiervoor genoemde overdrachtsdocument wordt bij die verantwoordingsplicht bovendien een verband gelegd met het LCH in die zin dat is opgemerkt dat het Ministerie het LCH verzoekt verantwoording af te leggen met cijfers over vraag, aanbod, inkoop, productie, verdeling en distributie van hulpmiddelen.¹⁵

Aan de hand hiervan is dan ook de verwachting dat, ondanks het feit dat het Ministerie van VWS het convenant waarmee het LCH tot stand is gebracht niet heeft ondertekend, uit het convenant en de tussen Mediq en de Staat gesloten overeenkomst blijkt dat de Minister opdrachten en aanwijzingen aan het LCH kon geven en dat het LCH zich daar ook naar diende te richten. Als dat zo is, dan betekent dit dat het LCH een onder verantwoordelijkheid van de Minister werkzame instelling, dienst of bedrijf is en dat op de Minister over deze periode de verantwoordelijkheden op grond van de Woo rusten.

2.2 Geldt dit alleen voor informatie binnen het concern of ook daarbuiten?

De tweede vraag is of er voor deze verantwoordelijkheden nog een verschil is tussen de informatie die binnen het Ministerie van VWS (of onderdelen van het concern van het Ministerie van VWS) voorhanden is en de informatie waarover de samenwerkingsverbanden zelf (of althans de partners binnen de samenwerkingsverbanden) beschikken.

- a. *Document in de zin van de Woo: algemeen*
(zie paragraaf 4.1 voor een nadere uitwerking)

Voor het antwoord op deze vraag moet eerst worden nagegaan in hoeverre er sprake is van publieke informatie in de zin van de Woo. In artikel 2.1, van de Woo is publieke informatie gedefinieerd als informatie neergelegd in documenten die berusten bij een orgaan, persoon of college of informatie die door een bestuursorgaan kan worden gevorderd. Doorslaggevend is dus

¹³ OVEREENKOMST TUSSEN DE STAAT DER NEDERLANDEN EN MEDIQ, 23 maart 2020, p. 2.

¹⁴ OVEREENKOMST TUSSEN DE STAAT DER NEDERLANDEN EN MEDIQ, 23 maart 2020, p. 2.

¹⁵ LCH terugblik en situatie tot 1 september 2020 (fase 1), overdrachtsdocument (beschrijving), versie 1.0, 23 september 2020, p. 7 en 8.

of er sprake is van een «document» in de zin van de Woo en of de informatie daar op grond van de Woo «berust».

Van een document in de zin van de Woo is sprake als (1) een document door een orgaan, persoon of college is opgemaakt of ontvangen, (2) als het een schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens betreft en (3) als het naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan.

Uit de wetsgeschiedenis en de jurisprudentie blijkt dat aan deze drie elementen een ruime betekenis toekomt. Dat er sprake moet zijn van een document dat door een orgaan, persoon of college is opgemaakt of ontvangen, moet alleen verduidelijken dat niet alle informatie die een bestuursorgaan kan raadplegen onder het bereik van de Woo valt. Informatie op een externe website valt hier bijvoorbeeld niet onder.¹⁶

Verder gaat het bij een schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens om elk materiaal dat gegevens bevat.¹⁷ Behalve schriftelijke stukken worden hier bijvoorbeeld ook geluidsbanden, videobanden, ponskaarten, diskettes, cd-rom's, fotomateriaal,¹⁸ filmopnamen, opnamen van telefoongesprekken en e-mailberichten onder verstaan¹⁹ en kunnen hier ook WhatsApp-berichten en andere berichten op sociale media onder vallen.²⁰

Dat een document naar zijn aard verband dient te houden met de publieke taak betekent tot slot niet dat het alleen om documenten gaat die direct gerelateerd zijn aan het uitoefenen van publiek gezag of andere bestuurstaken, maar ook om documenten die gerelateerd zijn aan aangelegenheden die voor de uitoefening van die publieke taak randvoorwaardelijk zijn.²¹

*b. Berusten in de zin van de Woo: algemeen
(zie paragraaf 4.2 voor een nadere uitwerking)*

Voor het begrip «berusten» in de zin van de Woo geldt dat niet doorslaggevend is waar het document is opgeslagen. Iedere vorm van opslag is voldoende.²² Wel is het zo dat het

¹⁶ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 16 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY6317.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 19.

¹⁸ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 21.

¹⁹ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 42.

²⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p.17.

²¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p.17.

²² *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 44.

bestuursorgaan de feitelijke toegang of beschikking moet hebben over een document²³ en dat een ambtenaar of een bestuurder in functie de documenten dus onder zich moet hebben.²⁴ Het gaat daarbij niet alleen om de stukken die door het bestuursorgaan zelf zijn gecreëerd, maar ook om alle van buiten komende stukken en ander voor het bestuursorgaan bestemd materiaal.²⁵

In het verlengde daarvan gaat het niet alleen om documenten die onder het bestuursorgaan berusten, maar ook om documenten die daar behoren te berusten. Als een document bij een orgaan behoort te berusten en dat niet (meer) het geval is, is het bestuursorgaan op grond van artikel 4.2, tweede lid, van de Woo verplicht het document te vorderen van degene die daar wel over beschikt. Het bestuursorgaan moet zich dus inspannen om deze documenten te achterhalen.²⁶

De verplichting om zich in te spannen om documenten te achterhalen is op grond van de Woo aan de orde als de documenten op grond van enig wettelijk voorschrift bij het bestuursorgaan hadden behoren te berusten. Bij die wettelijke voorschriften gaat het in elk geval om de archiefregelgeving, maar ook om nog niet nageleefde verplichtingen om bepaalde informatie aan de overheid te verstrekken in het kader van een toezichtrelatie of de verantwoording van een bekostiging.²⁷

c. Document en berusten in de zin van de Woo: het LCH als voorbeeld

i. De periode voorafgaand aan de oprichting van het LCH

Hiervoor is vastgesteld dat het LCH vóór de formele oprichting geen orgaan, persoon of college in de zin van de Woo is en ook niet als een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf kan worden aangemerkt. Daarmee is de informatie die over deze periode binnen het LCH voorhanden is, ook geen publieke informatie in de zin van de Woo en rusten er op de Minister van VWS op grond van de Woo ook geen verantwoordelijkheden voor deze informatie. De Minister van VWS hoeft zich over deze periode dus bijvoorbeeld niet in te spannen om de informatie van het LCH bij derden te achterhalen.

Dit ligt anders voor zover het om informatie van het LCH gaat dat door een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf

²³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 20.

²⁴ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 44.

²⁵ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 21.

²⁶ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 44.

²⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 77.

opgesteld of ontvangen is. Zoals hiervoor is aangegeven, is het convenant van het LCH zowel door privé personen als namens ondernemingen en instellingen getekend. Als dit organen, personen of colleges in de zin van de Woo zijn, dan wordt de informatie van het LCH die onder hen berust wel aangemerkt als een publieke informatie in de zin van de Woo.

Dit geldt in elk geval voor het Ministerie van VWS. Tussen het Ministerie van VWS en het LCH is, zowel voor als na de formele oprichting van het LCH op 23 maart 2020, intensief contact is geweest. Nu de Minister van VWS een bestuursorgaan in de zin van de Woo is, zijn de verantwoordelijkheden op grond van de Woo ook aan de orde voor zover het om publieke informatie van het LCH gaat.

Indien het Ministerie van VWS bijvoorbeeld een e-mailbericht van het LCH ontvangt met het verzoek om akkoord te geven op een order of er vanuit het Ministerie van VWS een e-mailbericht aan het LCH is gestuurd met commentaar op het convenant, dan valt dit voor het Ministerie van VWS onder opgemaakt of ontvangen in de zin van de Woo.

Bovendien mag aangenomen worden dat het om informatie gaat die is aan te merken als een schriftelijk stuk of een ander geheel van vastgelegde gegevens in de zin van de Woo en dat de informatie ook verband houdt met de publieke taak van de Minister van VWS. De Minister van VWS gaf leiding aan de bestrijding van de covid-19-pandemie.²⁸ Het waarborgen van de beschikbaarheid van persoonlijke beschermingsmiddelen in de zorg maakte daar deel van uit. Dit betekent dat er bij deze informatie dus sprake is van documenten in de zin van artikel 2.1, van de Woo.

