



De transparante overheid verdient een beschermde ambtenaar

Analyse van en advies over de
rechtspositie van ambtenaren
in relatie tot de inlichtingenplicht
van artikel 68 Grondwet

prof. mr. T. Barkhuysen

prof. mr. J.M. van Slooten

De transparante overheid verdient een beschermde ambtenaar

Analyse van en advies over de rechtspositie van ambtenaren in relatie tot de inlichtingenplicht van artikel 68 Grondwet

prof. mr. T. Barkhuysen

prof. mr. J.M. van Slooten

Dit is een uitgave van de VHMf in samenwerking met Stibbe Advocaten te Amsterdam.

Deze uitgave had niet tot stand kunnen komen zonder de waardevolle bijdragen van:

mr. Phinney Disseldorp (Stibbe)

mr. Annemieke Zwanenburg (Stibbe)

mr. Nynke de Bruijn (Stibbe)

mr. Ramses Walon (Stibbe)

mr. Jacques Dijkgraaf (Dijkgraaf Advocaten)

Vincent van den Eeden (VHMf)

mr. Henk Jan Damhoff (VHMf)

© 2024 Vereniging van Hogere ambtenaren bij het Ministerie van Financiën (VHMf).

www.vhmf.nl | secretaris@vhmf.nl

Inhoudsopgave

Bestuursreactie VHMf op het advies	7
Samenvatting van het advies, opgesteld door Stibbe	13
1 Inleiding bij het advies	17
2 Schets van het spanningsveld en de problemen voor ambtenaren bij de informatievoorziening door het kabinet aan het parlement	19
2.1 De vraag naar meer transparantie, in het bijzonder rondom persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren	19
2.2 De beleidswijziging leidt tot feitelijke problemen voor ambtenaren	21
3 Analyse artikel 68 Grondwet en de staatsrechtelijke praktijk, in het bijzonder in verhouding tot de rechtspositie van ambtenaren	26
3.1 Artikel 68 Grondwet: inlichtingenplicht	26
3.2 Relatie artikel 68 Grondwet en de ministeriële verantwoordelijkheid (geen ambtelijke verantwoordelijkheid)	30
3.3 Relatie artikel 68 Grondwet en persoonlijke beleidsopvattingen voor intern beraad uit Wob/Woo	33
3.4 Staatsrechtelijke praktijk en zienswijze omtrent de invulling van artikel 68 Grondwet	36
3.4.1 1983-2002-2013: regeringsnotitie 2002 als ijkpunt, terughoudendheid met de weigeringsgrond in het belang van de staat	36
3.4.2 2013-2020: de Rutte doctrine, categorische weigering van stukken ten behoeve van intern beraad	38
3.4.3 2020-2021: categorische weigering intern beraad en de toeslagenaffaire, roep om meer transparantie	39

3.4.4	2022-stand van zaken per december 2023: onzekerheid over de nieuwe openbaarheid	42
3.5	Tussenconclusie uitleg artikel 68 Grondwet	46
4	Analyse wanneer is de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het geding?	49
5	Analyse juridische positie van ambtenaren binnen het arbeidsrecht	53
5.1	Analyse relevante normen arbeidsrecht	54
5.1.1	Goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW)	54
5.1.2	Aansprakelijkheid als werkgever (artikel 7:661 BW)	55
5.1.3	Arbeidsomstandighedenwet	56
5.2	Analyse relevante normen 'ambtenarenrecht'	57
5.2.1	Verzwaarde integriteitseisen voor ambtenaren (artikel 4 Ambtenarenwet 2017)	57
5.2.2	Wettelijke geheimhoudingsplicht (artikel 9 Ambtenarenwet 2017)	59
6	Conclusies en aanbevelingen	61

Bestuursreactie VHMf op het advies

Analyse van en advies over de rechtspositie van ambtenaren in relatie tot de inlichtingenplicht van artikel 68 Grondwet

Opgesteld door prof.mr. T. Barkhuysen en prof.mr. J.M. van Slooten, beiden verbonden aan Stibbe Advocaten te Amsterdam

De leden van de Vereniging van Hogere ambtenaren bij het Ministerie van Financiën (VHMf) zijn van oudsher gewend om het gezicht van de overheid te zijn. Of dit nu is als inspecteur bij het vaststellen van een aanslag, als accountant ter beoordeling van een administratie of als ontvanger om de belastinginkomsten van de Nederlandse staat veilig te stellen. De laatste jaren zijn daar nieuwe functies bijgekomen, zoals lid van een kennisgroep of ICT-deskundige, en nieuwe wetten voortvloeiend uit het toeslagenstelsel.

De leden van de VHMf zijn dan ook van oudsher gewend om aangesproken te worden op hun werkzaamheden. Soms wat plagerig op een verjaardagsfeestje, gelukkig meestal serieuzer in de relevante fiscale vakbladen. Incidenteel kwamen daar bijzondere situaties met landelijke impact bij zoals de Vinkenslag-affaire.¹ Opvallend was dat daar een eerste politiek en publiek oordeel over het functioneren van een ambtenaar werd gegeven, naast de ook toen al bestaande interne verantwoordingstrajecten.

Je verantwoorden is normaal en hoort erbij; transparantie is een vereiste in een rechtsstaat. De VHMf is de eerste om toe te geven dat hierin nog stappen gemaakt kunnen worden.

In 2020 is de Wet Normalisering Rechtspositie Ambtenaren (WNRA) ingevoerd. Naast de algemene rechten en plichten die voor werknemers gelden, bleven

¹ In februari 2004 werd bekend dat bewoners van Vinkenslag, net als in veel andere woonwagencampen, minder inkomstenbelasting betaalden omdat de Belastingdienst niet in staat was financiële gegevens te controleren. Staatssecretaris Wijn van Financiën zegde na Kamervragen toe dat aan deze situatie onmiddellijk een eind zou worden gemaakt. Later bleek dat niet alle bewoners het verlaagde tarief betaalden. Bij anderen was de achterliggende reden voor het verlaagde tarief dat zij geen aftrekposten konden opvoeren.

ook de specifieke regels voor ambtenaren gelden. Die werden onder andere opgenomen in de Ambtenarenwet 2017.

Hierdoor kwamen belangrijke begrippen waar ambtenaren en hun ministers mee te maken hebben naast elkaar te staan, zonder dat goed was nagedacht of die mogelijk conflicteren. Begrippen zoals: “Goed werkgeverschap”, “Goed werknemerschap”, “Ministeriële verantwoordelijkheid”, “Gedragen zoals een goed ambtenaar betaamt” en de “Ministeriële aanwijzing externe contacten Rijksambtenaren (Oekaze Kok/Rutte doctrine)”.

De vraag is nu de rechtspositie van de ambtenaar is genormaliseerd, of dit ook geldt voor de werkgever.

Door de toeslagenaffaire, een ongekend drama voor ouders en kinderen, en de maatschappelijke en politieke reacties daarop, is het ontbreken van duidelijkheid over de relatie tussen voorgenoemde begrippen nadrukkelijk en onmiskenbaar zichtbaar geworden. De noodzaak om de hiervoor genoemde begripsverwarring op te lossen, werd duidelijk, want de WNRA heeft deze niet geadresseerd en mogelijk zelfs vergroot. De minister moest zich in de toeslagenaffaire verantwoorden tegenover het parlement, hoe moeilijk ook. Ambtenaren konden zich niet publiekelijk verdedigen. Het parlement probeerde individuele ambtenaren ter verantwoording te roepen. De minister legde uit dat dat staatsrechtelijk niet juist was, met als gevolg niet alleen ontevredenheid bij het parlement, maar ook bij de eigen ambtenaren, die zich door deze uitleg te weinig beschermd voelden. Uit de publieke opinie bleek onbegrip en keek men met gevoelens van afschuw naar alle verantwoordelijke partijen, met name naar uitvoerende ambtenaren. Te lang bleef daarbij de aandacht gericht op de schuld van ambtenaren. Uiteindelijk was niemand tevreden en is er nog steeds geen sprake van duidelijkheid of naast de politieke eindverantwoordelijkheid ook individuele ambtenaren (mede)verantwoordelijk zouden kunnen zijn.

De strafrechtelijke aangifte van de staatssecretaris van Financiën tegen de eigen organisatie en ambtenaren vergrootte de focus op ambtenaren als “schuldig” aan de toeslagenaffaire. Dat het Openbaar Ministerie oordeelde dat een strafrechtelijke vervolging niet mogelijk was, was niet alleen te verwachten op grond van de bestaande jurisprudentie, maar leidde juist tot

meer onbegrip in maatschappij en politiek. Dit bleek onder meer uit de oproep van het programma “Boos” om individuele ambtenaren met naam en toenaam ter verantwoording te roepen.

De toeslagenaffaire leidde tot de Parlementaire Enquête Fraudebeleid en Dienstverlening (PEFD), maar het fundamentele probleem, de eerdergenoemde begripsverwarring, is gebleven. Wellicht zijn er na de parlementaire enquête meer feiten beschikbaar, en zouden die kunnen leiden tot de nodige nuancering. Dan zou er misschien zelfs ruimte ontstaan om de leden van het CAF-team te rehabiliteren. Maar de vraag is of de PEFD zoals die nu is uitgevoerd, echt helpt bij herstel. Want is de Nederlandse rechtsstaat nu echt geholpen met een welles/nietes dispuut in het openbaar tussen een staatssecretaris en een ambtenaar van zijn ministerie? En helpt een publieke verantwoording van hogere ambtenaren, als dit naast een publieke schandpaal verder geen consequenties heeft? Of had daar alleen de minister, als grondwettelijk verantwoordelijke, moeten zitten? Is de veiligheid van de betrokken ambtenaren gewaarborgd nu er een publieke verantwoording plaatsvindt?

Een recente arbeidsrechtelijke uitspraak benoemt deze onduidelijke verhoudingen. In deze zaak voelde een medewerker van het CAF-team zich onvoldoende beschermd door zijn werkgever, de Rijksoverheid. De rechtbank stelt het volgende vast: *“Wat de beoordeling van dit verwijt van [verzoeker] lastig maakt, zijn [...] de twee verschillende verantwoordelijkheden van de Staat, namelijk zijn politieke verantwoordelijkheid en zijn werkgeversverantwoordelijkheid.”*²

De onduidelijkheid over hoe de politieke verantwoordelijkheid en werkgeversverantwoordelijkheid zich tot elkaar verhouden, is door de toeslagenaffaire heel concreet zichtbaar geworden. Dit is echter geen vraagstuk dat alleen deze bijzondere situatie of enkel het Ministerie van Financiën raakt. Dit vraagstuk raakt alle ambtenaren.

Naast bovenstaande begripsverwarring bespeurt het bestuur van de VHMf een discussie over de veranderende invulling van het ambtenaarschap. Die zowel moet passen bij de huidige tijd, maar ook bij een moderne werving van

2 Zie de site van de Rechtspraak, gepubliceerd onder ECLI:NL:RBOBR:2023:5637

ambtenaren. Ambtenaren worden niet meer zozeer gedreven door het generiek bedenken of uitvoeren van beleid ten behoeve van het openbaar belang, maar steeds meer door hun intrinsieke betrokkenheid bij specifieke beleidsonderwerpen, zoals klimaat of buitenlands beleid. Denk hierbij aan de ambtenaren die zich uiten over en deelnemen aan de acties van Extinction Rebellion en over exportleveringen van wapensystemen.

De hierboven geconstateerde onduidelijkheid wordt ook elders gevoeld. Wij noemen ter illustratie de vraag om advies van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de SER van 15 november 2023 over de verhouding tussen politiek primaat en medezeggenschap³ en het feit dat ambtenaren procederen tegen hun eigen werkgever, waarin (indirect) gevraagd wordt om eerherstel.⁴ Dat de relatie tussen de politiek en werknemers al langer onder druk staat, blijkt bijvoorbeeld ook uit het opstappen van het managementteam van de griffie van de Tweede Kamer in november 2022.

In Nederland voltrekt zich, al sluimerend, zichtbaar en ongezien, een constitutionele crisis

Gezien het voorgaande constateert het bestuur van de VHMf dat het noodzakelijke vertrouwen tussen parlement, minister, ambtenaren én het publiek aan meer dan geringe erosie onderhevig is. En aangezien dat vertrouwen tot de beginselen van de rechtsstaat behoort, is er naar onze mening sprake van een constitutionele crisis.

Daarom heeft het bestuur van de VHMf de hoogleraren en advocaten Barkhuysen en Van Slooten gevraagd om, vanuit hun verschillende juridische expertise, een advies op te stellen als antwoord op de vraag hoe de ministe-

3 [adviesaanvraag-politiek-primaat.pdf \[ser.nl\]](#)

4 Zie voetnoot 2.

riële verantwoordelijkheid voortvloeiend uit de artikelen 42 en 68 van de Grondwet en de hieruit voortvloeiende plicht tot het verstrekken van inlichtingen zich verhoudt tot de plicht van de minister tot het zijn van een goed werkgever ex art. 7:611 BW en andere werkgeversverplichtingen. Hoewel dit slechts als een deelvraag te beschouwen is, ziet de VHMf juist deze vraag als een begin van het oplossen van het grotere vraagstuk hoe de sluimerende constitutionele crisis aan te pakken.

De VHMf is dan ook verheugd u nu het advies te kunnen presenteren. Het is een evenwichtig en veelomvattend advies waarin de rechtspositie van ambtenaren in relatie tot de inlichtingenplicht van artikel 68 Grondwet uitvoerig is beschreven en duidelijk wordt waar beide belangen elkaar raken. Het is des te prettiger om ook te lezen dat het advies praktische voorstellen bevat om tot concrete verbetering te komen. Als rode draad in de adviezen zien wij dat de werkgever meer moet doen om veiligheid aan zijn werknemers te bieden en verantwoordelijkheid te nemen. Het kan niet zo zijn dat de ambtenaar, die zichzelf nu immers bijna niet kan beschermen, gemangeld wordt tussen de minister als politiek verantwoordelijke en de minister als representant van de werkgever.

Vooraf de volgende adviezen vindt de VHMf belangrijk:

- De mogelijkheid voor ambtenaren om, vanuit het opkomen voor het algemeen belang, "nee" te kunnen zeggen tegen opdrachten, en dit objectief en onafhankelijk te laten beoordelen. Wij hopen dat de overheidswerkgever het gebruik van deze mogelijkheid gaat stimuleren.
- De ministeriële aanwijzing voor externe contacten moet in ieder geval aangepast worden zodat er meer ruimte ontstaat voor directe contacten.