Daar komt bij dat deze documenten ook onder de Minister van VWS berusten. Ambtenaren (en mogelijk ook de Minister zelf) beschikken over deze documenten. Daarmee gaat het om publieke informatie in de zin van artikel 2.1, van de Woo en rusten op de Minister van VWS voor die informatie dus de verantwoordelijkheden op grond van de Woo.

Dit betekent bijvoorbeeld dat als de informatie niet binnen het Ministerie van VWS maar bij derden voorhanden is, de Minister gehouden is om na te gaan of het om informatie gaat die op grond van een wettelijk voorschrift wel onder het Ministerie zou moeten berusten. Als dat zo is, dan moet de Minister zich ook inspannen om die informatie te achterhalen. Dit geldt ook voor de publieke informatie waarover het CIBG over deze periode van het LCH beschikt.

²⁸ Op grond van artikel 7, eerste lid, jo. artikel 6, vierde lid, van de Wet publieke gezondheid.

Opmerking verdient wel dat de verantwoordelijkheden van de Minister van VWS zich beperken tot de informatie die onder het Ministerie van VWS zou moeten berusten. De verantwoordelijkheden strekken zich dus niet uit over alle informatie van het LCH.

ii. De periode van het LCH als samenwerkingsverband

In de toelichting op de Woo is voor wat betreft de b-organen, de organen van rechtspersonen die krachtens privaatrecht zijn ingesteld of de natuurlijke personen aan wie een of meer overheidstaken zijn opgedragen en aan wie de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, opgemerkt dat de Woo slechts op hen van toepassing is voor zover zij openbaar gezag uitoefenen.

Deze beperking is bij de onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instellingen, diensten of bedrijven echter niet aan de orde. Als terecht is aangenomen dat het LCH, vanaf het moment dat het LCH formeel is opgericht, als een onder verantwoordelijkheid van de Minister werkzame instelling, dienst of bedrijf is aan te merken dan kan voor deze informatie dus gelden dat het publieke informatie in de zin van de Woo is. In dat geval rusten op de Minister van VWS voor die informatie ook de verantwoordelijkheden op grond van de Woo.

Bij de informatie van het LCH over de periode vanaf de oprichting tot het moment dat het CIBG de operationele uitvoering overnam gaat het in elk geval om informatie die door het LCH opgesteld of ontvangen is. Het gaat met name om e-mailberichten die de medewerkers van het LCH ontvingen, maar ook bijvoorbeeld inkooporders en contracten die zij opstelden.

Uit het inleidend memo blijkt bovendien dat het bij de informatie over deze periode gaat om individuele mailboxen, een aantal gemeenschappelijke mailboxen, een teams-omgeving met documenten en chatberichten en een inkoopadministratie. Het gaat dus ook om schriftelijke stukken of een ander geheel van vastgelegde gegevens.

Tot slot houdt deze informatie, zoals gezegd, verband met de publieke taak van de Minister van VWS. Het gaat daarbij niet alleen om de documenten van het LCH die direct gerelateerd zijn aan het uitoefenen van publiek gezag of andere bestuurstaken, maar ook om documenten die gerelateerd zijn aan aangelegenheden die voor de uitoefening van die publieke taak randvoorwaardelijk zijn, zoals bedrijfsvoering of organisatie. Daarbij zijn documenten die betrekking hebben op inkoop of personeelsbeleid expliciet als voorbeeld in de toelichting genoemd.²⁹ Ook de inkoopadministratie van het LCH valt hier dus onder.

²⁹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p.17.

Al met al betekent dit dat de informatie over deze periode documenten zijn in de zin van de Woo. De Minister van VWS is daar op grond van de Woo dus verantwoordelijk voor. In elk geval voor zover ze onder het LCH berusten. Die documenten zijn daarmee publieke informatie in de zin van de Woo.

Voor zover het om documenten gaat die bij derden voorhanden zijn, is de Minister van VWS gehouden om na te gaan of het om documenten zijn die op grond van een wettelijk voorschrift onder het LCH zouden moeten berusten. Als dat zo is, dan dient de Minister van VWS zich in te spannen om die documenten te achterhalen. Uit een uitspraak van de Afdeling over sms- en Whatsapp-berichten volgt dat het daarbij ook kan gaan om informatie die bij natuurlijke personen in privé voorhanden is. Beslissend is of de informatie bestemd is voor het LCH als zodanig. Als dat aan de orde is, behoren de berichten te berusten bij het LCH.³⁰

Verder speelt een rol dat het CIBG over deze periode over informatie van het LCH beschikt. Een groot deel van de informatie die vanaf de oprichting tot aan het moment dat het CIBG de operationele uitvoering overnam door het LCH is opgesteld en ontvangen, is in oktober 2020 namelijk aan het CIBG overgedragen. Het CIBG heeft de overgedragen informatie weliswaar niet ingezien en zorgt er alleen voor dat deze informatie technisch wordt beheerd, maar het CIBG heeft sinds de overdracht wel feitelijk toegang tot de documenten en kan daar ook over beschikken. Het is dus informatie die door het CIBG is ontvangen en ook onder het CIBG berust.

Daarnaast is hiervoor al opgemerkt dat het ook om schriftelijke stukken of een ander geheel van vastgelegde gegevens in de zin van de Woo gaat en dat de informatie verband houdt met de publieke taak van de Minister van VWS. Er is bij de informatie die door het LCH aan het CIBG overgedragen is dus eveneens sprake van publieke informatie in de zin van de Woo en dit brengt voor de Minister van VWS dus ook de verantwoordelijkheden op grond van de Woo met zich mee.

Tot slot zal voor het Ministerie van VWS, en wellicht ook het CIBG, gelden dat zij over deze periode zelf nog informatie van het LCH hebben opgesteld en ontvangen. Voor die informatie geldt hetzelfde als hiervoor over de informatie is opgemerkt die binnen het Ministerie van VWS over de periode voorafgaand aan de oprichting van het LCH voorhanden is. Ook dit is publieke informatie in de zin van de Woo waarbij op de Minister van VWS de verantwoordelijkheden op grond van de Woo rusten.

iii. De periode van het bureau LCH

³⁰ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899.

Voor de periode vanaf het moment dat het CIBG de operationele uitvoering overnam geldt dat het CIBG een agentschap van het Ministerie van VWS is. Het CIBG is dus onderdeel van een bestuursorgaan. Verder gaat het bij de informatie over deze periode ook om publieke informatie in de zin van de Woo. Het is informatie die door het CIBG is opgesteld of ontvangen, aangenomen mag worden dat het om schriftelijke stukken of een ander geheel van vastgelegd gegevens gaat en de informatie houdt verband met de publieke taak van de Minister van VWS. Bovendien gaat het om informatie die onder het CIBG berust of daar behoort te berusten. Op de Minister van VWS rusten voor de informatie over deze periode dus de verantwoordelijkheden op grond van de Woo.

2.3 Wat is de invloed van de afspraken en de ministeriële verantwoordelijkheid?

Tot slot is de vraag in hoeverre de afspraken die de samenwerkende partijen, ook in privaatrechtelijke zin, over deze informatie hebben gemaakt, van invloed zijn op deze verantwoordelijkheden. En wat de invloed van de ministeriële verantwoordelijkheid op deze verantwoordelijkheden is.

a. Afspraken samenwerkende partijen: algemeen

Voor het antwoord op de vraag in hoeverre de tussen partijen gemaakte afspraken van invloed zijn op de verantwoordelijkheden op grond van de Woo, is van belang dat er een uitspraak is waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat tussen partijen gemaakte afspraken niet af kunnen doen aan wettelijke verplichtingen op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob). In die zaak waren partijen overeengekomen bepaalde informatie niet openbaar te maken, maar de Afdeling oordeelde dat de Wob inbreuk kan maken op die afspraak en dat er wettelijke voorschriften zijn die alsnog tot openbaarheid kunnen verplichten.³¹

De verwachting is dat deze lijn met de komst van de Woo niet wijzigt. Als partijen overeenkomen dat bepaalde informatie niet openbaar wordt gemaakt en de wet doorkruist deze afspraak niet, dan doet dat in belangrijke mate af aan zowel het doel van de Wob als de Woo dat burgers toegang dienen te hebben tot publieke informatie. Sterker nog, het zou in belangrijke mate afbreuk doen aan het recht op toegang tot publieke informatie zoals dat juist expliciet in de Woo verankerd is. Aan de hand hiervan is dan ook de conclusie dat deze jurisprudentie nog altijd relevant is en dat de tussen partijen gemaakte afspraken geen invloed hebben op de verantwoordelijkheden op grond van de Woo.