In aanvulling pleiten wij ook voor meer duidelijkheid zeker voor ambtenaren die ook belangenbehartigers zijn, of vanuit een wetenschappelijke verantwoordelijkheid een bijdrage leveren in vakbladen of op symposia.

De VHMf constateert ook dat de urgentie hoog is omdat het ambtenaar zijn echt is veranderd. Ambtenaren zijn burgers met grondrechten die geen 24/7 inbreuk op die grondrechten meer accepteren. Echte normalisering houdt ook een normalisering in van de verhouding tussen de overheidswerkgever en de ambtenaar/werknemer.

De VHMf zal binnen haar mogelijkheden, ook via CMHF Overheid waarbij zij is aangesloten, alles doen om een bijdrage te leveren. Maar we roepen ook anderen op om aan de slag te gaan. Zo zal de Tweede Kamer zich moeten afvragen of een verhoor van ambtenaren in het openbaar het algemeen belang dient. De overheidswerkgevers, en degenen die die verantwoordelijkheid voor hen invullen, dienen zich bewust te zijn van hun arbeidsrechtelijke verantwoordelijkheid om bescherming te bieden aan ambtenaren, en daartoe concrete maatregelen te nemen.

Onder dankzegging aan de auteurs, hun team en onze advocaat Jacques Dijkgraaf voor de begeleiding, spreken wij de wens uit dat het herstel van vertrouwen in de komende jaren gerealiseerd zal worden.

Winterswijk, 7 januari 2024

Nieuw-Vennep, 7 januari 2024

mr. Jurjen Glazenburg
Voorzitter

Dennis Baegen
Vicevoorzitter

Samenvatting van het advies, opgesteld door Stibbe

Ongeveer 116.000 rijksambtenaren bij twaalf ministeries en vele overheidsdiensten houden de Nederlandse overheid dagelijks draaiende. De overheid heeft daarvoor de beste en bekwaamste mensen nodig. Mensen die loyaal maar ook kritisch kunnen zijn, en die dienend maar ook leidend kunnen optreden wanneer dat van hen gevraagd wordt.¹ Om die mensen aan zich te kunnen binden is het van belang dat de overheid in eerste plaats een goede werkgever is die fatsoenlijk waardeert, ondersteunt en opleidt. Het is echter ook belangrijk dat de overheid, en dus ook politieke ambtsdragers, als goed werkgever voor hun werknemers zorgdragen wanneer zij worden aangesproken op de wijze waarop zij aan hun werk invulling geven. Loyale ambtenaren moeten dus ook beschermd worden door hun werkgever, zodat zij in een veilige werkomgeving kunnen werken waar de inhoud en niet de persoon voorop staat, een loyale werkgever dus. Een goede overheidsdienst is gebaat bij een balans tussen de loyale werknemer en de loyale werkgever, die elkaar op basis van vertrouwen tegemoet treden. Het advies dat wij hebben opgesteld moet in dit licht worden gelezen.

Rijksambtenaren verkeren immers in een bijzondere positie: aan de ene kant zijn zij een burger met een mening in een snel veranderende samenleving, en aan de andere kant zijn zij loyale en bevolgen vaklieden en werknemers die getrouw invulling geven aan de keuzes die 'hun' bewindspersonen met steun van het parlement maken. De Vereniging van Hogere ambtenaren bij het Ministerie van Financiën ("VHMF") heeft opgemerkt dat die verschillende posities de ambtenaar in toenemende mate in het nauw brengen. Daarbij speelt de inkleuring van artikel 68 van de Grondwet door regering en parlement een belangrijke rol. Dat wetsartikel geeft elk individueel

¹ Zie in dit kader T. Barkhuysen, 'Vooraf', NJB 2021 / 1319, afl. 18 en T. Barkhuysen en M. van Emmerik 'Op weg naar beter opgeleide overheidsjuristen?', NJB 2018 / 1044 onder verwijzing naar het citaat van C.H.F. Polak: "De overheid behoeft de besten; zij moet aantrekken en opkweken de bekwaamsten onder de jongeren; haar mensen moeten het in kennis maar ook in levenshouding en beschaving kunnen opnemen tegen de leidende figuren uit de maatschappij; het zou noodlottig zijn voor de publieke zaak, zo de overheid zich teoreden zou stellen met degenen, die elders niet aan de slag konden komen of mislukten."

parlementslid de mogelijkheid om de regering om alle informatie te vragen. Dit is een essentieel controlerecht van het parlement en een hoeksteen van onze parlementaire democratie. Maar die controle kan op veel verschillende manieren worden ingevuld. De vraag is immers: welke informatie heeft en geeft de bewindspersoon wel, en welke niet.

De VHMf heeft daarom om juridisch advies gevraagd over artikel 68 Grondwet en de wijze waarop daarmee wordt omgesprongen door het parlement en de regering. Maatschappelijke, technologische en culturele ontwikkelingen leiden ook in het parlement tot een steeds sterker wordende openbaarmakings- en verantwoordingscultuur. Heel concreet heeft de nasleep van de toeslagenaffaire geleid tot een regeringsbelofte (en -beleid) om alle vastgelegde ambtelijke beleidsopvattingen actief met het parlement te gaan delen. In de praktijk leidt dit ertoe dat de loyale ambtenaar een steeds groter risico loopt om ongewild publiek bezit te worden, én om door het parlement, de media, individuele burgers of zelfs de eigen werkgever ook publiekelijk ter verantwoording te worden geroepen. Dit terwijl de ambtenaar zelf geen plek in het publieke debat heeft en ook onvoldoende instrumenten heeft zich goed te kunnen verdedigen.

Het Rijk, met de bewindspersoon als vertegenwoordiger van het Rijk, is echter ook de werkgever van die loyale ambtenaar. Dit werkgeverschap brengt verplichtingen met zich die haaks kunnen staan op de (actieve) openbaarmaking van ambtelijke stukken, in het bijzonder wanneer die stukken er (de facto) toe leiden dat niet de bewindspersoon maar de ambtenaar verantwoording af moet leggen over beleid en uitvoering. De Nederlandse grondwet bepaalt in artikel 42 echter ook uitdrukkelijk dat alleen bewindspersonen verantwoording verschuldigd zijn, en ambtenaren juist niet.

Wij begonnen deze samenvatting met de stelling dat de overheid als werkgever de beste mensen verlangt, en die mensen ook moet verlangen omdat daar immers de belangen van Nederland het best mee gediend zijn. Goede ambtenaren zijn echter ook kritische ambtenaren die loyale tegenspraak niet schuwen, waardoor in een ideale wereld alle beleidsopties worden afgewogen en het beste beleid

tot stand komt. Zulke ambtenaren vragen, in dit geval bij monde van de VHMF, om bescherming en een veilige werkomgeving, en verdienen die in onze ogen ook.

Ook – of juist – ambtenaren weten dat zij in een veranderende wereld leven waarin meer transparantie en verantwoording van de overheid richting het parlement en de burger onontkoombaar is. Een transparante overheid is een groot goed en noodzakelijk in onze democratische rechtstaat. In ons advies lichten wij toe dat de rechten voor ambtenaren in die veranderde wereld ook zouden moeten meebewegen met een transparantere overheid en de nieuwe invulling van artikel 68 Grondwet. Zeer recent nog verscheen de door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties opgestelde Handreiking voor medewerkers en leidinggevendenden getiteld ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’ (“**Handreiking**”).² In die Handreiking wordt bondig uiteengezet hoe de uitingsvrijheid van de ambtenaar zich verhoudt tot zijn bijzondere rechtspositie zoals omschreven in de Ambtenarenwet. De ambtenaar heeft een bijzonder vak waarin hij politiek neutraal is en zich als een goed ambtenaar gedraagt. De ambtenaar heeft echter ook vrijheid van meningsuiting, en is niet verplicht om elke uiting vooraf aan zijn werkgever voor te leggen. Het is volgens de Handreiking aan de ambtenaar zelf *“om vooraf een afweging te maken wat wijs is en of met zijn of haar optreden grenzen worden overschreden”*. Wanneer er twijfels of (kritische) inzichten zijn kan een ambtenaar die in de ambtelijke lijn uitspreken, en binnen de organisatie met zijn leidinggevende of anderen bespreken. Wanneer toch grenzen worden overschreden door de ambtenaar, bijvoorbeeld door met een uiting buiten de organisatie te treden, kan er door de werkgever geen maatregel worden opgelegd zonder dat de Adviescommissie grondrechten en functie-uitoefening (“**AGFA**”) daarover advies heeft gegeven.³ Voorop staat dat wij de inhoud van deze Handreiking als vanzelfsprekend onderschrijven. Wij

2 ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’, Handreiking voor medewerkers en leidinggevendenden, Den Haag 13 december 2023. Op 9 januari 2024 beantwoordde staatssecretaris Van Huffelen (Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) vragen van het scheidend lid Haga over ambtenaren die naar aanleiding van de verkiezingsuitslag van 22 november 2023 een oproep hadden gedaan aan alle ambtenaren om een signaal af te geven dat zij de ambtseed serieus te nemen, dat zij er voor alle burgers zijn en dat zij staan voor de rechtsstaat en de Grondwet. In het antwoord schetst de staatssecretaris het kader waarbinnen ambtenaren geacht worden zich te uiten en refereert zij ook aan de recent tot stand gebrachte Handreiking Ambtenaar en grondrechten. Zie Aanhangsel Handelingen II 2023/24, nr. 742.

3 Ook wel de Commissie Cohen naar de voorzitter Job Cohen, zie: www.agfacommissies.nl.

denken echter dat er op grond van ons advies belangrijke punten aan die Handreiking en het regelgevend kader zouden kunnen worden toegevoegd.

De Handreiking verwijst naar het gesprek over “je uiten als ambtenaar” dat binnen de Rijksdienst volop gaande is. De genoemde voorbeelden zijn klimaatprotesten, de situatie in Israël-Gaza, en de recente verkiezingsuitslag. Wetende dat ambtenaren in toenemende mate het risico lopen om publiekelijk verantwoording te moeten afleggen, zouden wij in overweging willen geven om ambtenaren onder omstandigheden de mogelijkheid te geven een bepaalde opdracht te weigeren. In dat geval zou de AGFA voorafgaand een rol kunnen spelen bij de toetsing van die weigering, zoals de AGFA nu al achteraf de uitingen van ambtenaren toetst.

De Handreiking geeft daarnaast slechts voorbeelden van situaties waarin een ambtenaar in het openbaar gebruik wil maken van zijn vrijheid van meningsuiting, terwijl zijn ambt zich daartegen verzet. Daarmee gaat de Handreiking voorbij aan de situaties waarin (i) de ambtenaar juist intern en niet extern zijn opvattingen over het beleid heeft gedeeld, maar deze naderhand door openbaarmaking aan de Kamer tot die ambtenaar te herleiden zijn of (ii) de ambtenaar juist vanwege zijn ambt in de openbaarheid moet treden. In die situaties zou een ambtenaar onder omstandigheden meer vrijheid moeten genieten om zich tegen kritiek op die opvattingen in het openbaar te verdedigen. Wij stellen daarom voor om de Gedragscode Integriteit Rijk aan te passen zodat ambtenaren die (i) ongewild en (ii) op basis van hun functie in de openbaarheid treden meer mogelijkheden hebben om zich publiekelijk tegen kritiek te verweren.

Deze en een aantal andere wijzigingen aan het stelsel van regels dat de ambtelijke positie bepaalt lichten wij in het hiernavolgende advies toe. Wij hopen dat dit voor betrokkenen tot nuttige inzichten kan leiden.

1 Inleiding bij het advies

De Vereniging van Hogere Ambtenaren bij het Ministerie van Financiën (“VHMF”) heeft Stibbe om advies gevraagd over de rechtspositie van individuele ambtenaren in het licht van de informatieplicht van artikel 68 Grondwet.¹ Dit advies betreft de positie van Rijksambtenaren met *alle* soorten achtergronden: dat wil zeggen wetenschappelijk opgeleide ambtenaren alsook ambtenaren met een beroepsopleiding, en zowel ambtenaren die aan wet- en regelgeving en beleid werken als ambtenaren die belast zijn met uitvoering, toezicht en handhaving.

De aanleiding voor de adviesvraag is de toenemende mate waarin het parlement en de maatschappij vragen om een steeds transparantere overheid. De regering is daarom ook in toenemende mate transparant over de concrete rol van ambtenaren bij de uitvoering van beleid en de beleidsopvattingen van ambtenaren die zijn vastgelegd in dossiers. Dit kan leiden tot een onveilige werkomgeving voor ambtenaren.

In de conclusies van dit advies is daarom beoogd in kaart te brengen wat de juridische en organisatorische mogelijkheden zijn om ervoor te zorgen dat het werk van Rijksambtenaren – met het oog op het advies inzake artikel 68 Grondwet – op een veilige(r) manier zou kunnen worden ingericht.

In deze analyse gaan wij in op de volgende aspecten:

- (i) Schets van het spanningsveld en de problemen voor ambtenaren bij de informatievoorziening door het kabinet aan het parlement (**paragraaf 2**)
- (ii) Een analyse van de inlichtingenplicht van artikel 68 Grondwet, in het bijzonder de weigeringsgrond ‘in het belang van de staat’ (**paragraaf 3**)

¹ ‘De vereniging’, vhmf.nl, 6 februari 2009. De VHMF is een beroepsvereniging van academisch gevormden en hbo’ers bij de Belastingdienst, DG Toeslagen, de Douane en het kerndepartement.

- (iii) Een analyse van wanneer de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren in het geding is (**paragraaf 4**)
- (iv) Een analyse van de arbeidsrechtelijke positie van ambtenaren (**paragraaf 5**)
- (v) Onze concluderende zienswijze met daarbij onze aanbevelingen (**paragraaf 6**).

2 Schets van het spanningsveld en de problemen voor ambtenaren bij de informatievoorziening door het kabinet aan het parlement

Artikel 68 Grondwet bepaalt dat de ministers en staatssecretarissen (hierna: het “**kabinet**” / de “**regering**”)² verplicht zijn de Eerste en de Tweede Kamer (hierna ook gezamenlijk: “**parlement**”) in principe alle verlangde inlichtingen te verschaffen die nodig zijn om hun controlerende rol te kunnen vervullen (hierna: de “**inlichtingenplicht**”). Historisch bestaat er over de juiste invulling van deze inlichtingenplicht tussen regering en parlement regelmatig en soms hoogoplopende politieke discussie. Wij vatten de meest recente ontwikkelingen die aanleiding gaven tot dit advies hierna samen.

2.1 De vraag naar meer transparantie, in het bijzonder rondom persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren

De politieke en maatschappelijke discussie over artikel 68 Grondwet is breed en naar aanleiding van het toeslagenschandaal opnieuw opgelaaid. Kamerleden uiten in het openbaar kritiek op de regering over de invulling van artikel 68 Grondwet.³ Denk daarbij aan de vraag in hoeverre (digitale) correspondentie moet worden bewaard.⁴ Ook is er discussie over de vraag of inlichtingen schriftelijk moeten worden gegeven of ook mondeling, en welke stukken dan precies moeten worden overgelegd en wat daarin wel of niet mag worden weggelakt.⁵ Opvallend is dat het meest gebruikte argument van de regering om informatie niet te verschaffen de bescherming van ambtenaren is. Dit omdat ambtenaren in vrijheid hun bewindspersoon moeten kunnen adviseren en omdat zij zich niet publiekelijk kunnen verdedigen.

2 De regering wordt gevormd door de koning en de ministers gezamenlijk. Het kabinet wordt gevormd door de ministers en staatssecretarissen. Deze termen worden in de praktijk, en ook in dit advies, door elkaar gebruikt.

3 ‘De balans tussen burger en staat moet worden hersteld’, *Opinie Pieter Omtzigt*, NRC 7 september 2023.

4 ‘Kabinet krijgt tik op de vingers voor huidige transparantiebeleid’, *De Volkskrant* 15 juni 2023; ‘Ook OMT-voorzitter Jaap van Dissel gebruikte privémail voor werkgerelateerde communicatie’, *De Volkskrant* 19 april 2022.

5 ‘Door stukken niet te delen schendt kabinet Grondwet’, *Trouw* 17 juni 2023; ‘Kabinet zoekt rand grondwet op’, *NRC* 29 april 2021.

De regering heeft daarom lang volgehouden dat persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad in zijn geheel niet met het parlement moesten worden gedeeld. Alleen leden van de regering moeten op grond van de grondwettelijke ministeriële verantwoordelijkheid in het parlement voor overheidsbeleid verantwoording afleggen. Er is geen sprake van een grondwettelijke *ambtelijke* verantwoordelijkheid.

In de afgelopen jaren hebben zich echter grote maatschappelijke en politieke veranderingen voorgedaan die ook van invloed zijn op de wijze waarop over de inlichtingenplicht wordt nagedacht. Ook staat ter discussie de mate waarin ambtenaren verantwoording zouden moeten afleggen over hun werk. De Afdeling advisering van de Raad van State (**“Afdeling advisering”**) heeft deze veranderingen in een ongevraagd advies van 2020 aan de regering treffend uiteengezet.⁶ Er zijn volgens de Afdeling advisering nieuwe maatschappelijke structuren en omgangsvormen die zich kenmerken door een grotere afstand tussen groepen in de samenleving, er zijn grote uitvoeringsproblemen voor de overheid, en er is ongelijkheid, onvrede en wantrouwen in de politiek.⁷ De opkomst van nieuwe partijen leidt tot een andere verhouding in het parlement waarin dat wantrouwen tot uiting komt, en kabinetten worden tegenwoordig gevormd met krappe meerderheden van wisselende coalities die bestaan uit een groot aantal partijen.⁸ Hierdoor is er *“in de politiek een verschuiving waar te nemen van een belangenafweging op grond van algemene gezichtspunten naar een door incidenten gedreven uitvoeringsverantwoording. Daarbij doorloopt het parlement een vaak moeizame zoektocht naar de juiste informatie en personen die op tekortkomingen kunnen worden aangesproken.”*⁹ De Afdeling benoemt een *“incident gedreven verantwoordingscultuur”* en *“de diffuser wordende spelregels in politiek-ambtelijke verhoudingen en de gevolgen daarvan voor het functioneren van de departementen en de daar*

6 Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78. (hierna ook: **“Ongevraagd advies Afdeling Advisering”**).

7 Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 3-5.

8 Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 5. Ook op dit moment (december 2023) lijkt naar aanleiding van verkiezingen op 22 november 2023 de inzet van de verkenningsfase een minderheidskabinet met gedoogsteun te zijn.

9 Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 6-8.

werkzame ambtenaren".¹⁰

In het bijzonder het toeslagenschandaal en het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag ("POK") "Ongekend Onrecht" ("verslag Ongekend Onrecht") hebben de discussie rondom de inlichtingenplicht geëscaleerd.¹¹ Het Kabinet Rutte-IV heeft in zijn kabinetsreactie op het verslag Ongekend Onrecht aangegeven een radicaal nieuwe en meer transparante invulling te gaan geven aan de inlichtingenplicht. De regering gaf aan voortaan "alle relevante departementale beleidsnota's openbaar te maken" en "radicaal [te kiezen] voor ruime informatievoorziening aan de Kamer". De regering zou "de grond 'persoonlijke beleidsopvattingen' [daarbij] niet langer hanteren als invulling van de weigeringsgrond 'belang van de Staat' uit artikel 68 Grondwet. De andere gronden die vallen onder het belang van de Staat [zoals privacy] zullen, indien aan de orde, gehanteerd blijven."¹² Deze beleidswijziging werd ook geïmplementeerd in de aangepaste Beleidslijn actieve openbaarmaking nota's 2022 ("Beleidslijn 2022").¹³

2.2 De beleidswijziging leidt tot feitelijke problemen voor ambtenaren

Deze nieuwe Beleidslijn 2022 leidt tot onzekerheid bij ambtenaren.¹⁴ Hoewel in de Beleidslijn 2022 is neergelegd dat de namen, functies en contactgegevens van ambtenaren uit openbaar te maken documenten worden weggelakt, wordt in beginsel tot hen herleidbare informatie daaruit niet verwijderd.¹⁵ Het ambtelijk standpunt krijgt hiermee een steeds belangrijker plaats in het politieke en publieke debat.

Daarnaast is er in het verlengde van de hiervoor (**paragraaf 2.1**) uiteengezette omstandigheden een steeds grotere politieke wens om

10 Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 7.

11 Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag, 'Ongekend Onrecht', 17 december 2020.

12 Brief regering aan de Tweede Kamer van 15 januari 2021, betreft Kabinetsreactie rapport 'Ongekend onrecht' (Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4). [...] toevoeging Stibbe.

13 Kamerstukken II 2021/22, 28362, nr. 59.

14 Zo blijkt ook uit de bijlage 'Evaluatie van de eerste ervaringen met het openbaar maken van beslisnota's' bij Kamerstukken II 2020/21, 28362, nr. 59.

15 Gelet op de privacy van ambtenaren.

de persoon en rol van een ambtenaar in dossiers te identificeren.¹⁶ Kennelijk om hen verantwoordelijk en/of aansprakelijk te houden voor ‘falend’ beleid en voldoende informatie boven water te krijgen. In de media worden ambtenaren ook met naam, functie en zelfs foto’s weergegeven, of is er een wens ambtenaren te identificeren.¹⁷ In het parlement worden ook steeds vaker vragen gesteld over gedetailleerde verslagen van gebeurtenissen en de rollen van specifieke ambtenaren bij die gebeurtenissen.¹⁸ Er worden in parlementaire enquêtes en ondervragingen bij het verhoor onder ede ook (bedoeld en onbedoeld) persoonsnamen van ambtenaren genoemd of er wordt informatie verstrekt op een manier dat die tot individuele ambtenaren herleidbaar is.¹⁹ Verder worden ambtenaren ook in de Kamer, de media en sociale media steeds vaker bij naam en toenaam genoemd.²⁰

Dit heeft persoonlijke gevolgen voor ambtenaren. In het openbaar wordt vanuit de politiek en de maatschappij steeds meer opgeroepen tot strafrechtelijke vervolging van overheidsinstellingen, verantwoordelijke ministers, maar ook expliciet van specifieke ambtenaren.²¹ De staatssecretarissen van Financiën deden in mei 2020 zelfs strafrechtelijke aangifte tegen topambtenaren naar aanleiding van het toeslagenschandaal.²² Op 13 juli 2022 besloot het gerechtshof Den Haag in een artikel 12 procedure (het Openbaar Ministerie besloot

16 ‘De topambtenaren achter het toeslagenschandaal blijven nog altijd buiten schot’, Column Thijs Broer, Vrij Nederland 6 oktober 2023; ‘Topambtenaren zijn vooral bezig hun minister uit de wind te houden’, NRC 21 februari 2020; ‘Hou op met harde afrekencultuur op Binnenhof’, NRC 9 juni 2021; ‘Een transparante overheid is noodzakelijk – verstijf ambtenaren niet’, NRC 29 januari 2021.

17 ‘Topambtenaren zijn vooral bezig hun minister uit de wind te houden’, NRC 21 februari 2020; Zie ook de brief van FNV Overheid, CNV Overheid, en CMHF aan de minister van Financiën van 22 februari 2022 waarin wordt gereageerd op de oproep van het BNN/VARA programma BOOS om namen van individuele ambtenaren kenbaar te maken. De brief is vindbaar op de website van FNV: https://www.fnv.nl/getmedia/153e0541-aea1-4e6a-bcf9-34ae5431e0ae/20220222-Bonden-brief-Minister-Financien-inz-reactie-oproep-BOOS_1.pdf.

18 Zie ook ‘Kabinet zoekt rand grondwet op’, NRC 29 april 2021; Zie ook Handelingen II 2019/20, nr. 75, item 5.

19 Bij de POK maar ook de parlementaire enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening.

20 Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 49.

21 ‘Belastingdienst definitief niet strafrechtelijke vervolgd om rol in toeslagenaffaire’, De Volkskrant 13 juli 2022; ‘Ambtenaren vrezten heksenjacht’, De Volkskrant 27 mei 2020; ‘Financiën doet aangifte tegen belastingambtenaren’, De Volkskrant 20 mei 2020; ‘Waarom tegen Mark Rutte geen aangifte is gedaan en wel tegen Hoekstra, Snel, Asscher, Wiebes en Van Ark’, De Volkskrant 22 januari 2021; ‘Actie tegen Belastingdienst is vooral bedoeld voor de Bühne’, NRC 22 juni 2020; Ook naar aanleiding van andere dossiers is opgeroepen tot strafrechtelijke vervolging van (oud-)ambtenaren: ‘Aangifte tegen overheid vanwege Lelystad Airport’, NRC 23 juni 2020.

22 Zie ‘Financiën doet aangifte van het vermoeden van mogelijke misdrijven’, rijksoverheid.nl, 19 mei 2020. De aangifte was mede na een deskundige-advies van mr. H.J.Th. Biemond; Kamerbrief van 19 mei 2020, ‘Second opinion ambtsmisdrijven’, Kamerstukken II 31066, nr. 615. Later is bericht door de NOS dat de Landsadvocaat tegen de second opinion van Biemond pleitte: ‘Kabinet had tóch geen aangifteplicht tegen ambtenaren toeslagenaffaire’, nos.nl, 26 april 2022.

eerder niet tot vervolging over te gaan) dat vervolging niet op zijn plaats was.²³ Bij beroepsmatige discriminatie stonden de immuniteit van de staat of de verjaring van de feiten aan vervolging in de weg. Voor de andere vermeende misdrijven waren er (óók) onvoldoende aanknopingspunten.²⁴ Er lopen nog andere aangiftes namens gedupeerden tegen individuele medewerkers van de Belastingdienst wegens racisme.²⁵ Ook doet de Rijksrecherche onderzoek naar meeneed van twee voormalig topambtenaren van het ministerie van Financiën.²⁶ Van de kant van bepaalde Kamerleden, de media en de maatschappij is er mede door de uitspraak van het gerechtshof steeds meer kritiek op de immuniteit en onschendbaarheid van ambtenaren.²⁷ Verder zijn bedreigingen steeds meer orde van de dag.²⁸

Kort en goed laten deze ontwikkelingen zien dat ambtenaren van alle ministeries in toenemende mate worden geïdentificeerd met als doel ter verantwoording te worden geroepen. Ook ontstaat er druk om zelf persoonlijk en publiekelijk verantwoording af te leggen voor de uitvoering van politieke en beleidsmatige keuzes.²⁹ Het effect hiervan is dat ambtenaren zich niet langer vrij voelen om persoonlijke beleidsopvattingen op papier te zetten of tegenspraak te geven in een bespreking. Zij zijn bang om binnen en buiten de organisatie een tegengeluid te geven, en om vrijelijk hun standpunten te bepalen bij het maken van beleid. Dit effect wordt ook bevestigd door onderzoek dat is gedaan voor de invoeringstoets Wet open overheid. Uit dat onderzoek blijkt dat toenemende openbaarheid ambtenaren de vrees geeft dat hun interne schriftelijke verkeer uit zijn verband wordt getrokken bij openbaarmaking daarvan, waardoor minder op papier wordt gezet en meer telefonisch wordt besproken. Wat wel wordt opgeschreven, bevat niet alle beleidsopties. Dit is volgens het

23 Als de officier van justitie een strafbaar feit niet vervolgt, de vervolging niet doorzet of de zaak afdoet met een strafbeschikking, dan kan een belanghebbende beklag doen bij het gerechtshof. Met de klacht maakt de belanghebbende duidelijk waarom de officier wel moet vervolgen.

24 Hof Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1301.

25 'Aangifte tegen ambtenaren om Toeslagenaffaire', NRC 6 februari 2022.

26 'Topambtenaren logen mogelijk bij toeslagenverhoren, onderzoek naar meeneed', nos.nl, 12 december 2022; De betrokken ambtenaren hadden verklaard het "memo Palmen" niet te hebben gekend.

27 Zie bijvoorbeeld 'Herbezinning van immuniteit voor rijksambtenaren is nodig', Trouw 16 juli 2022; Zie uitspraken van Kamerleden Leijten en Omtzigt bij Nieuwsuur: 'ONDMeeneedToeslagenverhoren', nos.nl, 12 december 2022.