³¹ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 11 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1095.

b. Afspraken samenwerkende partijen: het LCH als voorbeeld

i. De periode voorafgaand aan de oprichting van het LCH

In de periode tot aan de formele oprichting op 23 maart 2020 hadden partijen nog geen afspraken gemaakt. Zoals gezegd zijn in de dagen voorafgaand aan de oprichting wel 'Fair Play regels' opgesteld, maar voor zover kon worden nagegaan is daar geen formele vastlegging van.³²

ii. De periode van het LCH als samenwerkingsverband

Op grond van het convenant waarmee het LCH is opgericht zijn partijen gehouden om bepaalde informatie niet openbaar te maken tenzij daarvoor schriftelijke toestemming is verleend.³³ Verder voorziet het convenant ook in een verplichting om, wanneer het COVID-19 virus en de daarmee gepaard gaande crisis is bezworen en het bestaan van het LCH overbodig is, alle gegevens en alle gewisselde communicatie permanent te verwijderen.³⁴

Uit de hiervoor genoemde uitspraak volgt echter dat deze afspraken niet afdoen aan de verplichtingen uit de Woo. Dit betekent dat er ook op een verzoek om openbaarmaking op grond van de Woo moet worden beslist als daarvoor geen schriftelijke toestemming is verleend en dat, voor zover informatie is verwijderd en deze wel bij de Minister van VWS had horen te berusten, de Minister op grond van de Woo gehouden is zich in te spannen deze informatie te achterhalen.

iii. De periode van het bureau LCH

Voor zover bekend zijn er in deze periode geen privaatrechtelijke afspraken gemaakt die voor dit advies van belang zijn.

c. Ministeriële verantwoordelijkheid

[PM: dit zal worden uitgewerkt aan de hand van het deeladvies over dit onderwerp]

³² Deloitte, *Onderzoek inkoop PBM*, (deel)verslag van handelingen inzake transacties Relief Goods Alliance B.V., A&P versie d.d. 14 september, voetnoot 83, p. 54.

³³ *CONVENANT Landelijk Consortium Hulpmiddelen*, 27 maart 2020, artikel 3.6, p. 3.

³⁴ *CONVENANT Landelijk Consortium Hulpmiddelen*, 27 maart 2020, artikel 5.4, p. 4.

iv. Doel van de Wet open overheid

De Woo is op 1 mei 2022 in werking getreden en is de opvolger van de Wob.³⁵ De Woo is op initiatief van de Tweede Kamer tot stand gebracht en in de memorie van toelichting is kenbaar gemaakt dat dit initiatief is genomen omdat er op grond van de Wob te weinig informatie uit eigen beweging openbaar werd gemaakt, dat de uitzonderingsgronden teveel belangrijke informatie van publieke controle uitsloten en dat verzoekers om informatie met hoge kosten konden worden geconfronteerd.³⁶ Het doel van de Woo was hier verandering in te brengen en te zorgen voor een transparante en actief openbaar makende overheid.³⁷

In verband hiermee is de toegang tot publieke informatie als recht in de Woo verankerd.³⁸ Volgens de toelichting is dit een noodzakelijke stap in de erkenning van het belang van transparantie en openbaarheid.³⁹ Verder geldt dat er ten opzichte van de Wob nog drie andere belangrijke wijzigingen in de wet zijn doorgevoerd. In de eerste plaats voorziet de Woo in een verplichting voor bestuursorganen om bepaalde informatie actief openbaar te maken. Een systematische ontsluiting van voor burgers relevante informatie draagt volgens de toelichting bij aan inzicht in de bestuursvoering en is daarmee onmisbaar voor democratische participatie en controle van het bestuur.⁴⁰ Daarnaast legt de wet aan bestuursorganen een verplichting op om een contactpersoon aan te stellen die burgers informeert over de beschikbaarheid van informatie. Die functionaris kan burgers volgens de toelichting helpen om snel en effectief te overzien welke informatie aanwezig is bij een bestuursorgaan.⁴¹ Tot slot borgt de Woo dat de digitale informatiehuishouding van de overheid op orde wordt gebracht. Volgens de toelichting is het doel hiervan dat de Woo de randvoorwaarden voor een goede uitvoering van de wet schept.⁴²

Uit de Woo en de belangrijkste wijzigingen die ten opzichte van de Wob in de wet zijn doorgevoerd, volgt dat het doel van de wet is en blijft dat burgers toegang hebben tot publieke informatie. Dit stelt burgers volgens de toelichting in staat de overheid te controleren, fundamentele rechten uit te oefenen en economische en culturele waarde te creëren.⁴³ Meer dan de Wob legt de Woo de nadruk op de actieve rol die bestuursorganen daarbij hebben om informatie actief openbaar te

³⁵ Artikel 10.1, van de Woo.

³⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 2 en 3.

³⁷ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 1.

³⁸ Artikel 1.1, van de Woo

³⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 5.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 3.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 5.

⁴² *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p. 6.

⁴³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 2.

maken, maar ook om de informatiehuishouding te verbeteren en ervoor te zorgen dat de informatie zich in goede, geordende en toegankelijke staat bevindt.⁴⁴ In de toelichting is kenbaar gemaakt dat daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat toegankelijkheid van publieke informatie vaak niet alleen een juridische kwestie is, maar ook een praktisch probleem en een mentaliteitskwestie.⁴⁵

Het doel van de Woo sluit overigens in grote lijnen aan op het doel van de Archiefwet. In de toelichting op de Archiefwet is benadrukt dat de archieven het geheugen van de overheid vormen en dat niet alleen de overheid die informatie gebruikt, maar dat het ook ter beschikking staat *“aan de samenleving, de individuele burger, ter ondersteuning van individuele rechten en als hulpmiddel voor de actieve democratische controle op het handelen van de overheid.”*⁴⁶ De Archiefwet scheidt dus, net als de Woo, de voorwaarden om goede democratische controle op het bestuur mogelijk te maken⁴⁷ en biedt eveneens steun aan individuele rechten van burgers.

v. Reikwijdte van de Wet open overheid

In het algemeen kader is al kort stil gestaan bij de begrippen die in de Woo centraal staan. Deze paragraaf zal die begrippen en daarmee de reikwijdte van de Woo nader uitdiepen. Daarbij is van belang dat de Woo, net als de Wob, het kader voor toegang tot publieke informatie regelt.⁴⁸ In artikel 2.1, van de Woo is publieke informatie gedefinieerd als informatie neergelegd in documenten die berusten bij een orgaan, persoon of college of informatie die krachtens artikel 4.2,⁴⁹ van de Woo door een bestuursorgaan kan worden gevorderd. Doorslaggevend voor de reikwijdte van de Woo is dus of er sprake is van een «document» in de zin van de Woo, of de informatie daar op grond van de Woo «berust» en wanneer sprake is van een «orgaan, persoon of college» in de zin van de Woo.

Tegen die achtergrond gaat deze paragraaf nader op de begrippen «document», «berusten» en «orgaan, persoon of college» in. In het verlengde daarvan staat deze paragraaf echter ook bij het begrip «onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf» stil. Op grond van artikel 4.1, eerste lid, van de Woo kan een verzoek om openbaarmaking van publieke informatie niet alleen bij een bestuursorgaan worden ingediend, maar ook bij een «onder

⁴⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 6.

⁴⁵ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 328, nr. 9, p. 3.

⁴⁶ *Kamerstukken II 1992/93*, 22 866, nr. 7, p. 5.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1992/93*, 22 866, nr. 3, p. 4 en *Kamerstukken II 2021/22*, 35 968, nr. 3, p. 6.