28 Zie bijvoorbeeld 'Helft van lokale en regionale politici ervaart agressie', nos.nl, 6 juli 2022.

29 Zie bijvoorbeeld 'De Jonge: kritische ambtenaren die geïntimideerd zijn kunnen zich melden', nos.nl, 10 juni 2022.

onderzoek zorgelijk omdat ambtelijk vakmanschap daardoor minder goed wordt uitgeoefend.³⁰

Dit terwijl de wens om zowel intern als extern een tegengeluid te geven wel steeds groter wordt naarmate de ambtenaar meer risico loopt om op de invulling en uitvoering van beleid te worden aangesproken. In de praktijk lijken de door de Afdeling advisering genoemde wijzigende maatschappelijke en politieke verhoudingen en een toenemende ambtelijke verantwoording hand in hand te gaan met een toenemende wens van ambtenaren om zich uit te kunnen spreken.

Toelichting: Meest recent speelde dit op het ministerie van Buitenlandse Zaken waar een groep ambtenaren intern kritiek uitte op hun ministers over het gehanteerde beleid ten aanzien van de situatie in Israël en Palestina, welke kritiek vervolgens ook uitlekte.³¹ En ook naar aanleiding van de meest recente verkiezingen (november 2023) hebben ambtenaren, meestal anoniem, in de media te kennen gegeven met hun positie te worstelen als loyale maar kritische ambtenaar.³² Niet toevallig is er ook in de afgelopen jaren aandacht geweest voor de wijze waarop ambtenaren invulling geven aan “*loyale tegenspraak*”: de positie die ambtenaren binnen de overheidsorganisatie hebben waarin zij als een loyale ambtenaar hun werk moeten doen maar tegelijkertijd de mogelijkheid moeten hebben om *binnen de organisatie* tegenspraak te bieden.³³ Ook blijkt uit onderzoek dat er niet altijd voldoende ruimte is voor loyale tegenspraak binnen de Rijksoverheid en dat op diverse plaatsen binnen de Rijksoverheid negatieve situaties rondom loyale tegenspraak

30 Invoeringstoets Wet open overheid. Knelpunten, best practices en neveneffecten (SEO-rapport 2023-132); Bijlage bij Kamerstukken I 2023/24, 33328, nr. AH. Zie in het bijzonder hoofdconclusie 8 (Veel ambtenaren ervaren dat ze minder professioneel kunnen adviseren in hun werk).

31 ‘Hoe Buitenlandse Zaken worstelt met het Israël standpunt’, NRC 15 november 2023; ‘Kleurbekennende ambtenaren raken open zenuw’, FD 31 oktober 2023.

32 ‘Ambtenaren zitten klem tussen loyaliteit aan de politiek en hun moreel kompas’, FD 27 november 2023. zie in dit kader ook kamervragen van het lid Haga en antwoorden daarop van de staatssecretaris Van Huffelen (Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), Aanhangsel Handelingen II 2023/24, nr. 742.

33 www.loyaletegenspraak.nl; Zie ook ‘Het openbaar bestuur heeft dwarsliggers nodig’, Trouw 7 februari 2020; ‘Loyale tegenspraak onmisbaar bij goed functionerend openbaar bestuur’, caop.nl, 25 februari 2020; zie ook ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’, Handreiking voor medewerkers en leidinggevendenden, Den Haag 13 december 2023, p. 5.

worden ervaren.³⁴ In dit kader is ook relevant de aanstelling van Erik Pool als programmadirecteur Dialoog en Ethiek bij de Rijksoverheid.³⁵

34 'Topambtenaren rijk houden tegenspraak tegen', binnenlandsbestuur.nl, 22 november 2023 ; T. Snaphaan, J. van Ostaaijen & L. Collignon-Van den Munckhof, Ruimte voor tegenspraak. Hoe meer ruimte te creëren voor het tegengeluid van rijksambtenaren (Avans Hogeschool Centre of Expertise Veiligheid & Veerkracht), 2023.

35 'Dialoog & Ethiek', grenzeloossamenwerken.nl; 'Essay Iija Leonard Pfeijffer', grenzeloossamenwerken.nl.

3 Analyse artikel 68 Grondwet en de staatsrechtelijke praktijk, in het bijzonder in verhouding tot de rechtspositie van ambtenaren

Deze paragraaf heeft de volgende opbouw voor een goed begrip van artikel 68 Grondwet. Eerst wordt het algemene grondwettelijke kader uiteengezet (**paragraaf 3.1**). Daarna wordt ingegaan op de ministeriële verantwoordelijkheid (**paragraaf 3.2**) en vervolgens op de weigeringsgrond ‘intern beraad’ uit de Wet openbaarheid van bestuur (inmiddels de Wet open overheid) (**paragraaf 3.3**). Deze aspecten zijn allen relevant voor de reikwijdte van artikel 68 Grondwet, in het bijzonder met betrekking tot de rol en opvattingen van ambtenaren. Tot slot wordt kort ingegaan op de staatsrechtelijke praktijk en juridische ontwikkelingen over de invulling van artikel 68 Grondwet (**paragraaf 3.4**).

3.1 Artikel 68 Grondwet: inlichtingenplicht

Artikel 68 Grondwet bepaalt: *“De ministers en de staatssecretarissen geven de Kamers elk afzonderlijk en in verenigde vergadering mondeling of schriftelijk de door een of meer leden verlangde inlichtingen waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat”*.

De inlichtingplicht is zowel passief (op verzoek van de Kamer) als actief (uit eigen beweging).³⁶ Hoe ver de verplichting van artikel 68 van de Grondwet strekt, valt niet goed af te bakenen zo blijkt ook uit de wetsgeschiedenis:³⁷ *“De reikwijdte van deze verplichting is in de bepaling echter niet precies afgebakend. Die afbakening vindt in de staatkundige praktijk plaats.”* (onderstreping Stibbe)

Er is geen Kamermeerderheid nodig voor het verlangen van inlichtingen. Individuele Kamerleden kunnen om inlichtingen

³⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2, p. 3 onder verwijzing naar Kamerstukken II 1985/86, 19014, nr. 5, p. 6.

³⁷ Kamerstukken II 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 3. Cf. Kamerstukken II 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 4, p. 9.

verzoeken.³⁸ Inlichtingen (mondeling of schriftelijk) worden op grond van artikel 68 Grondwet in beginsel in het openbaar verstrekt.³⁹ Het is ook mogelijk op basis van dit artikel vertrouwelijk informatie aan het parlement te verschaffen.⁴⁰ Vertrouwelijkheid kan een belangrijk middel zijn als de belangen van de staat aan openbaarheid in de weg staan.⁴¹

Toelichting: Dat staat er overigens niet aan in de weg dat Kamerleden in strijd met deze vertrouwelijke procedure ook de verstrekte informatie kunnen lekken (onrechtmatige openbaarmaking). Naar aanleiding van een lek in 2014 uit de Commissie voor de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten deed het Openbaar Ministerie onderzoek naar de verantwoordelijke(n) voor het lek.⁴² Uit dat onderzoek kwam geen resultaat. Een Kamercommissie onder leiding van Carola Schouten (CU) deed nog aanvullend onderzoek en kon ook niets vinden, maar beklaagde zich wel over de beperkte tijd en onderzoeksbevoegdheden, en een gebrekkig wettelijk kader.⁴³ Het blijkt dan ook dat de pakkans voor Kamerleden in geval van lekken heel klein is, ongeacht de schade die door het lekken aan individuen wordt toegebracht.⁴⁴ Dit was ook de conclusie uit het rapport Publiek Geheim dat in 2010 in opdracht van de Tweede Kamer is opgesteld en waaraan de Commissie Schouten refereerde. In dat rapport werd geconstateerd dat de wettelijke procedure voor vervolging van politieke ambtsdragers *“in de praktijk onbegaanbaar”* en een *“een mission impossible”* is.⁴⁵ Inmiddels is de relevante Wet ministeriële

38 Kamerstukken II 1984/85, 14225 (R 1051), nr. 13 (Nng, IIIa, p. 331), amendement; Handelingen II 1979/80, p. 2090 en 2722 (Nng, IIIb, p. 106 en 134, debat); J.H.J. de Wildt, 'Leer en leven. Recente ontwikkelingen met betrekking tot artikel 68 Grondwet.', TvCR 2021/20. In de periode 1848-1987 was de heersende leer was dat alleen de kamer bij meerderheid de verplichting kon opleggen aan de regering om inlichtingen te verschaffen. Het zou te ver gaan als de regering op informatieverzoeken van alle individuele Kamerleden in zou moeten gaan. Na een amendement van CDA-kamerlid Faber werden de woorden *“door een of meer leden verlangde”* toegevoegd om dit aan te passen; Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2, p. 2.

39 Kamerstukken II 1985/86, 19014 (R 1284), nr. 5, p. 3.

40 Dit hangt samen met het gegeven dat vergaderingen van het parlement in beginsel openbaar zijn ingevolge artikel 66, eerste lid Grondwet.

41 Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2, p. 3.

42 'Nog veel onduidelijk over lek commissie-stiekem', tweedekamer.nl, 27 januari 2016.

43 'Persbericht commissie van onderzoek', tweedekamer.nl, 20 januari 2016.

44 'Lekken van informatie? De pakkans voor Kamerleden is vrijwel nihil', Trouw, 12 oktober 2022.

45 Kamerstukken II, 2009/10, 32173, nr. 2, bijlage rapport "Publiek Geheim", p. 92.

verantwoordelijkheid tekstueel gemoderniseerd en heeft de Commissie herziening wetgeving ambtsdelicten Kamerleden en bewindspersonen (Commissie Fokkens) in 2021 een rapport ingediend om deze wetgeving ook inhoudelijk verder te moderniseren.⁴⁶ De aanbevelingen van deze commissie zijn tot op heden niet geïmplementeerd.⁴⁷ De Tweede Kamer zelf kan op grond van artikel 15.14 van het Reglement van Orde Tweede Kamer wel sancties opleggen aan individuele Kamerleden wanneer hij een schending van de geheimhouding vaststelt.

Wij noteren bij deze toelichting dat de gebrekkige pakkans van Kamerleden de staat als werkgever er niet van ontslaat de gevolgen voor ambtenaren die met een onrechtmatige openbaarmaking gepaard gaan te mitigeren of zelfs te compenseren. Wij komen hierna nog op dit punt terug.

In de praktijk is het altijd aan het parlement om te beoordelen of de regering/bewindspersoon aan de inlichtingenplicht heeft voldaan. Bewindspersonen geven in de eerste instantie vaak om praktische of politieke redenen geen gevolg aan een verzoek om inlichtingen (de ‘aanvankelijke weigering’). Dit kan door het parlement worden geaccepteerd. De enige geschreven juridische beperking en definitieve weigering op de inlichtingenplicht die volgt uit artikel 68 Grondwet is de weigeringsgrond *“in het belang van de staat”*. Dit wordt ook wel de ‘definitieve weigering’ genoemd.⁴⁸ Bewindspersonen kunnen (gemotiveerd) een beroep doen op deze verschoningsgrond indien het parlement de door de bewindspersoon gepresenteerde praktische of politieke bezwaren bij de aanvankelijke weigering niet accepteert.⁴⁹

46 Wet van 11 juli 2018, houdende wijziging van de wet van 22 april 1855, houdende regeling der verantwoordelijkheid van de Hoofden der Ministeriële Departementen (Stb. 1855, 33) en aanpassing van daarmee verband houdende bepalingen in het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht in verband met het aanbrengen van enkele modernisering, Stb. 2018, 245; Kamerstukken II, 34340, nr. 19, bijlage.

47 Zie meest recentelijk de motie Leijten (naar aanleiding van de Initiatiefnota van de leden Dassen en Omtzigt over wettelijke maatregelen om de integriteit bij bewindspersonen en de ambtelijke top te bevorderen) van 20 oktober 2022 om wél gevolg te geven aan het rapport van de Commissie Fokkens; Kamerstukken II 2022/23, 36101, nr. 10.

48 Handelingen I 1985/86, p. 928; Deze ‘tweetrapsraket’ van een eventuele weigering om inlichtingen te verstrekken blijkt eveneens uit: Kamerstukken II 1978/79, 14225 (R 0151), nr. 7, p. 4.

49 Kamerstukken II 1978/79, 14225 (R 1051), nr.7, p. 8: *“Wij beklemtonen, dat in het geheel van de bepaling het belang van de verschoningsgrond mede hierin is gelegen dat de Regering, bij een weigering om gevraagde inlichtingen te verschaffen, daarop nadrukkelijk een beroep zal moeten doen. De Kamer zal vervolgens dienen te beoordelen of zij dat beroep gerechtvaardigd acht.”*

Over de weigeringsgrond “het belang van de staat” wordt in de wetsgeschiedenis van artikel 68 van de Grondwet het volgende opgemerkt:⁵⁰

“Het criterium «belang van de staat» heeft onvermijdelijk een zekere vaagheid. Enerzijds is het ruimer dan alleen de veiligheid van de staat. Ook andere staatsbelangen kunnen in het geding zijn. Het weigeren van inlichtingen over personen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer kan er mede onder begrepen zijn. Anderzijds zou een lichtvaardig beroep op het staatsbelang in strijd zijn met de strekking van het artikel. Vereist is dat het staatsbelang om de inlichtingen te weigeren zo zwaar weegt dat het eveneens zwaarwegende belang de Staten-Generaal te informeren daarvoor niettemin moet wijken. De betekenis van de clausule bestaat niet in de laatste plaats hierin, dat de regering erdoor genoopt wordt daarop uitdrukkelijk een beroep te doen en voor dat beroep argumenten aan te voeren.” (onderstreping Stibbe)

De verschoningsgrond moet dus slechts in “uitzonderlijke gevallen” worden toegepast.⁵¹ Een voornemen om een beroep op deze verschoningsgrond te doen moet worden besproken in de ministerraad.⁵² Ook is in de wetsgeschiedenis benoemd dat deze grond pas kan worden ingezet als de informatie niet op “vertrouwelijke wijze” aan het parlement kan worden verstrekt.⁵³

Als een bewindspersoon volgens de Kamer niet naar behoren aan de inlichtingenplicht voldoet, zal de Kamer in eerste instantie verzoeken alsnog en naar behoren aan die plicht te voldoen. Mocht dat geen

50 Kamerstukken II 1967/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 5.

51 Kamerstukken I 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 57b, p. 1.

52 Op grond van een aanwijzing van de minister-president van 23 oktober 1985, zie Kamerstukken I 1986/87, 19553 (R 1307), nr. 118a. De aanwijzing luidt: “De minister of de staatssecretaris die het voornemen heeft een beroep te doen op het verschoningsrecht ex artikel 68 van de Grondwet, stelt dit aan de orde in de ministerraad.”. Zie ook de kabinetsbrieven over artikel 68 Grondwet uit 2002 en 2016: Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2, p. 3; Kamerstukken II 2015/16, 28362, nr. 8, p. 3. Dit neemt overigens niet weg dat artikel 68 een individuele verplichting in het leven roept voor bewindspersonen, zie Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2, p. 3.

53 Kamerstukken I 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 57b, p. 2; Zie ook S.A.J. Munneke, Inlichtingenplichten en verschoningsrechten in het staatsrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 106.

soelaas bieden, dan kan de Kamer een motie van afkeuring of (in het uiterste geval) een motie van wantrouwen tegen een bewindspersoon of de regering aannemen.⁵⁴

De positie van ambtenaren komt niet als zodanig aan bod in de recente wetsgeschiedenis aangaande artikel 68 Grondwet. Wel aan bod komt de uitleg van de inachtneming van de persoonlijke levenssfeer als uitwerking van *'het belang van de staat'*.⁵⁵ Ook deze grond beperkt zich tot uitzonderlijke gevallen: *"In veel gevallen zal de persoonlijke levenssfeer immers voldoende beschermd worden indien de inlichtingen vertrouwelijk worden verstrekt"*.⁵⁶ Onzes inziens ziet deze grond ook op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren, waardoor bepaalde informatie zoals persoonsgegevens en tot de persoon herleidbare gegevens niet openbaar kunnen worden gemaakt.⁵⁷

Ten slotte moet worden opgemerkt dat bij de parlementaire behandeling van het huidige artikel 68 Grondwet in de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw (nog) geen rekening kon worden gehouden met de nieuwe civielrechtelijke werkgeversverplichtingen die vanaf 1 januari 2020 voor de overheid zijn gaan gelden. Wij behandelen deze verplichtingen, die wel degelijk relevant zijn voor de wijze waarop de regering met artikel 68 Grondwet om zou moeten springen, hierna uitgebreid in hoofdstuk 5.

3.2 Relatie artikel 68 Grondwet en de ministeriële verantwoordelijkheid (geen ambtelijke verantwoordelijkheid)

Artikel 42 lid 2 Grondwet bepaalt: *"De Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk."* (onderstreping Stibbe) Dit artikel is geïntroduceerd met de grondwetsherziening van 1848

54 S.A.J. Munneke, *Inlichtingenplichten en verschoningsrechten in het staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 87-92; Het beste voorbeeld is wellicht minister van Veiligheid en Justitie Opstelten die in 2015 moest opstappen in verband met het gebrekkig informeren van de kamer over een bonnetje (de "bonnetjesaffaire").

55 De bescherming van de persoonlijke levenssfeer was een *"moderne behoefte"*, Kamerstukken II 1978/79, 14225 (R 1051), nr. 7, p. 10.

56 Kamerstukken I 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 57b, p. 2.

57 Als sprake is van politieke gedragingen van "hooggeplaatste politieke personen" die aan politieke controle onderworpen zijn, kunnen inlichtingen volgens de Grondwetgever echter nooit met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer achterwege blijven. Kamerstukken II 1978/79, nr. 14225 (R 1051), nr. 7, p. 7-8.

en roept de ministeriële verantwoordelijkheid in het leven: de ministers zijn (politiek) verantwoordelijk voor alle beleid.⁵⁸ Deze verantwoordelijkheid ziet op “*al hetgeen binnen zijn ministerie (niet) geschiedt*”. Dat betekent dat een minister ook (staatsrechtelijk) verantwoordelijk is voor gedragingen waarvan hij niet op de hoogte was of kon zijn.⁵⁹

Artikel 68 Grondwet betreft in zekere zin een uitwerking van artikel 42 Grondwet. Artikel 42 wordt daarom door velen ook met de reikwijdte van artikel 68 Grondwet in verband gebracht.⁶⁰ De inlichtingenplicht wordt echter – in onze visie – niet beperkt door de ministeriële verantwoordelijkheid, maar strekt zover als de juridische en feitelijke mogelijkheden van de minister gaan om over een bepaald thema informatie in te winnen en aan het parlement toe te lichten.⁶¹ Welke bewindspersoon in verband kan worden gebracht met een bepaald thema, kan wel bepalend zijn voor welke ambtsdrager binnen de regering wordt aangesproken op de ministeriële verantwoordelijkheid door het parlement.

Met artikel 42 Grondwet is ook nadrukkelijk bedoeld dat er géén sprake is van een *ambtelijke* verantwoordelijkheid. Ambtenaren werkzaam bij een ministerie zijn ondergeschikt aan de minister, en zijn hem of haar ook verantwoording schuldig.⁶² Staatsrechtelijk heeft de ambtenaar geen zelfstandige positie, geen bevoegdheden

58 C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 351 e.v.

59 C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 358; zie ook ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’, Handreiking voor medewerkers en leidinggevenden, Den Haag 13 december 2023.

60 C.A.J.M. Kortmann e.a., *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 353-354; Ook de Grondwetgever stelde dat de inlichtingenplicht voortvloeit uit de ministeriële verantwoordelijkheid: Kamerstukken II 1976/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 3. Beide artikelen zijn gelijktijdig in 1848 in de Grondwet opgenomen. Tweede Kamerlid Faber (CDA) memoreerde in 1979 Thorbecke die een nauw verband tussen beide artikelen zag: “*Verantwoorden betekent in de eerste plaats dat de Minister antwoord geven*”, Handelingen II 1979/80, p. 1928.

61 In de literatuur zijn de meningen verdeeld over de vraag of een minister kan weigeren op grond van artikel 68 Grondwet inlichtingen te verschaffen aan de kamer door te stellen dat iets niet zijn verantwoordelijkheid is. Zie onder meer E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 18 e.v. en S.A.J. Munneke, *Inlichtingenplichten en verschoningsrechten in het staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 77-78. In de praktijk blijkt dat een bewindspersoon niet kan volstaan met een weigering om inlichtingen te verstrekken. De Kamer heeft in feite het laatste woord over de vraag of iets de verantwoordelijkheid van de bewindspersoon is, en kan met een motie van wantrouwen dat ook handhaven.

62 Dat betekent uiteraard niet dat ambtenaren niet strafrechtelijk aansprakelijk gehouden kunnen worden. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van ambtenaren wordt in dit advies buiten beschouwing gelaten.

én geen “*externe verantwoordingsplicht*”.⁶³ Zij nemen niet deel aan het publieke debat en hebben daar ook geen plaats (zie ook onze analyse hierna in **paragraaf 5**). De ambtenaar moet zich slechts verantwoorden binnen (de hiërarchie van) het ministerie, en uiteindelijk tegen de minister. De minister verantwoordt zich vervolgens tegenover het parlement (ingevolge artikel 42 Grondwet). De inlichtingenplicht geldt nadrukkelijk niet voor de ambtenaar. Een zelfstandige verantwoordingsplicht van (top-)ambtenaren is bij de grondwetsherziening van 1983 overwogen, maar is niet aanvaard.⁶⁴

Nadere toelichting: De regering gaf aan dat een verantwoordingsplicht ongewenst en onnodig was onder meer omdat deze de verantwoording door de minister zou doorkruisen, en omdat de macht van ambtenaren dan onaanvaardbaar zou worden vergroot. Ook was niet duidelijk welke ambtenaar dan precies verantwoordelijk is voor welke uitkomst:⁶⁵ *“De redenen nu waarom wij een verantwoordingsplicht van ambtenaren aan het parlement afwijzen zijn, kort gezegd, dat wij deze ongewenst en - ook los van onze positieve opvatting over het bestaande stelsel van de ministeriële verantwoordelijkheid - onnodig achten.* (onderstreeping Stibbe) De regering meende bovendien dat de invoering van de Wet openbaarheid van bestuur (oud, nu Wet open overheid) verder zou bijdragen aan verantwoording van de regering.⁶⁶ Ook werd opgemerkt dat de ervaring leerde dat de “*loyale ambtenaar*” uit eigen beweging voldoende rekening houdt met de politieke verantwoordelijkheid

63 De minister-president legde het als volgt uit: *“Volgens het staatsbestel bestaan er geen ambtenaren. Er bestaan een minister en een staatssecretaris. En de leugen die wij met z'n allen overeind houden is dat zij met zijn tweeën op financiën [...] alles besturen. Dat is natuurlijk niet zo daarachter staan tienduizenden en tienduizenden ambtenaren. Maar het is de minister of staatssecretaris die verantwoordelijk is”*. Minister-president Mark Rutte bij de ondervraging van de POK, 26 november 2020 (na +/- 36 min).

64 Uit de wetsgeschiedenis (MvA) blijkt kort en goed dat de regering van mening was dat (i) de ministeriële verantwoordelijkheid goed functioneerde (en geen “fictie” was) (ii) de controlefunctie van het parlement niet pas dan adequaat is als deze *“rechtstreeks wordt uitgeoefend [...] op degene die daadwerkelijk van een bevoegdheid gebruik heeft gemaakt”*, en dat (iii) *“de omvang die dikwijls aan de ambtelijke macht wordt toegedicht niet moet worden overdreven”*. Zie Kamerstukken II 1980/81, 16035, nr. 8, p. 6.

65 Kamerstukken II 1980/81, 16035, nr. 8, p. 7.

66 Kamerstukken II 1980/81, 16035, nr. 8, p. 7: *“Een en ander neemt uiteraard niet weg – wij hebben dit standpunt reeds eerder verwoord – dat ambtenaren met toestemming van een bewindsman en in het algemeen ook in diens aanwezigheid, mondeling inlichtingen aan de kamers kunnen verstrekken. Ook wijzen wij er op, dat de invoering van de Wet openbaarheid van bestuur ertoe zal leiden, dat bijvoorbeeld alternatieven ten aanzien van ministeriële beleidsbeslissingen en verslaglegging over het gevoerde beleid meer in de openbaarheid zullen komen. Hierdoor zal het zich op en daarmee de mogelijkheid tot parlementaire controle op de beleidsvoorbereiding en –uitvoering worden vergroot.”*; Zie hierna meer over de relatie van artikel 68 Grondwet met de Wob/Woo (**paragraaf 3.3**).

van de bewindspersoon waarvoor hij werkt.⁶⁷ Overigens leggen ambtenaren natuurlijk wel verantwoording af binnen de ambtelijke organisatie tegen hun leidinggevenden, en uiteindelijk tegen de minister. Het kan voorkomen dat de minister moet aftreden vanwege ambtelijk falen.

3.3 Relatie artikel 68 Grondwet en persoonlijke beleidsopvattingen voor intern beraad uit Wob/Woo

De Wet openbaarheid van bestuur (“Wob”)/Wet open overheid (“Woo”) hebben tot doel de burger in de gelegenheid te stellen de bestuurlijke besluitvormingsprocessen in het heden en verleden te doorzien.⁶⁸ Het uitgangspunt is dat onder de overheid berustende informatie openbaar is.⁶⁹ Uitgangspunt is dat de Wob/Woo ook van toepassing zijn op interne documenten.⁷⁰ Voor dit advies is relevant dat zowel artikel 11 Wob als nu artikel 5.2 Woo in een *beperving* voorzien op de openbaarheid van informatie uit interne (beleids)documenten die bestemd zijn voor intern beraad.

Nadere toelichting: Artikel 11 Wob bepaalt: *“In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, wordt geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen”*. Dit artikel is ook in de Woo, in aangepaste vorm, opgenomen in artikel 5.2. In artikel 5.2 Woo is uitgewerkt wat wordt verstaan onder persoonlijke beleidsopvattingen: *“Onder persoonlijke beleidsopvattingen worden verstaan ambtelijke adviezen, visies, standpunten en overwegingen ten behoeve van intern beraad, niet zijnde feiten, prognoses, beleidsalternatieven, de gevolgen van een bepaald beleidsalternatief of andere onderdelen met een overwegend objectief karakter.”* In artikel 11 Wob en 5.2 Woo, tweede lid, is bepaald dat met het oog op *“een goede en democratische bestuursvoering”* over persoonlijke beleidsopvattingen wel informatie kan worden verstrekt *“in niet tot personen herleidbare vorm”*, of, bij toestemming van de

67 Kamerstukken II 1980/81, 16035, nr. 8, p. 7.

68 Kamerstukken II 1986/87, 19859, nr. 3, p. 11.

69 E.J. Daalder, Handboek openbaarheid van bestuur, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 313.

70 Zie ook ‘Barkhuysen’, in: T&C Algemene wet bestuursrecht 2023, art. 5.2 Woo.

betrokkene, wél in herleidbare vorm. In artikel 5.2 Woo is in aanvulling op de Wob toegevoegd dat wanneer documenten zijn opgesteld ten behoeve van formele besluitvorming van (onder meer) een minister, de persoonlijke beleidsopvattingen in principe wel openbaar worden gemaakt, “*tenzij het kunnen voeren van intern beraad onevenredig wordt geschaad*”. Dit is een uitbreiding ten opzichte van het regime onder de Wob.⁷¹

De relevantie van dit artikel 11 Wob (en artikel 5.2 Woo) is dat onder het premierschap van Mark Rutte dit artikel telkens is aangehaald om invulling te geven aan de verschoningsgrond “*in het belang van de staat*” (de zogenoemde “**Rutte-doctrine**”).⁷² In de praktijk leidde de toepassing van deze doctrine er onder meer toe dat leidinggevende ambtenaren hun medewerkers de nadrukkelijke instructie gaven bij de behandeling van politiek gevoelige onderwerpen ook geen schriftelijke aantekeningen te maken. Gevolg daarvan was dat bij onder meer de belastingdienst steeds minder beleidsoverwegingen schriftelijk werden en worden vastgelegd.⁷³

Deze doctrine en de uitwerking daarvan is recent ter discussie gesteld en ook door de regering gecorrigeerd. Dit wordt hierna nader besproken in **paragraaf 3.4**. Ook uit rechtspraak blijkt dat de relatie tussen openbaarmakingsregimes en artikel 68 Grondwet tot vragen leidt.⁷⁴

Wat ons betreft moet bij de relatie tussen artikel 68 en de Wob/

71 Voor milieu-informatie is ten slotte ook een ruimer openbaarmakingsregime geregeld in zowel Wob (artikel 11, vierde lid) als Woo (artikel 5.2, vierde lid) waarbij persoonlijke beleidsopvattingen worden afgewogen tegen het belang van openbaarmaking.