⁴⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 328, nr. 9, p. 5.

⁴⁹ In de wet wordt verwezen naar artikel 2.3, van de Woo maar dit moet artikel 4.2, tweede lid, van de Woo zijn.

verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf». De precieze betekenis van dit begrip speelt binnen dit advies dus ook een rol.

Deze paragraaf zal daarbij in de eerste plaats aandacht besteden aan de betekenis die in de wetsgeschiedenis aan deze vier begrippen gegeven is. Daarnaast zal de paragraaf ingaan op de jurisprudentie. Bij de totstandkoming van de Woo is kenbaar gemaakt dat de wet vooral wijzigingen doorvoert die zien op de materiële en procedurele invulling van het recht op toegang tot publieke informatie. Voor de meer structurele aspecten, zoals het informatiestelsel en het onderscheid tussen actieve en passieve openbaarheid, geldt dat een aantal onderdelen uit de Wob ongewijzigd is overgenomen in de Woo.⁵⁰ De jurisprudentie die op basis van de Wob over deze onderdelen is ontwikkeld, blijft dus relevant en zal ook aan de orde komen.

4.1 Het begrip «document»

Het begrip «document» is in artikel 2.1, van de Woo gedefinieerd als *«een door een orgaan, persoon of college als bedoeld in artikel 2.2, eerste lid, opgemaakt of ontvangen schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens dat naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan, die persoon of dat college.»* Belangrijke elementen in deze definitie zijn dat het moet gaan om een document dat is «opgemaakt of ontvangen», dat het betrekking moet hebben op een «schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens» en dat het document «naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan». Op deze elementen wordt hieronder dan ook nader ingegaan.

Op voorhand wordt daarbij opgemerkt dat de invulling van het begrip «document» in de Woo materieel gelijk is gebleven aan de invulling van het begrip in de Wob. Dat betekent dat overeind blijft dat aan het begrip een ruime betekenis toekomt en dat daaronder elk materiaal wordt verstaan dat gegevens bevat.⁵¹ Behalve schriftelijke stukken vallen er dus bijvoorbeeld geluidsbanden, videobanden, ponskaarten, diskettes, cd-rom's en fotomateriaal onder,⁵² maar ook filmopnamen, opnamen van telefoongesprekken en e-mailberichten.⁵³ Verder kunnen ook WhatsApp-berichten en andere berichten op sociale media documenten zijn in de zin van de Woo.⁵⁴

⁵⁰ *Kamerstukken II 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 5.*

⁵¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 19.*

⁵² *Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 21.*

⁵³ *Kamerstukken I 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 42.*

⁵⁴ *Kamerstukken II 2019/20, 35 112, nr. 9, p.17.*

d. Opgemaakt of ontvangen

Dat het volgens de definitie moet gaan om een document dat is «opgemaakt of ontvangen» is wel nieuw ten opzichte van de Wob. Hiermee is volgens de toelichting echter geen materiele wijziging beoogd. De toevoeging moet alleen verduidelijken dat niet alle informatie die een bestuursorgaan kan raadplegen onder het bereik van de Woo valt.⁵⁵ Dit sluit ook aan bij de jurisprudentie. Een door een bestuursorgaan geraadpleegde externe site die door derden is samengesteld, is volgens de jurisprudentie bijvoorbeeld geen document in de zin van de Woo.⁵⁶

e. Schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens

Verder is nieuw dat in de definitie van document niet meer wordt gesproken over «schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat» zoals dat voorheen in artikel 1, van de Wob het geval was, maar van een «schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens». Volgens de toelichting is hiervoor gekozen omdat een elektronisch bestand niet uit een materiaal bestaat. Verder valt hier volgens de toelichting niet alleen een elektronisch bestand, maar ook een analoge foto, een film of een andere niet-digitale verzameling gegevens onder die niet als schriftelijk kan worden aangemerkt.⁵⁷

De definitie in de Woo sluit hiermee aan op de nieuwe Archiefwet die in voorbereiding is. Het wetsvoorstel daarvoor, het wetsvoorstel Intrekking van de Archiefwet 1995 en vervanging door de Archiefwet 2021 (hierna: wetsvoorstel) dat op 17 november 2021 bij de Tweede Kamer is ingediend,⁵⁸ strekt tot modernisering van de Archiefwet, zodat deze beter aansluit bij de praktijk van het digitale informatiebeheer.⁵⁹ In artikel 1.1, van dat wetsvoorstel is het begrip «document» eveneens gedefinieerd als «een schriftelijk stuk of ander geheel van vastgelegde gegevens».⁶⁰

f. Naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan

Ook de zinsnede «naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van dat orgaan» is in de definitie van document in de Woo opgenomen om het toepassingsbereik van de Woo en de

⁵⁵ B.R. Boerboom, N.N. Bontje, I. Hasker, J.P. Heinrich, E.C. Pietemaat, F.J.H. van Tienen en D.I. van Weerden, *Commentaar & Context Wet open overheid*, 5.1.2e Juridische Uitgevers, 2022, p. 12.

⁵⁶ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 16 augustus 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY6317.

⁵⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 66.

⁵⁸ *Kamerstukken II*, 2021/22, 35 968, nr. 1.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 29 362, nr. 272, p. 2.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2021/22, 35 968, nr. 2.

Archiefwet 1995 beter op elkaar af te stemmen.⁶¹ Het begrip archiefbescheiden is nu in de Archiefwet gedefinieerd als «bescheiden, ongeacht hun vorm, door overheidsorganen ontvangen of opgemaakt en naar hun aard bestemd daaronder te berusten».⁶² Het voornemen bestaat echter het begrip «archiefbescheiden» met het wetsvoorstel te vervangen door het begrip «document» en het element «naar hun aard bestemd daaronder te berusten» te vervangen door de omschrijving, dat het document «naar zijn aard verband houdt met de publieke taak van het overheidsorgaan».⁶³ Zowel in de toelichting op de Woo als de toelichting op het wetsvoorstel is kenbaar gemaakt dat deze omschrijving concreter is.⁶⁴

De zinsnede dat een document «naar zijn aard verband houdt met de publieke taak» kan volgens de toelichting op de Woo worden gezien als een vervanging van het begrip «bestuurlijke aangelegenheid» uit de Wob. Dat laatste begrip heeft volgens de toelichting zijn betekenis verloren, omdat het door de rechter zeer ruim wordt uitgelegd.⁶⁵ Het begrip is in de jurisprudentie zodanig verbreed dat het geen filter meer oplevert voor de toegang tot informatie.⁶⁶ In die zin vormt de zinssnede in de Woo dus een beperking ten opzichte van de Wob.

Desalniettemin moet de zinssnede volgens de toelichting op de Woo breed worden uitgelegd. Alle documenten die betrekking hebben op overheidshandelen moeten in beginsel openbaar zijn. Niet alleen documenten betreffende beleid maar ook documenten betreffende bijvoorbeeld de bedrijfsvoering.⁶⁷ Het gaat volgens de toelichting dus niet alleen om de documenten die direct gerelateerd zijn aan het uitoefenen van publiek gezag of andere bestuurstaken, maar ook om documenten die gerelateerd zijn aan aangelegenheden die voor de uitoefening van die publieke taak randvoorwaardelijk zijn, zoals bedrijfsvoering of organisatie. Daarbij worden documenten die betrekking hebben op inkoop of personeelsbeleid expliciet als voorbeeld genoemd.⁶⁸

Uit het voorgaande volgt dat vooralsnog onduidelijk is wat het vervangen van het begrip «bestuurlijke aangelegenheid» uit de Wob door «naar zijn aard verband houdt met de publieke taak» in de praktijk precies betekent. Vaste jurisprudentie was dat het begrip «bestuurlijke aangelegenheid» zag op het openbaar bestuur in al zijn facetten. Het betrof niet alleen het externe

⁶¹ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p.16.

⁶² Artikel 1, onderdeel c, onder 1°, van de Archiefwet 1995.

⁶³ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 968, nr. 3, p. 68.

⁶⁴ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p.16 en *Kamerstukken II 2021/22*, 35 968, nr. 3, p. 68.

⁶⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p.18.