72 P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten? Inlichtingenplicht en parlementaire controle op grond van artikel 68 Gw rondom de toeslagenaffaire', NJB 2021/654, p. 692; 'Premier blijft ondanks toeslagenaffaire achter Rutte-doctrine staan: niet alles hoeft openbaar', Trouw 14 januari 2021.

73 Zie ook 'Ambtenaren schrijven zo niets meer op', NRC 19 januari 2021. In dat artikel waarschuwt bestuurskundige Paul Frissen ook dat meer transparantie over interne beleidsoverwegingen het effect zal hebben dat (nog) minder van de overwegingen zal worden genoteerd: “Op ministeries in Den Haag wordt druk overlegd over wat dit in de praktijk gaat betekenen. Bestuurskundige Paul Frissen kan dat nu al voorspellen. “Als ambtenaren weten dat alles in de openbaarheid kan komen, zullen ze niks meer gaan opschrijven”, zegt Frissen, bestuursvoorzitter van de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur (NSOB) en hoogleraar aan Tilburg University. Dit is kortom niet het einde van de Rutte-doctrine, zegt Frissen. Het is het begin ervan. “Dit soort maatregelen gaan de doctrine juist verstevigen.” Ook merkt Frissen op “dat ambtenaren in het Nederlandse bestuursmodel geen „verantwoordingsrecht” hebben: ze kunnen zichzelf niet publiekelijk verdedigen in situaties waarin om opheldering wordt gevraagd, zoals een minister of een arts die lid is van het OMT – „een burger” – dat wel kan. Meer transparantie en openbaarheid moet daarom ook gepaard gaan met meer bescherming van ambtenaren, vindt Frissen. En daarover zei Rutte vrijdag niets.”

74 Rb. Amsterdam 19 februari 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AF5337; Rb. Midden-Nederland 10 april 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1770; Rb. Midden-Nederland 10 juni 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2280.

Woo vooropgesteld worden dat het twee te onderscheiden ‘informatieregimes’ betreffen.⁷⁵ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State vat het als volgt samen:⁷⁶

“Artikel 68 van de Gw strekt ertoe dat het parlement mondeling of schriftelijk inlichtingen van de regering verkrijgt, opdat het parlement zijn controlefunctie kan uitoefenen. De verplichting tot het verschaffen van inlichtingen vloeit voort uit de in artikel 42, tweede lid, van de Gw vervatte ministeriële verantwoordelijkheid tegenover het parlement. Indien het oogmerk is dat een Kamer van de Staten Generaal wordt ingelicht, geschiedt openbaarmaking krachtens artikel 68 van de Gw. Zo heeft de Afdeling in de uitspraak van de Afdeling van 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:641, overwogen dat het in die zaak om informatie gaat, die in het kader van artikel 68 van de Gw was opgesteld en dat de staatssecretaris gehouden was die informatie op grond van die bepaling aan het parlement te verstrekken. De Wob was daarom niet van toepassing, aldus de Afdeling. De Wob strekt ertoe dat een bestuursorgaan informatie in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid openbaar maakt op verzoek van een ieder. De Wob heeft geen betrekking op de openbaarmaking van informatie in de verhouding tussen de minister en de staatssecretaris en het parlement. Artikel 68 van de Gw kan daarom niet aangemerkt worden als een bijzondere openbaarmakingsregeling die voorgeat op de Wob als algemene openbaarmakingsregeling.” (onderstreping Stibbe)

De beoordelingskaders van artikel 68 Grondwet en de Wob/Woo moeten dus zelfstandig worden beoordeeld.⁷⁷

Tegelijkertijd vermeldt de grondwetsgeschiedenis van artikel 68 Grondwet dat de weigeringsgronden van de Wob (nu Woo), zoals stukken opgesteld ten behoeve intern beraad (met daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen en tot personen herleidbare informatie), wel degelijk relevant kunnen zijn voor de weigeringsgrond ‘het belang van de staat’. Er wordt in de wetsgeschiedenis echter óók

75 Zie ook P.P.T. Bovend’Eert, H.R.B.M. Kummeling, S.A.J. Munneke & W. Voermans, factsheet: ‘De reikwijdte van artikel 68 Grondwet’ van januari 2020, p. 3.

76 ABRvS 28 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:911.

77 Zie ook Rb. Den Haag 29 maart 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:4008.

benadrukt dat dit niet tot een automatische weigering moet leiden.⁷⁸

3.4 Staatsrechtelijke praktijk en zienswijze omtrent de invulling van artikel 68 Grondwet

Hiervoor is gebleken dat de reikwijdte van de inlichtingenplicht niet precies afgebakend is en plaatsvindt in de 'staatsrechtelijke praktijk'. Ook bleek dat de enige verschoningsgrond (*'het belang van de staat'*) "*een zekere vaagheid*" kent. Hierna volgt een overzicht van belangrijke ontwikkelingen in de staatsrechtelijke praktijk. Daarbij ligt de nadruk op omgang met ambtenaren en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (van die ambtenaren).

3.4.1 1983-2002-2013: *regeringsnotitie 2002 als ijkpunt, terughoudendheid met de weigeringsgrond in het belang van de staat*

Vanaf de grondwetsherziening van 1983 en 1987 heeft de reikwijdte van de inlichtingenplicht herhaaldelijk ter discussie gestaan.⁷⁹ In 2002 heeft de regering duidelijkheid willen scheppen met de Notitie van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de Reikwijdte van artikel 68 Grondwet ("**Regeringsnotitie 2002**").⁸⁰

Deze notitie werd destijds als een verruiming van de invulling van de inlichtingenplicht gezien omdat de regering aangaf in principe alle door het parlement gevraagde stukken te overleggen, indien het parlement aangaf onvoldoende te zijn ingelicht.⁸¹ De regering gaf ook duiding aan de verschoningsgrond '*belang van de staat*'. Dit belang kan volgens de notitie gaan om bijvoorbeeld (i) de eenheid van de Kroon (ii) staatsveiligheid (iii) vertrouwelijk verstrekte bedrijfsinformatie (iv) bescherming van de persoonlijke levenssfeer (waaronder die van

78 Kamerstukken I 1979/80, 14225 (R 1051), nr. 57b, p. 2.

79 P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten? Inlichtingenplicht en parlementaire controle op grond van artikel 68 Gw rondom de toeslagenaffaire', NJB 2021/654, p. 691.

80 Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2.

81 P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten? Inlichtingenplicht en parlementaire controle op grond van artikel 68 Gw rondom de toeslagenaffaire', NJB 2021/654, p. 692.

ambtenaren), en (v) een verband met een strafrechtelijk onderzoek.⁸² Ten aanzien van ambtenaren werd het volgende overwogen:⁸³

“Op grond van artikel 11 van de Wob worden persoonlijke beleidsopvattingen opgenomen in stukken bestemd voor intern beraad, dat wil zeggen beraad binnen de overheid over een bestuurlijke aangelegenheid, in beginsel niet openbaar gemaakt. Het gaat zowel om beleidsopvattingen van bewindspersonen, ambtenaren en bestuurders als om die van externen die bij het interne beraad zijn betrokken. Het gaat hier dus niet om opvattingen van externen die zich op eigen initiatief tot een departement wenden, bijvoorbeeld met het oog op beïnvloeding van het beleid. De bescherming van die beleidsopvattingen houdt verband met het uitgangspunt dat de mogelijkheid moet bestaan om in vertrouwelijke sfeer van gedachten te kunnen wisselen. Het verstrekken van deze opvattingen zal zich in het algemeen niet verdragen met een goed functioneren van de departementen, de ministers en de ministerraad en kan het interne besluitvormingsproces ernstig verstoren. Voor een goede afweging van alle relevante aspecten is een gedachtewisseling in beslotenheid noodzakelijk, zoals ook de ministerraad in beslotenheid van gedachten wisselt. Persoonlijke beleidsopvattingen in interne stukken, zullen daarom ook wel aan het parlement kunnen worden onthouden, in uiterste instantie met een beroep op het belang van de staat. Onder omstandigheden zal wel informatie kunnen worden verstrekt in geobjectiveerde vorm. Benadrukt wordt dat het parlement wel inzicht dient te krijgen in alle relevante feiten en argumenten die aan het uiteindelijke beleid ten grondslag liggen. Voor zover interne stukken persoonlijke beleidsopvattingen van bewindspersonen bevatten, zal het verstrekken daarvan de eenheid van het regeringsbeleid kunnen aantasten. Aantasting van die eenheid is in het algemeen in strijd met het belang van de staat.” (onderstreping Stibbe)

82 In de recente Beleidslijn actieve openbaarmaking nota's 2022 is de (niet-limitatieve) lijst nog uitgebreid: “Veiligheid van de staat • Inlichtingen over stukken die figuren in strafrechtelijk onderzoek of dat hebben gedaan • Belang van inspectie, controle en toezicht • Vertrouwelijk verstrekte bedrijfsinformatie • Bescherming persoonlijke levenssfeer • Internationale en diplomatieke belangen • Financiële en economische belangen van de staat • Lopende onderhandelingen • Procesbelang van de staat • Eenheid van de Kroon • Eenheid van kabinetsbeleid • Gevraagde gegevens vallen onder een wettelijke geheimhoudingsplicht • Er zijn afspraken over de behandeling van gevraagde gegevens”.

83 Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2, p. 10.

De regering maakte wel ook duidelijk dat de afweging op grond van de Wob een andere is dan de afweging inzake de verschoningsgrond van artikel 68 Grondwet.⁸⁴ Er werd daarom terughoudend met de weigeringsgrond omgegaan. In de praktijk werden stukken voor intern beleid op grond van deze notitie doorgaans wél met het parlement gedeeld, waarbij de persoonlijke beleidsopvattingen werden weggelakt.

3.4.2 2013-2020: de Rutte doctrine, categorische weigering van stukken ten behoeve van intern beraad

Daarna gooidde de regering het echter over een andere boeg. Illusterend hiervoor is de brief van 18 november 2019 waarin de minister van BZK uitleg gaf bij de interpretatie van de regeringen Rutte van de inlichtingenplicht: *“Onder artikel 68 Grondwet is het staand kabinetsbeleid dat stukken die zien op intern beraad geen onderdeel worden gemaakt van het debat met de Kamer.”*⁸⁵ Ook legde de minister een verband tussen de Wob en artikel 68 Grondwet: *“Voor documenten die zien op intern beraad geldt dat er belangrijke staatsrechtelijke en bestuurlijke redenen zijn om niet over te gaan tot verstrekking daarvan.”* Later werd dit kabinetsbeleid de *“Rutte-doctrine”* genoemd tijdens de hoorzittingen van de POK.⁸⁶ Deze doctrine hield kort en goed in dat onder het premierschap van Mark Rutte (2013-heden⁸⁷) het verstrekken van documenten zeer terughoudend werd gedaan wanneer in de ogen van de regering sprake was van *“persoonlijke beleidsopvattingen”* bestemd voor intern

84 Kamerstukken II 2001/02, 28362, nr. 2: *“De afweging of in een concreet geval door het parlement of een individueel Kamerlid gevraagde inlichtingen met een beroep op de verschoningsgrond van art. 68 geweigerd dienen te worden, is een andere dan de afweging die in het kader van een informatieverzoek op grond van de Wob wordt gemaakt”*; Zie ook **paragraaf 3.3**.

85 Kamerstukken II 2019/20, 28362, nr. 23. Overigens had minister Donner in een voorgaand kabinet al een vergelijkbaar standpunt gebezigd: *“Daarom is in het kabinet opnieuw bevestigd dat het niet verstrekken van dit soort informatie – gegevens of stukken die bestemd zijn voor intern beraad – de enig juiste lijn is. Wordt die lijn niet gevolgd, dan kan de ministeriële verantwoordelijkheid niet meer functioneren. De inhoud van de adviezen is daarbij niet van belang; het gaat om het beginsel dat het niet verenigbaar is met het functioneren van de overheid als de stukken die intern worden gebruikt voor het proces van meningsvorming op enig moment openbaar worden en aan de Kamer worden verstrekt in het kader van artikel 68 van de Grondwet.”*; Zie Kamerstukken II 2005/06, 30000, nr. 29, p. 7.

86 ‘Premier blijft ondanks toelagenaffaire achter Rutte-doctrine staan: niet alles hoeft openbaar’, Trouw 14 januari 2021.

87 Bij het schrijven van dit advies was premier Rutte demissionair en niet voornemens nog terug te keren als premier.

beraad.⁸⁸ Er diende alleen inzicht te worden geboden in informatie die ten grondslag lag aan een kabinetsstandpunt, en niet in andere relevante feiten, risico's, of overwogen (beleids-)varianten voor zover die zijn neergeslagen in stukken bestemd voor intern beraad.⁸⁹

In de kern is het verschil tussen de Rutte-doctrine en de Regeringsnotitie 2002 dat de uitzonderingsgrond "*persoonlijke beleidsopvattingen in stukken voor intern beraad*" ertoe leidde dat onder premier Rutte die stukken in het geheel niet aan het parlement werden verstrekt, terwijl in de regeringsnotitie het uitgangspunt was dat deze stukken wel werden verstrekt maar dan zonder de daarin vervatte persoonlijke beleidsopvattingen. Onder het premierschap van Rutte leidde de informatievoorziening aan het parlement daarom ook in toenemende mate tot onvrede. Het parlement meende zich – kort en goed – onvoldoende ingelicht.⁹⁰

3.4.3 2020-2021: categorische weigering intern beraad en de toeslagenaffaire, roep om meer transparantie

In januari 2020 concludeerden vier hoogleraren die mede op verzoek van de Tweede Kamer onderzoek deden naar de inlichtingenplicht dat de regering met de Rutte-doctrine een verkeerde uitleg gaf aan artikel 68 Grondwet.⁹¹ Zij vatten de kern samen als volgt:

"1. Anders dan in de brieven van de minister van BZK uit 2002 en 2016, worden in de brief van 18 november 2019 de informatieplichten uit de Grondwet en Wet openbaarheid van bestuur (Wob) met elkaar verbonden, met name op het punt van het 'intern beraad.' En dat terwijl het hier gaat om informatieplichten met verschillende grondslagen, die in beginsel niets met elkaar van doen hebben. Bovendien hebben

88 Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag, 'Ongekend Onrecht', 17 december 2020, p. 29. Rutte zei daarover: "Ik ben van mening dat tussen ambtenaren onderling, en tussen ambtenaren en bewindslieden zolang er nog geen besluiten genomen zijn, stukken die daartussen rondgaan in de voorbereiding op besluiten – dan heb ik het niet over verslagen van vergaderingen maar dan heb ik het over besluitvorming die nog niet heeft plaatsgevonden – dat dat vrij moet kunnen. Dat is mijn opvatting".