⁶⁶ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 328, nr. 9, p. 19.

⁶⁷ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p.18.

⁶⁸ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p.17.

optreden van het bestuur, maar ook de interne organisatie, zoals de wijze waarop ambtenaren hun ambt vervullen.⁶⁹ De vraag is of en hoe de invulling met de komst van het begrip «naar zijn aard verband houdt met de publieke taak» wijziging nu kenbaar is dat met het schrappen van dit begrip wel een aan de inhoud gerelateerde beperking is beoogd, maar tegelijkertijd kenbaar is gemaakt dat het begrip breed moet worden uitgelegd en het zich niet tot het uitoefenen van publiek gezag of bestuurstaken beperkt.⁷⁰ Uit de jurisprudentie zal moeten blijken waar de grens nu ligt en wanneer geen sprake meer is van documenten die naar hun aard verband houden met de publieke taak. Vooralnog houdt dit advies er echter rekening mee dat de invulling van het begrip in de praktijk niet wezenlijk zal wijzigen.

4.2 Het begrip «berusten»

In artikel 2.1, van de Woo is publieke informatie gedefinieerd als informatie neergelegd in documenten die berusten bij een orgaan, persoon of college als bedoeld in artikel 2.2, eerste lid of informatie die krachtens artikel 4.2,⁷¹ van de Woo kan worden gevorderd. In deze definitie staat dus ook het begrip «berusten» centraal. Dit begrip werd eveneens in de Wob gebruikt en uit de toelichting blijkt dat er met de komst van de Woo niet is beoogd de invulling van dit begrip te wijzigen. In de toelichting staat dat het begrip tot op heden voldoende flexibel is gebleken om ook met moderne vormen van opslag van informatie om te gaan en dat een poging om de laatste ontwikkelingen van de rechtspraak in de wet vast te leggen, juist bij nieuwe ontwikkelingen, die niet voorzien kunnen worden, voor problemen zou kunnen zorgen.⁷²

a. *Berusten*

Dat op dit punt geen inhoudelijke wijziging is beoogd, betekent niet dat er in de toelichting geen aandacht aan het begrip «berusten» is besteed. In de eerste plaats is ingegaan op de wijze waarop informatie is opgeslagen. In het verlengde van de passage hiervoor over moderne vormen van opslag, is in de toelichting opgemerkt dat een document niet in een documentmanagementsysteem hoeft te zijn opgeslagen om onder een bestuursorgaan te berusten. Iedere vorm van opslag is voldoende. Het opslaan van documenten 'in the cloud' is daarbij als voorbeeld genoemd.⁷³

⁶⁹ Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7618, 21 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH0453, 7 maart 2018, ECLI:NL:RVS:2018:777 en 3 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2431.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2019/20, 35 112, nr. 9, p.18.

⁷¹ In de wet wordt verwezen naar artikel 2.3, van de Woo maar dit moet artikel 4.2, tweede lid, van de Woo zijn.

⁷² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 20.

⁷³ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 44.

De passages uit de toelichting op de Woo over de opslag van documenten sluiten in grote lijnen aan bij de passages die hierover zijn opgenomen in de toelichting op de Wob. In die toelichting is eveneens stil gestaan bij de technologische ontwikkelingen en is opgemerkt dat de ontwikkeling van de computertechniek naar verwachting tot nieuwe gegevensdragers zal leiden en dat die ook vallen onder het begrip «document» in de Wob.⁷⁴

Deze passages stroken bovendien met de jurisprudentie die hierover op grond van de Wob ontwikkeld is. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) heeft geoordeeld dat de techniek van opslaan niet bepalend is voor de vraag of de Wob wel of niet van toepassing is. Of een digitaal document nu opgeslagen is op een harde schijf, een eigen dan wel externe server of in de cloud, het gaat in alle gevallen om documenten van een bestuursorgaan aldus de Afdeling.⁷⁵

Naast de wijze waarop informatie is opgeslagen, is in de toelichting op de Woo opgemerkt dat een document wordt geacht onder een orgaan te berusten, als dat orgaan feitelijke toegang of beschikking heeft over een document⁷⁶ en dus als een ambtenaar of een bestuurder in functie de documenten onder zich heeft.⁷⁷ Uit het bijwonen van een overleg door een ambtenaar of bestuurder volgt volgens de toelichting niet dat er documenten bij het bestuursorgaan berusten. Als een ambtenaar of bestuurder deze stukken heeft ingezien maar niet heeft meegenomen, berusten ze in principe niet bij het bestuursorgaan.⁷⁸

In de toelichting op de Wob is daaraan toegevoegd dat onder documenten niet alleen de door de overheidsorganen zelf gecreëerde stukken of ander materiaal vallen, maar ook alle van buiten komende stukken en ander voor overheidsorganen bestemd materiaal zoals agenda's, notulen, (concept)adviezen en magneetbanden.⁷⁹

b. Behoort te berusten

Verder is voor de invulling van het begrip «berusten» van belang dat als een document bij een orgaan behoort te berusten en dat niet (meer) het geval is, het bestuursorgaan op grond van artikel 4.2, tweede lid, van de Woo verplicht is het document te vorderen van degene die daar wel over

⁷⁴ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 21

⁷⁵ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 20.

⁷⁷ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 44.

⁷⁸ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 44.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 21.

beschikt. Het bestuursorgaan moet zich dus inspannen om deze documenten te achterhalen.⁸⁰ Diegene die wel over het document beschikt is op grond van de Woo ook gehouden dat document per ommekeer te verstrekken.⁸¹ De Woo beperkt zich dus nadrukkelijk niet tot documenten die daadwerkelijk bij het bestuursorgaan voorhanden zijn, maar strekt zich ook uit over documenten die daar behoren te berusten. Dit is een codificatie van vaste jurisprudentie op grond van de Wob.⁸²

In de jurisprudentie op grond van de Wob is ook geoordeeld dat, voor zover openbaarmaking wordt verzocht van documenten die niet bij het bestuursorgaan berusten maar bij het bestuursorgaan hadden behoren te berusten, van het bestuursorgaan mag worden verwacht dat het al het redelijkerwijs mogelijke doet om deze documenten alsnog te achterhalen.⁸³ Daarbij blijkt uit de jurisprudentie dat dit bijvoorbeeld kan gaan om het achterhalen van de documenten bij de eigen accountant, ontvangers van digitale nieuwsbrieven, de aanvrager van een vergunning of een opdrachtnemer.⁸⁴

Dit roept de vraag op wanneer informatie dan onder een bestuursorgaan 'behoort' te berusten. In artikel 4.2, tweede lid, van de Woo staat dat het gaat om "*informatie die op grond van enig wettelijk voorschrift bij het bestuursorgaan had behoren te berusten.*" In de toelichting is kenbaar gemaakt dat het bij die wettelijke voorschriften in elk geval gaat om de archiefregelgeving, maar ook om nog niet nageleefde verplichtingen om bepaalde informatie aan de overheid te verstrekken in het kader van een toezichtrelatie of de verantwoording van een bekostiging.⁸⁵

Daarmee lijkt de Woo op dit punt een verruiming ten opzichte van de Wob. In de jurisprudentie op grond van Wob werd tot nu toe namelijk alleen aansluiting gezocht bij de Archiefwet. Dit in die zin dat werd bezien of de onder het verzoek vallende documenten op basis van de krachtens artikel 5, van de Archiefwet opgestelde selectielijsten onder een bestuursorgaan hadden behoren te

⁸⁰ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 44.

⁸¹ Artikel 4.2, tweede lid, laatste volzin, van de Woo.

⁸² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 77.

⁸³ Zie onder andere de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 23 juli 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AI0193, van 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1189, van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899 en van 23 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3410.

⁸⁴ Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 2 september 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2750, 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:292, 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3375 en 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:944.

⁸⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 77.

⁸⁶ Zie onder andere de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 oktober 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO1189, 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2042 en 11 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3418.

berusten.⁸⁶ Op grond van de Woo zal echter moeten worden nagegaan of er ook andere wettelijke voorschriften zijn die maken dat de informatie bij het bestuursorgaan zou moeten berusten.

In een uitspraak van de Afdeling over sms- en Whatsapp-berichten is tot slot nog expliciet ingegaan op het onderscheid tussen documenten die onder het bestuursorgaan berusten en documenten die onder het bestuursorgaan behoren te berusten. In die uitspraak heeft de Afdeling geoordeeld dat bij de vraag of de gevraagde documenten berusten bij het aangezochte bestuursorgaan niet alleen de fysieke aanwezigheid van het document een rol speelt, maar dat in de toelichting op de Wob ook staat dat het document bestemd moet zijn voor het bestuursorgaan als zodanig.⁸⁷ In de toelichting is daarbij een verband gelegd met de documenten van externe adviesorganen, maar de Afdeling oordeelt dat dit tevens met zich meebrengt dat zowel sms- en WhatsApp-berichten die staan op telefoons van bestuurders of ambtenaren met abonnement op naam van het bestuursorgaan als sms- en WhatsApp-berichten die staan op privételefoons van bestuurders of ambtenaren vallen onder de term 'berusten onder' in de zin van de Wob.

Doorslaggevend is volgens de Afdeling of de inhoud van de berichten een bestuurlijke aangelegenheid⁸⁸ betreft. Als de berichten een bestuurlijke aangelegenheid betreffen en deze berichten op telefoons van bestuurders of ambtenaren met abonnement op naam van het bestuursorgaan staan, dan berusten deze berichten al bij het bestuursorgaan. Als deze berichten op privételefoons staan, dan zijn dergelijke berichten bestemd voor het bestuursorgaan als zodanig en behoren de berichten te berusten bij het bestuursorgaan. Dit verschilt naar het oordeel van de Afdeling namelijk niet van de situatie dat een ambtenaar een fysiek document (aangaande een bestuurlijke aangelegenheid) mee naar huis zou nemen.⁸⁹

2.3 Het begrip «orgaan, persoon of college»

Tot slot is voor de definitie van publieke informatie, naast de invulling die aan het begrip «document» en het begrip «berusten» wordt gegeven, van belang of sprake is van een orgaan, persoon of college in de zin van artikel 2.1, van de Woo. Bij het begrip «orgaan, persoon of college» gaat het, op grond van artikel 2.2, van de Woo, in de eerste plaats om bestuursorganen. Dit zijn bestuursorganen in de zin van de Awb en betreft zowel de a- als de b-organen.

⁸⁷ *Kamerstukken II 1986/87*, 19 859, nr. 3, p. 21.

⁸⁸ In de Woo is het begrip «bestuurlijke aangelegenheid» vervangen door «naar zijn aard verband houdt met de publieke taak». Deze jurisprudentie geldt dus nu voor de invulling van dat begrip.

⁸⁹ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899.

Op grond van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb zijn de a-organen de organen van krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen. Voorbeelden van krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen zijn de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen.⁹⁰ A-organen zijn dus bijvoorbeeld de gemeenteraad, het college van burgemeester en wethouders, de burgemeester en de rekenkamer. Het kan echter ook gaan om de publiekrechtelijk georganiseerde zelfstandige bestuursorganen die over (eigen) rechtspersoonlijkheid beschikken, zoals het Commissariaat voor de Media en het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen.⁹¹

Bij de b-organen gaat het op grond van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb om een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed. B-organen zijn daarmee organen van rechtspersonen die krachtens privaatrecht zijn ingesteld of natuurlijke personen aan wie een of meer overheidstaken zijn opgedragen en aan wie de daarvoor benodigde publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend. Deze publiekrechtelijke bevoegdheden worden in de regel bij wettelijk voorschrift toegekend. Als een dergelijk wettelijk voorschrift ontbreekt, is er in beginsel dus geen sprake van een b-orgaan. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat zich op die regel een uitzondering kan voordoen.

Deze uitzondering is aan de orde als orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekt en er daarnaast aan twee voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde is dat het verstrekken van de geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer a-organen (inhoudelijke vereiste). De tweede voorwaarde is dat de verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derde of meer, wordt gefinancierd door een of meer a-organen (financiële vereiste). Als dat aan de orde is, wordt het orgaan volgens de jurisprudentie ook als b-orgaan aangemerkt en is er dus alsnog sprake van een bestuursorgaan.⁹²

Organen van deze categorie rechtspersonen zijn alleen aan te merken als bestuursorgaan voor zover zij een bestuursbevoegdheid uitoefenen en niet voor zover er feitelijke of privaatrechtelijke handelingen worden verricht.⁹³ Dit houdt in dat zij slechts voor een deel van hun werkzaamheden

⁹⁰ J.C.A. de Poorter, 'Commentaar op art. 1:1 Awb', in: T.C. Borman, M.J. Jacobs, J.C.A. de Poorter & J. Verbeek (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2022, aant. 2.

⁹¹ L.A. Kjellefold Hoegee, *Rechtsbescherming tegen bestuurshandelen in Nederland, Noorwegen en Zweden. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de Rechtsgeleerdheid. (Staat en Recht nr. 2)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 63.

⁹² Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 en ECLI:NL:RVS:2014:3379.

⁹³ J.C.A. de Poorter, 'Commentaar op art. 1:1 Awb', in: T.C. Borman, M.J. Jacobs, J.C.A. de Poorter & J. Verbeek (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2022, aant. 3.

aan de Awb (en daarmee in dit geval ook de Woo) zijn onderworpen. Voorbeelden zijn de Stichting Inschrijving Eigen Vervoer en de Commissie grensoverschrijdend beroepsgoederenvervoer van de Stichting Nederlandse Internationale Wegvervoersorganisatie,⁹⁴ maar ook de Stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen en de keurmeesters die de APK-keuringen bij auto's uitvoeren.⁹⁵

Voor het begrip «orgaan, persoon of college» geldt verder dat de initiatiefnemers de Woo ten opzichte van de Wob wilden uitbreiden en een deel van de overheidsorganen die in de Awb van het begrip bestuursorgaan zijn uitgezonderd onder de reikwijdte van de Woo wilden brengen.⁹⁶ Op grond van artikel 2.2, van de Woo is de wet dan ook niet alleen van toepassing op bestuursorganen in de zin van de Awb, maar ook op de Kamers en de verenigde vergadering der Staten-Generaal, de Raad voor de rechtspraak en het College van afgevaardigden, de Raad van State (tenzij de Raad het koninklijk gezag uitoefent, en met uitzondering van de Afdeling bestuursrechtspraak), de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman en de substituut-ombudsmannen alsmede de ombudsmannen en ombudscommissies als bedoeld in artikel 9:17, onderdeel b, van de Awb.

In de toelichting is daarbij voor wat betreft de vertegenwoordigende organen opgemerkt dat de reikwijdte van de Woo niet zo ver strekt dat hieronder ook documenten vallen die berusten bij individuele leden of fracties. Het gaat alleen om de documenten die onder het orgaan zelf berusten.⁹⁷

Verder is in de toelichting kenbaar gemaakt dat alle bij een orgaan, persoon of college berustende informatie als publieke informatie in de zin van de Woo moet worden aangemerkt, tenzij het privaatrechtelijke rechtspersonen zijn die met openbaar gezag zijn bekleed. In die gevallen is de Woo volgens de toelichting slechts van toepassing op de informatie die betrekking heeft op de uitoefening van dat publiek gezag. Daarbij wordt verwezen naar de toelichting op artikel 1:1, eerste lid, Awb, waar voor b-organen wordt opgemerkt dat zij slechts bestuursorgaan zijn voor zover zij openbaar gezag uitoefenen.⁹⁸ Hiermee is benadrukt dat voor deze organen geldt dat, zoals hiervoor ook is opgemerkt, zij slechts voor een deel van hun werkzaamheden onder de Woo vallen.

⁹⁴ J.C.A. de Poorter, 'Commentaar op art. 1:1 Awb', in: T.C. Borman, M.J. Jacobs, J.C.A. de Poorter & J. Verbeek (red.), *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2022, aant. 3.

⁹⁵ L.A. Kjellefold Hoegge, *Rechtsbescherming tegen bestuurshandelen in Nederland, Noorwegen en Zweden. Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de Rechtsgeleerdheid. (Staat en Recht nr. 2)*, Deventer: Kluwer 2011, p. 64.