89 G.M.W. Enthoven, Hoe vertellen we het de Kamer? Een empirisch onderzoek naar de informatierelatie tussen regering en parlement (diss. Tilburg), Eburon 2011, p. 216-224.

90 P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten? Inlichtingenplicht en parlementaire controle op grond van artikel 68 Gw rondom de toeslagenaffaire', NJB 2021 / 654, p. 692.

91 P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, S.A.J. Munneke & W. Voermans, factsheet: 'De reikwijdte van de inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet'.

Kamerleden recht op meer en andere informatie dan gewone burgers op basis van de Wob.

2. 'Intern beraad' kan op basis van art 68 Grondwet niet als een generieke afwijzingsgrond voor informatieverstrekking aan de Kamer of Kamerleden worden geaccepteerd.

3. Het betoog dat het onwerkbaar is om alle informatie die op basis van de Wob verstrekt wordt ook aan de Kamer te verschaffen doet merkwaardig aan. Immers, informatie die op basis van de Wob openbaar gemaakt wordt, is openbaar voor eenieder, dus ook voor de Kamer. Er kan vast een modus gevonden om de algemeen toegankelijke informatie ook voor Kamerleden toegankelijk te maken.

4. Het inlichtingenrecht strekt zich ook uit tot documenten. Zie de brief uit 2002. Dat lijkt in de brief van 2019 ten onrechte in twijfel te worden getrokken."

Op 20 februari 2020 nam de Tweede Kamer een motie Omtzigt c.s. aan waarin de regering werd verzocht terug te keren naar het regime onder de Regeringsnotitie 2002: stukken voor intern beraad moesten –ontdaan van de persoonlijke beleidsopvattingen – weer worden verstrekt.⁹²

Op 15 juni 2020 heeft de Afdeling advisering ongevraagd advies uitgebracht dat ziet op de ministeriële verantwoordelijkheid – wat ook relevant is voor de inlichtingenplicht van artikel 68 Grondwet.⁹³ De Afdeling advisering constateert dat er "*verwarring en onenigheid [blijkt] over de werking van de ministeriele verantwoordelijkheid*" die de controlerende rol van Kamerleden bemoeilijkt, de positie van ministers belast en ook ambtenaren onder druk zet.⁹⁴ De Afdeling constateert "*een incident gedreven en persoonsgerichte verantwoordingscultuur*" waarbij Kamerleden (al dan niet door eigen toedoen) "*dreigen (...) te worden overvoerd met grote hoeveelheden ongeordende informatie*", terwijl

⁹² Motie van het lid Omtzigt c.s. over verstrekken van interne stukken ontdaan van persoonlijke beleidsopvattingen, Kamerstukken II, 2019/20, 28362, nr. 27.

⁹³ Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 7.

⁹⁴ Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 2.

het de vraag is of zij “*daarmee echt zijn geholpen*”. De Afdeling advisering signaleert met nadruk dat deze cultuur en praktijk zijn weerslag heeft op de ambtelijke dienst. Ambtenaren worden regelmatig met naam en toenaam in de media en in de Tweede Kamer genoemd en verantwoordelijk gehouden voor wat er is misgegaan. Steeds vaker wordt hierdoor namelijk óók een onafhankelijke commissie ingesteld om onderzoek te doen naar het ambtelijk handelen, gaat het debat over niet afgeronde interne ambtelijke stukken en e-mails en komen ambtenaren met naam en toenaam in de publiciteit. Ambtenaren hebben hierdoor in toenemende mate gevoelens van onveiligheid en angst om fouten te maken. Dit leidt volgens de Afdeling ertoe dat kwalitatief hoogwaardige beleidsvoorbereiding en -uitvoering steeds verder in het gedrang raken. Bewindspersonen en ambtenaren gaan hierdoor immers “*risicomijdend gedrag*” vertonen en er is “*minder ruimte voor reflectie en tegenspraak*”. De Afdeling pleit daarom voor betere structurering van de informatievoorziening aan het parlement. Deze houdt volgens de Afdeling juist “*ontspanning*” in waarmee het parlement informeren in eerste instantie bondiger en overzichtelijker zou moeten plaatsvinden. De Afdeling leek daarmee afstand te nemen van de meer ruime benadering van de inlichtingenplicht in de Regeringsnotitie 2002.⁹⁵

Uit de reactie van de minister van BZK op 13 oktober 2020 bleek dat de regering zich met dit Advies enigszins gesterkt voelde in het regeringsbeleid (i.e. de Rutte-doctrine).⁹⁶ De minister reageert namelijk op het advies door te stellen dat een dialoog tussen kabinet, Kamerleden en ambtenaren over de inlichtingenplicht moet leiden tot meer wederzijds vertrouwen. Daarbij kan ook “*de (publieke) positie van topambtenaren*” aan de orde komen. Maar tegelijkertijd benadrukt de minister in de reactie wederom dat de “*ministeriële verantwoordelijkheid [...] ook het handelen van ambtenaren [omvat]*” en stelt de minister dat de regering wil “*dat ambtenaren te allen tijde vrijelijk kunnen adviseren en tegenspraak kunnen bieden*”. Ook is er volgens de minister – in het kader van de herziening van de Oekaze Kok - een duidelijke

⁹⁵ P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten? Inlichtingenplicht en parlementaire controle op grond van artikel 68 Gw rondom de toeslagenaffaire', NJB 2021/654, p. 694.

⁹⁶ Stcr. 2020, 52392.

verantwoordelijkheid van het parlement ten aanzien van ambtenaren: *“Het kabinet deelt het oordeel van de Afdeling dat zowel Kamerleden, bewindslieden en ambtenaren daarbij rolvast dienen te zijn en gedisciplineerd te werk moeten gaan. Dit betekent dat ambtenaren zich houden aan hun rol als ambtelijke professional en het ‘politieke handwerk’ aan hun Minister overlaten. Voor bewindslieden houdt dit in dat zij ruimte bieden maar ook met hun ambtenaren de rolverdeling afspreken om verrassingen te voorkomen. De implicatie voor Kamerleden is dat zij de ambtelijke rol respecteren en ambtenaren niet ‘afrekenen’.”* (onderstreepting Stibbe)

Op 17 december 2020 verscheen het verslag Ongekend Onrecht van de POK.⁹⁷ De POK constateerde dat de informatievoorziening aan de Tweede Kamer (ernstig) tekortschoot en dat het begrip ‘persoonlijke beleidsopvatting’ te ruim werd geïnterpreteerd en te ver is opgerekt.

In de kabinetsreactie van 15 januari 2021 op dit rapport wijzigde de regering radicaal van koers en gaf de regering aan *“alle relevante departementale beleidsnota’s openbaar te maken”* en *“radicaal [te kiezen] voor ruime informatievoorziening aan de Kamer”*. De regering zou *“de grond ‘persoonlijke beleidsopvattingen’ niet langer hanteren als invulling van de weigeringsgrond ‘belang van de staat’ uit artikel 68 Grondwet”*.⁹⁸ Wel wordt in de kabinetsreactie aangegeven dat het belang van de staat ook betrekking heeft op de privacy van personen.⁹⁹ Ook valt te lezen: *“indien een bewindspersoon voornemens is een stuk te weigeren met een beroep op het belang van de staat, zal de centrale juridische directie van het departement een zelfstandig oordeel over dit voornemen uitbrengen aan de minister”*.

3.4.4 2022-stand van zaken per december 2023: onzekerheid over de nieuwe openbaarheid

In een kamerbrief van 13 juni 2022 is opnieuw ingegaan op de zienswijze van de regering op de reikwijdte van artikel 68 Grondwet, mede naar

⁹⁷ Eindverslag parlementaire ondervragingscommissie kinderopvangtoeslag, ‘Ongekend Onrecht’, 17 december 2020.

⁹⁸ Brief regering aan de Tweede Kamer van 15 januari 2021, betreft Kabinetsreactie rapport ‘Ongekend onrecht’ (Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4).

⁹⁹ Kamerstukken II 2020/21, 35510, nr. 4, p. 17.

aanleiding van de kabinetsreactie op het rapport Ongekend Onrecht.¹⁰⁰ In die brief werd aangegeven dat “het kabinet [...] voornemens [was] de stap te zetten naar het aan het parlement verstrekken van departementale nota’s bij alle categorieën stukken die vanuit het kabinet aan uw Kamer worden gezonden. Om de uitvoerbaarheid te waarborgen, wordt deze stap gezet met ingang van Prinsjesdag 2022 (20 september 2022), de opening van het nieuwe parlementaire jaar”.

Ook werd een nieuwe versie van de Beleidslijn actieve openbaarmaking nota’s verstrekt. In de recente Beleidslijn actieve openbaarmaking nota’s 2022 is de (niet-limitatieve) lijst van voorbeelden in het belang van de staat uitgebreider dan in de Regeringsnotitie 2002. Genoemd worden i) inlichtingen over stukken die figureren in strafrechtelijk onderzoek of dat hebben gedaan ii) belang van inspectie, controle en toezicht iii) vertrouwelijk verstrekte bedrijfsinformatie iv) bescherming persoonlijke levenssfeer v) internationale en diplomatieke belangen vi) financiële en economische belangen van de staat vii) lopende onderhandelingen viii) procesbelang van de staat ix) eenheid van de Kroon x) eenheid van kabinetsbeleid xi) gevraagde gegevens vallen onder een wettelijke geheimhoudingsplicht en xii) er zijn afspraken over de behandeling van gevraagde gegevens.

Ook in de aangepaste Beleidslijn 2022 wordt ingegaan op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Er wordt onder andere gewezen op dat artikel 9 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (“AVG”) eraan in de weg staat dat bijzondere persoonsgegevens openbaar worden. Ook geldt volgens de Beleidslijn 2022 het volgende:

“Namen, functies en contactgegevens van ambtenaren worden niet opgenomen op de openbaar te maken nota’s. Omdat alle persoonlijke beleidsopvattingen worden verstrekt, brengt de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren met zich dat de namen en functies van alle ambtenaren worden weggelaten. Voor ambtenaren geldt dat hiermee zoveel mogelijk wordt voorkomen dat zij als gevolg van hun adviezen persoonlijk onderwerp worden in het politieke of

100 Kamerstukken II 2021/22, 28362, nr. 59.

mediadebat. Uitgangspunt is en blijft de grondwettelijke ministeriële verantwoordelijkheid. De minister is als enige beslissingsbevoegd en is daarom degene die daarover verantwoording aflegt richting het parlement en de samenleving. Dit geldt niet voor de ambtenaar. Uit de ambtelijke professionaliteit volgt dat het bestuur op een objectieve manier wordt geadviseerd en dat na besluitvorming de besluiten loyaal worden uitgevoerd. Een andere rol strookt niet met de professionele waarde van 'objectieve advisering'. Een ambtenaar moet bewindspersonen van verschillende politieke achtergronden kunnen dienen. Het stelsel van ministeriële verantwoordelijkheid gaat er tevens vanuit dat er één centraal aanspreekpunt is voor besluiten, in de persoon van de minister of staatssecretaris.

Het komt voor dat het, ondanks het niet openbaar maken van namen, functies en contactgegevens van ambtenaren, toch te achterhalen is welke ambtenaar verantwoordelijk is voor een bepaald advies. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer deze ambtenaar in het kader van zijn functie in contact is geweest met externe partijen. Dit is in beginsel geen reden om openbaarmaking verder te beperken dan de hiervoor al genoemde namen, functies en contactgegevens. Het is in uitzonderlijke gevallen echter denkbaar dat het openbaar worden van (een deel van) een beslisnota voor een betrokken ambtenaar naar verwachting zeer nadelig kan zijn, bijvoorbeeld vanwege voorziene bedreigingen richting de desbetreffende ambtenaar. In een dergelijke situatie dient de ambtenaar beschermd te worden en wordt (een gedeelte van) de nota niet openbaar." (onderstreept Stibbe)

Hieruit blijkt eveneens dat het persoonlijke belang van een ambtenaar onder omstandigheden wel kan meewegen in het openbaar maken van (delen van) ambtelijke nota's. Wanneer echter sprake is van "zeer nadelige" openbaarmaking, naast het geval van bedreigingen, is niet geheel duidelijk. Er moet in ieder geval zoveel mogelijk worden voorkomen dat zij als gevolg van hun adviezen persoonlijk onderwerp worden in het politieke of mediadebat, niet in de laatste plaats omdat niet zij maar de minister verantwoordelijk is.

Op 6 juni 2023 heeft de Werkgroep Informatieafspraken het rapport

Grip op informatie gepubliceerd.¹⁰¹ Daaruit blijkt onder meer dat de werkgroep niet tevreden is met de aanstelling van “parlementaire contactpersonen” bij alle departementen. Er is een kennelijke wens vanuit de werkgroep met Kamerleden om nog intensiever met ambtenaren in contact te treden. De ministeriële verantwoordelijkheid zou daaraan niet in de weg staan. Anderzijds lijkt ook dit in toenemende mate een ambtelijke verantwoordelijkheid in het leven te roepen.