⁹⁶ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 328, nr. 9, p. 22.

⁹⁷ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 328, nr. 9, p. 23.

⁹⁸ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 328, nr. 9, p. 66.

2.4 Het begrip « onder verantwoordelijkheid werkzame instelling, dienst of bedrijf »

Op grond van artikel 4.1, eerste lid, van de Woo kan een verzoek om openbaarmaking van publieke informatie niet alleen bij een bestuursorgaan worden ingediend, maar ook bij een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. In de toelichting is daarbij opgemerkt dat deze bepaling identiek is aan artikel 3, eerste lid, van de Wob. Daarin is eveneens bepaald dat een verzoek kan worden ingediend bij een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.⁹⁹ Wel is aan de bepaling in de Woo expliciet toegevoegd dat de beslissing op het verzoek niet door die instelling, die dienst of dat bedrijf wordt genomen, maar door het verantwoordelijke (overheids)orgaan. Op verzoeken die bijvoorbeeld worden ingediend bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst of het Openbaar Ministerie, zal volgens de toelichting dus moeten worden besloten door de Minister van Veiligheid en Justitie.¹⁰⁰ Dit strookt met de jurisprudentie die op dit punt op grond van de Wob ontwikkeld is.¹⁰¹

In de toelichting op de Wob is kenbaar gemaakt dat « onder verantwoordelijkheid van » wil zeggen dat de instellingen, diensten en bedrijven zich bij hun werkzaamheden moeten richten naar de opdrachten van het orgaan. De bevoegdheid tot het geven van opdrachten is immers de voorwaarde voor het kunnen dragen van de verantwoordelijkheid.¹⁰² Of een instelling, dienst of bedrijf onder verantwoordelijkheid van een of meer ministers werkt, kan volgens de toelichting blijken uit de daartoe getroffen regeling. Het maakt daarbij volgens de toelichting niet uit of deze regeling van publiekrechtelijke of van privaatrechtelijke aard is. Doorslaggevend is of de instelling, de dienst of het bedrijf zich moet richten naar de opdrachten van ministers en/of dat zij onder verantwoordelijkheid van ministers werkzaam zijn. Daardoor worden zij immers in staat gesteld en geacht een publiekrechtelijke functie te vervullen.¹⁰³ Wel staat in de toelichting dat voor publiekrechtelijke diensten, bedrijven en instellingen geldt dat wordt aangenomen dat zij onder de werking van de Wob vallen, tenzij dit anders geregeld is. Voor privaatrechtelijke diensten, bedrijven en instellingen geldt het tegenovergestelde; daar wordt uitgegaan van hun onafhankelijkheid, andere regelingen voorbehouden.¹⁰⁴

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 76.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 76.

¹⁰¹ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 februari 2001, ECLI:NL:RVS:2001:AB0268.

¹⁰² *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 23.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 24.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 24.

Het voorgaande leidt er in de jurisprudentie toe dat eerst wordt nagegaan of er sprake is van een a-
orgaan in de zin van artikel 1:1, van de Awb. Zo niet, dan wordt beoordeeld of het gaat om een b-
orgaan. Als dat ook niet het geval is, dan is tot slot de vraag of er sprake is van een bedrijf, dienst
of instelling werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan.

Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een onder verantwoordelijkheid van een
bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf is volgens de jurisprudentie de zeggenschap
van belang. In hoeverre kan het bestuursorgaan opdrachten en aanwijzingen geven en dient de
instelling, de dienst of het bedrijf zich daarnaar te richten?¹⁰⁵ In de jurisprudentie is kenbaar
gemaakt dat dit kan worden afgeleid uit bijvoorbeeld de statuten van de instelling, de dienst of het
bedrijf of de door het bestuursorgaan en de instelling, de dienst of het bedrijf gesloten
overeenkomst.¹⁰⁶ Wanneer de statuten van de instelling, de dienst of het bedrijf of de door het
bestuursorgaan en de instelling, de dienst of het bedrijf gesloten overeenkomst precies tot de
conclusie leidt dat er sprake is van zeggenschap, is op grond van de jurisprudentie echter lastig te
zeggen. Dit lijkt erg afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Hieronder zijn dan ook een
aantal voorbeelden uit de jurisprudentie opgenomen van gevallen waarin is geoordeeld geen
sprake was van een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling,
dienst of bedrijf en een aantal voorbeelden van gevallen waarin dat wel aan de orde was.

Uit de jurisprudentie blijkt dat een meerderheidsbelang in een privaatrechtelijke rechtspersoon
onvoldoende is om van een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame
instelling, dienst of bedrijf te spreken.¹⁰⁷ Verder is aangegeven dat ook geen sprake is van een
onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf als het
bestuursorgaan bevoegdheden heeft met betrekking tot de financiën (zoals de goedkeuring van de
jaarrekening of de vaststelling van begroting), bevoegdheden heeft ten aanzien van de benoeming
van de directie of de raad van toezicht, (zoals een goedkeuringsbevoegdheid bij de benoeming van
de leden van de directie of een bevoegdheid om (een meerderheid van) de leden van de raad van
toezicht te benoemen) of een instelling, dienst of bedrijf financieel afhankelijk is van dat
bestuursorgaan wegens de verlening van subsidie door datzelfde bestuursorgaan. Daarmee is

¹⁰⁵ Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 17 oktober 2000,
ECLI:NL:RVS:2000:AA8308, 26 november 2003, ECLI:NL:RVS:2000:AN8807 en
ECLI:NL:RVS:2000:AN8810, 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5933, 14 mei 2014,
ECLI:NL:RVS:2014:1723 en 13 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:658.

¹⁰⁶ Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 14 mei 2014,
ECLI:NL:RVS:2014:1723, 1 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1494 en 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:658.

¹⁰⁷ Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 31 juli 2019,
ECLI:NL:RVS:2019:2626 en 31 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:658.

volgens de jurisprudentie namelijk nog geen sprake van (overwegende) zeggenschap over de uitvoering van de werkzaamheden van de instelling, dienst of bedrijf.¹⁰⁸

Geoordeeld is dat van zeggenschap wel sprake is als het bestuursorgaan het hoofd van een instelling, dienst of bedrijf kan schorsen en ontslaan, richtlijnen kan vaststellen met het oog op de organisatie en coördinatie van de bevoegdheden van dat hoofd, het door het hoofd vast te stellen reglement moet goedkeuren én het hoofd ook verantwoording verschuldigd is aan het bestuursorgaan.¹⁰⁹ Hetzelfde geldt als het bestuursorgaan statutaire rechten heeft ter zake van bestuursbenoemingen, statutenwijziging en ontbinding van een instelling, dienst of bedrijf én over sturingsmogelijkheden op grond van de bekostiging via subsidie beschikt¹¹⁰ of het bestuursorgaan via de jaarlijks subsidiebeschikkingen invloed heeft op de programma's en werkplannen van een instelling, dienst of bedrijf, op grond van de tussen partijen gesloten overeenkomst nadere eisen kan opleggen, over de wijziging van de overeenkomst kan beslissen, verantwoordelijk kan worden gehouden voor de werkzaamheden van een instelling, dienst of bedrijf én er door een instelling, dienst of bedrijf verantwoording aan het bestuursorgaan moet worden afgelegd.¹¹¹

Uit het voorgaande lijkt te spreken dat doorslaggevend is in hoeverre inhoudelijk overwegend invloed kan worden uitgeoefend op de wijze waarop de instelling, de dienst of het bedrijf zijn werkzaamheden verricht en in hoeverre verantwoording moet worden afgelegd over de wijze waarop dit gebeurt of daaraan op een andere manier gevolgen kunnen worden verbonden.

Overigens lijkt uit de jurisprudentie te volgen dat ook een persoon als een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf kan worden aangemerkt. Ook hier geldt dan dat de vraag is of het bestuursorgaan opdrachten of aanwijzingen kan geven en in hoeverre de persoon zich naar die opdrachten of aanwijzingen moet richten. Een onafhankelijk adviseur die in een publieke omgeving werkt met publieke middelen, maar die zijn functie kan uitoefenen op een wijze die hem goedgevindt en die adviezen geeft waarbij het aan de beleidsbepalende partijen is om te bezien wat zij met de adviezen doen, is volgens de jurisprudentie in elk geval niet onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam.¹¹²

¹⁰⁸ Uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 11 december 2014, ECLI:NL:RVS:2013:2357 en 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723.

¹⁰⁹ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 3 oktober, ECLI:NL:RVS:2007:BB4735.

¹¹⁰ Uitspraak van de rechtbank Arnhem van 27 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AX8603.

¹¹¹ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU4568.

¹¹² Uitspraak van de rechtbank Arnhem van 22 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ8347.

vi. Zorgplicht, doorzendplicht en toetsing verzoeken

In deze paragraaf komen een aantal bepalingen aan de orde die inzichtelijk maken welke verantwoordelijkheden op grond van de Woo op een bestuursorgaan rusten. Dit betreft in de eerste plaats de zorgplicht en de doorzendplicht. Daarnaast staat deze paragraaf ook kort stil bij de toetsing die plaats dient te vinden als een verzoek om openbaarmaking wordt ingediend.

Daarbij wordt opgemerkt dat de paragraaf geen uitputtend overzicht bevat van de verantwoordelijkheden die op grond van de Woo op een bestuursorgaan rusten. Beoogd is alleen helder te maken, dat de verantwoordelijkheden op grond van de Woo verder reiken dan alleen het beslissen op verzoeken om openbaarmaking op grond van de Woo.

2.5 Zorgplicht

Op grond van artikel 2.4, eerste lid, van de Woo dient een bestuursorgaan er zorg voor te dragen dat de documenten die het ontvangt, vervaardigt of anderszins onder zich heeft, zich in goede, geordende en toegankelijke staat bevinden. Dit in lijn met wat er in artikel 3, van de Archiefwet 1995 geregeld is.¹¹³ Volgens de toelichting is deze bepaling in de Woo onmisbaar. Dit in die zin dat het recht op toegang tot publieke informatie volstrekt illusoir is als de betreffende documenten in een staat verkeren waardoor ze feitelijk niet raadpleegbaar zijn.¹¹⁴

Om aan de zorgplicht te voldoen zal een bestuursorgaan volgens de toelichting ook maatregelen moeten nemen.¹¹⁵ In artikel 6.1, van de Woo is dit voor digitale informatiehuishouding expliciet gemaakt. Op grond van die bepaling dient het bestuursorgaan maatregelen te treffen ten behoeve van het duurzaam toegankelijk maken van de digitale documenten.

2.6 Doorzendplicht

Naast een zorgplicht kent de Woo ook een doorzendplicht. Op grond van artikel 4.2, eerste lid, van de Woo is een bestuursorgaan gehouden om degene die een verzoek om openbaarmaking doet, voor zover dat betrekking heeft op informatie die berust bij een ander bestuursorgaan dan dat waarbij het verzoek is ingediend, naar dat bestuursorgaan te verwijzen. Als het verzoek schriftelijk is ingediend, dan is het bestuursorgaan bovendien gehouden het verzoek onverwijld aan dat bestuursorgaan door te sturen, onder mededeling van de doorzending aan de verzoeker.

¹¹³ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 6.

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2013/14*, 33 328, nr. 9, p. 69.

¹¹⁵ *Kamerstukken II 2019/20*, 35 112, nr. 9, p. 6.

De bepaling inzake de doorzendplicht uit de Woo is nagenoeg identiek aan de bepaling hierover in de Wob. In de Woo is volgens de toelichting alleen beter tot uitdrukking gebracht dat een verzoek ook gedeeltelijk kan worden doorgezonden.¹¹⁶ Dit strookt echter al met de jurisprudentie die op dit punt op grond van de Wob is ontwikkeld.¹¹⁷

De doorzendplicht is volgens de toelichting niet aan de orde als het bestuursorgaan niet weet of de gevraagde informatie bestaat en waar deze berust. Daar staat tegenover dat de doorzendplicht wel geldt als de documenten bij een ander bestuursorgaan berusten, maar er een ander regime dan de Woo van toepassing is. Het is dan aan dat bestuursorgaan om te beoordelen waar dat andere regime toe leidt.¹¹⁸

2.7 Toetsing verzoeken

Tot slot zijn in de Woo, net als in de Wob, uitzonderingsgronden opgenomen. Als om openbaarmaking van publieke informatie wordt verzocht, dan bevat artikel 5.1, van de Woo gronden op basis waarvan het openbaar maken van informatie op grond van de Woo achterwege blijft.¹¹⁹ Volgens de toelichting is voor de redactie van deze uitzonderingsgronden aansluiting gezocht bij artikel 10, eerste, tweede en zevende lid, van de Wob.¹²⁰ Dit betekent dat de jurisprudentie die op grond van de Wob inzake deze uitzonderingsgronden is ontwikkeld, grotendeels relevant blijft.¹²¹

In artikel 5.1, van de Woo is verder ook het onderscheid tussen de absolute en relatieve uitzonderingsgronden gehandhaafd.¹²² Voor de absolute uitzonderingsgronden, die zijn opgenomen in artikel 5.1, eerste lid, van de Woo, geldt bovendien nog steeds dat iedere aantasting van die belangen voldoende is om de openbaarmaking van informatie die die aantasting tot gevolg heeft, achterwege te laten.¹²³ Dit ligt anders voor de relatieve uitzonderingsgronden die in artikel 5.1, tweede lid, van de Woo zijn opgesomd. Bij de toepassing van die uitzonderingsgronden dient het bestuursorgaan steeds een afweging te maken tussen het vooropgesteld belang van

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 77.

¹¹⁷ Uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 27 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR3196.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 77.

¹¹⁹ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 83.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 41.

¹²¹ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 83.

¹²² *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 42.

¹²³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 80.

¹²⁴ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 83.

openbaarheid en het door de uitzonderingsgrond beschermde belang.¹²⁴ Dit eveneens in lijn met wat in de Wob geregeld was.

Daarnaast is overeind gebleven dat de uitzonderingsgronden restrictief moeten worden uitgelegd. Uitgangspunt in de Woo is daarbij wel dat een bestuursorgaan nog terughoudender dient te zijn dan op grond van de Wob.¹²⁵ Dat is in de eerste plaats tot uitdrukking gebracht in artikel 5.1, eerste en tweede lid, van de Woo met de woorden 'voor zover'.¹²⁶ Informatie die wel in aanmerking komt voor openbaarmaking dient, volgens de toelichting, op basis daarvan te worden gescheiden van informatie die daadwerkelijk afbreuk doet aan een uitzonderingsgrond.¹²⁷ Naar vaste jurisprudentie dient een document daartoe volgens de toelichting per eenheid (meestal een alinea) te worden beoordeeld.¹²⁸

Wanneer bij een verzoek om informatie een uitzonderingsgrond wordt toegepast die naar verwachting al na korte tijd niet meer van toepassing zal zijn, ligt het volgens de toelichting verder in de lijn der verwachting van goed bestuur dat een bestuursorgaan de verzoeker hiervan op de hoogte houdt.¹²⁹

Tot slot treedt volgens de toelichting in de afweging tussen de betrokken belangen bij relatieve uitzonderingsgronden na verloop van tijd een verschuiving ten faveure van het belang van openbaarheid en transparantie op.¹³⁰ Tegen die achtergrond is artikel 5.3, van de Woo geregeld dat de relatieve uitzonderingsgronden en de bescherming van het intern beraad na vijf jaar geen toepassing meer vinden, tenzij het bestuursorgaan motiveert dat die gronden ondanks het tijdsverloop nog steeds zwaarder wegen.¹³¹ Met deze bepaling wordt volgens de toelichting in de Woo vastgelegd dat voor de toepassing van een uitzonderingsgrond bij informatie ouder dan vijf jaar een zwaardere motivering vereist is dan voor jongere informatie.¹³²

¹²⁵ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 83.

¹²⁶ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 84.

¹²⁷ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 83.

¹²⁸ *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 84.

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 42.

¹³⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 41.

¹³¹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 328, nr. 9, p. 42.

¹³² *Kamerstukken I* 2021/22, 33 328, nr. AB, p. 103.

Bijlage: stroomschema deeladvies 3 - Wet open overheid