Op 12 juni 2023 gaven wederom vier hoogleraren (in een andere samenstelling) een update na de verschillende beleidswijzigingen.¹⁰² Zij stellen daarin onder meer dat een categorische uitsluiting van ambtelijk opgestelde concepten niet grondwettelijk is.¹⁰³ Over het belang van de vrije ambtelijke meningsvorming stellen zij het volgende¹⁰⁴:

“Daarmee is niet gezegd dat aan het belang van een vrije ambtelijke meningsvormingen vertrouwelijke, voorafgaande gedachteswisselingen geen betekenis toekomt. Het is relevant om ook hier onderscheid te maken tussen concepten die de minister nog niet hebben bereikt en concepten die wel onderdeel van de ministeriële besluitvorming zijn gaan vormen. Bovendien kan ook hier het tijdsaspect een rol spelen. Zo is goed denkbaar dat het leerstuk van de aanvankelijke weigering ook hier kan worden toegepast, of dat, in uitzonderingsgevallen, het moment van informatieverstrekking van doorslaggevend belang is voor de weging of een ambtelijk concept aan de Kamer wordt toegezonden. Dat vraagt echter om een beoordeling in het concrete geval, en betekent bovendien niet dat dat concept niet alsnog op een later moment wel moet worden verstrekt. Een vrijwel categorische uitsluiting van ambtelijke concepten die onderdeel van de ministeriële besluitvorming zijn geweest, is dus niet verenigbaar met de huidige uitleg van artikel 68 Gw.” (onderstreping Stibbe)

101 De werkgroep Informatieafspraken is ingesteld naar aanleiding van de motie Leijten/Arib, die het Presidium verzocht een commissie of werkgroep vanuit de Kamer samen te stellen die mandaat heeft met de regering afspraken te maken over een aantal aspecten rondom de informatievoorziening door het kabinet aan de Kamer; Kamerstukken II 2020/21, 35752, nr. 11, aangenomen op 6 juli 2021.

102 P.P.T. Bovend'Eert, H. Broeksteeg, S.A.J. Munneke & J. Sillen, factsheet 'De reikwijdte van de inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet', 12 juni 2023.

103 P.P.T. Bovend'Eert, H. Broeksteeg, S.A.J. Munneke & J. Sillen, factsheet 'De reikwijdte van de inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet', 12 juni 2023, p. 11.

104 P.P.T. Bovend'Eert, H. Broeksteeg, S.A.J. Munneke & J. Sillen, factsheet 'De reikwijdte van de inlichtingenplicht van artikel 68 van de Grondwet', 12 juni 2023, p. 12.

In een Kamerbrief van 11 juli 2023 heeft de minister van BZK een voortgangsrapportage toegezonden inzake het rapport van de Venetiëcommissie van 18 oktober 2021 waarin aan de regering een aantal aanbevelingen werden gedaan ten behoeve van de versterking van de rechtsstaat.¹⁰⁵ Aanbevelingen 4, 7, 12 en 13 betroffen de toegang tot informatie. Ten aanzien van deze aanbevelingen bevestigt de minister nog eens dat “*in beginsel bij alle Kamerstukken de bijbehorende beslisnota’s openbaar [worden] gemaakt*”:

“Hiertoe worden sinds Prinsjesdag 2022 in beginsel bij alle Kamerstukken de bijbehorende beslisnota’s openbaar gemaakt. Deze maatregel vult de werkwijze verder aan die sinds 1 juli 2021 geldt, waarbij bij Kamerstukken over wetgeving en bij beleidsvormende brieven aan de Kamer de onderliggende beslisnota’s worden meegestuurd. Hiermee wordt beoogd meer openheid te geven over de afwegingen die ten grondslag liggen aan het beleid. In deze nota’s worden persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren bovendien niet meer gelakt. Op deze wijze zijn al duizenden beslisnota’s aan uw Kamer verstrekt. Daarnaast is het sinds oktober 2020 kabinetsbeleid dat gerichte verzoeken om specifieke documenten vanuit de Kamer worden gehonoreerd.” (onderstreping Stibbe)

3.5 Tussenconclusie uitleg artikel 68 Grondwet

In de loop der jaren is er veel discussie geweest over de interpretatie van artikel 68 Grondwet door de regering. Hoewel de weigeringsgrond intern beraad van de Wob/Woo en de ministeriële verantwoordelijkheid niet categorisch kunnen worden gelijkgesteld met de reikwijdte van artikel 68 Grondwet, kunnen de onderliggende redenen gebruikt worden voor de invulling van de open verschoningsgrond “*in het belang van de staat*”. Gezaghebbende bronnen, waaronder Tweede Kamerleden zelf, zijn het er echter over eens dat de regering de voornoemde redenen in het verleden te vaak en te categorisch heeft opgeworpen om niet te voldoen aan de inlichtingenplicht.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 2022/23, 29279 (rechtsstaat en rechtsorde); Kamerstukken II 2022/23, 35510 (parlementaire ondervraging kinderopvangtoeslag), nr. 809; The Netherlands – Opinion on the Legal protection of Citizens, bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 35510, nr. 85.

Nu is de trend dat zowel de regering als Kamerleden streven naar maximale openheid en verantwoording jegens het parlement, ook wat betreft de persoonlijke beleidsopvattingen en rol van ambtenaren. De regering heeft ook nieuw beleid gevormd waarbij is besloten persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren, zowel in beslisnota's bij Kamerbrieven als in concepten van die nota's, in principe aan het parlement openbaar te zullen verschaffen, met in beginsel alleen hun persoonsgegevens gelakt. Als in de stukken tot de ambtenaar herleidbare informatie staat, leidt dit er alleen in uitzonderlijke nadelige gevallen toe dat deze stukken niet openbaar worden gemaakt.

Dit is een nieuwe visie die volgens ons afwijkt en verstrekkender is dan de invulling van de inlichtingenplicht ooit is geweest. Ook gaat deze invulling verder dan noodzakelijk is op grond van uiteengezette visies van de verschillende hoogleraren. Hoewel ook volgens ons het categorisch weigeren van documenten met persoonlijke beleidsopvattingen voor intern beraad (Rutte-doctrine) op gespannen voet staat met artikel 68 Grondwet, staat de nieuwe wens van de Tweede Kamer en het beleid van de regering voor radicale transparantie daar weer (te) diametraal tegenover. Deze invulling van de informatieplicht staat volgens ons óók op gespannen voet met artikel 68 Grondwet, namelijk doordat die invulling niet in het belang is van de staat.

Dat vanuit de Kamer er een wens bestaat naar nog intensiever en direct zicht op ambtenaren is volgens ons met de huidige kaders een groot risico voor ambtenaren. Hun positie wordt in toenemende mate ter discussie gesteld, zij worden met naam en toenaam in de media en in de Kamer genoemd en in toenemende mate met de gevolgen daarvan geconfronteerd, terwijl ministers het daarbij niet altijd voor hun ambtenaren opnemen en zij zelf geen positie in de politieke arena horen te hebben. Bovenal blijkt dat deze trend risicomijdend gedrag als gevolg heeft, in de vorm van minder verslaglegging en

minder ruimte voor reflectie en tegenspraak.¹⁰⁶ De bescherming van de vrije gedachtenvorming van ambtenaren zoals het faciliteren van reflectie en tegenspraak en de verslaglegging daarvan en het feit dat er staatsrechtelijk niet in ambtelijke politieke verantwoordelijkheid is voorzien, kunnen in onze ogen gezamenlijk evenwichtige redenen vormen om inlichtingen te weigeren. Ook dat is in het belang van de staat. Daarnaast lijkt het nieuwe beleid te veel af te doen aan de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren, de positie van ambtenaren als werknemer en het goed werkgeverschap ten aanzien van ambtenaren. Hierop zal hierna nader worden ingegaan in **paragraaf 4** en **paragraaf 5**. Ook dit kan worden gebruikt als redenen om de verschoningsgrond in het belang van de staat in te vullen.

¹⁰⁶ Ongevraagd advies Afdeling Advisering over ministeriële verantwoordelijkheid, bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 35300, nr. 78, p. 24-25, onder verwijzing naar 'Rutte boos over uitspraken over ambtenaren', binnenlandsbestuur.nl, 22 januari 2022.

4 Analyse wanneer is de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in het geding?

De verschoningsgrond in 'het belang van de staat' kan worden ingevuld met het gegeven dat het niet verstrekken van informatie van belang kan zijn voor de bescherming van het recht op respect voor de persoonlijke levenssfeer.¹⁰⁷ Zoals gezegd ziet deze grond volgens ons ook op openbaarmaking van bepaalde informatie zoals persoonsgegevens en tot de persoon herleidbare informatie van ambtenaren.¹⁰⁸ Van belang voor dit advies is dus de vraag wanneer de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren in het geding is.

Ook ambtenaren hebben op grond van artikel 10 Grondwet recht op een eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op grond van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens ("EVRM") een vergelijkbaar recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven.¹⁰⁹ In de wetsgeschiedenis van (artikel 68 van) de Grondwet wordt voor zover wij konden nagaan echter niet ingegaan op de vraag wanneer precies sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren. Daarom kijken we hier naar analogie naar het systeem van de AVG¹¹⁰ en de rechtspraak van de Wob/Woo.

Relevant is dat persoonsgegevens door de AVG aangeduid zijn als: *“alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon („de betrokkene”); als identificeerbaar wordt beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identicator zoals een naam, een identificatienummer, locatiegegevens,*

¹⁰⁷ Zie Kamerstukken II 1967/77, 14225 (R 1051), nr. 3, p. 5.

¹⁰⁸ Politieke gedragingen en uitspraken van “hooggeplaatste politieke personen” die aan politieke controle onderworpen zijn, kunnen volgens de Grondwetgever niet met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer achterwege blijven. Kamerstukken II 1978/79, 14225 (R 1051), nr. 7, p. 7-8.

¹⁰⁹ Een ambtenaar (civil servant) geniet ook op zijn werkplek bescherming van artikel 8 EVRM: EHRM 3 april 2007, nr. 62617/00 (Copland t. Verenigd Koninkrijk), par. 48-49; EHRM 25 juni 1997, nr. 20605/92, (Halford t. Verenigd Koninkrijk), par. 51.

¹¹⁰ Openbaarmaking van persoonsgegevens om te voldoen aan de inlichtingenplicht van artikel 68 Grondwet kan mogelijk worden geduid als een informatieverstreking die is toegestaan op grond van art. 6 lid 1 aanhef en sub c AVG. Deze grond houdt in dat de verwerking noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust, in dit geval artikel 68 Grondwet.

een online identifier of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon.” Informatie is herleidbaar tot een natuurlijke persoon wanneer deze informatie op zichzelf en in combinatie met andere informatie zonder onevenredige inspanning is te herleiden tot een persoon.¹¹¹ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft geoordeeld dat bij deze beoordeling of sprake is van indirecte herleidbaarheid tot een persoon, een rol kan spelen of het unieke details betreft binnen het geheel van omstandigheden waarin de identificeerbare persoon verkeert of heeft verkeerd, dan wel of het een samenstel van gegevens betreft dat onmiskenbaar naar die persoon verwijst.¹¹²

Er wordt weleens gedacht dat namen of tot personen herleidbare informatie van ambtenaren in hun geheel niet voor openbaarmaking in aanmerking komen. Dat is echter niet het geval.¹¹³ Bij de Wob/Woo wordt telkens naar een belangenafweging gekeken.

Het is vaste rechtspraak onder de Wob/Woo dat het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zich in beginsel verzet tegen openbaarmaking van namen van medewerkers die niet wegens hun functie in de openbaarheid treden. Dit wordt mogelijk anders wanneer de indiener van het desbetreffende verzoek aannemelijk heeft gemaakt dat het belang van de openbaarheid in een concreet geval zwaarder weegt.¹¹⁴ De stelling van een verzoeker dat hij de naam van een medewerker nodig heeft voor het doen van aangifte bij de politie, maakt niet dat het belang van algehele openbaarheid zwaarder weegt dan het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren.¹¹⁵ In dat kader is relevant dat openbaarmaking is bedoeld voor een ieder, niet voor één iemand.

111 ABRvS30 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8937; Rb. Noord-Holland 28 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:4520.

112 ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2622.

113 ABRvS 1 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2060.

114 ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:321.

115 ABRvS 2 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2022:640, AB 2022/118, m.nt. P.J. Stolk.

Functionarissen die vanwege hun functie al in de openbaarheid treden, komt minder tot geen bescherming meer toe.¹¹⁶ Openbaarmaking van informatie over beroepsmatig handelen van deze personen wordt in beginsel niet geweigerd ter eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Wanneer men in de openbaarheid treedt wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Dit is onder meer afhankelijk van de mate waarin de betreffende functie gericht is op het externe functioneren van een orgaan en van het niveau waarop de betrokkene binnen de organisatie werkzaam is.¹¹⁷

Welke ambtenaren precies een publieke functie hebben, is daarom lastig te bepalen. In de rechtspraak worden in ieder geval bestuurders en directeuren en persvoorlichters als zodanig erkend.¹¹⁸ In enkele gevallen zijn ook erkend een klachtcoördinator en secretaris van een klachtencommissie die aanwezig zijn bij openbare zittingen van een klachtencommissie,¹¹⁹ namen van officieren van justitie in een concrete strafzaak,¹²⁰ en ambtenaren die krachtens mandaat een besluit ondertekenen.¹²¹

In de rechtspraak vonden wij ook een aantal interessante voorbeelden van functionarissen die volgens de Afdeling *niet* in de openbaarheid treden. Het feit dat persoonsnamen in een vakblad verschijnen, is onvoldoende grond om te beweren dat ambtenaren dit doen in het kader van hun functie in de openbaarheid.¹²² Datzelfde geldt voor ambtenaren die op LinkedIn actief zijn of voor ambtenaren die voorkomen op een website¹²³ en voor ambtenaren die incidenteel in een kranten- of internetartikel hebben gestaan.¹²⁴ Ook de omstandigheid dat een medewerker van een bestuursorgaan een symposium heeft

116 ABRvS 12 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5104, AB 2009/383, JB 2009/231; ABRvS 3 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL1844; ABRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4235, Gst. 2011/7; ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA2883, AB 2013/288; ABRvS 6 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3002.

117 Bijlage bij Kamerstukken I 2021/22, 33328, AB, p. 91.

118 ABRvS 17 november 2010, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5104; ABRvS 12 augustus 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5104.

119 ABRvS 11 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:59.

120 ABRvS 5 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3927.

121 ABRvS 12 juni 2013, ECLI:NL:2013:CA2883.

122 ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:616.

123 ABRvS 25 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3253.

124 ABRvS 27 februari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:642.

bezocht, maakt niet dat deze medewerker uit hoofde van zijn functie in de openbaarheid treedt.¹²⁵

Ook blijkt uit de rechtspraak dat gegevens uit de openbaarheid moeten blijven wanneer openbaarmaking zou leiden tot een veiligheidsrisico voor betrokkenen.¹²⁶ Er moet dan wel aannemelijk gemaakt worden dat er een concreet en actueel risico bestaat dat er negatieve gevolgen uit de openbaarmaking voort kunnen vloeien, bijvoorbeeld omdat er “*maatschappelijke weerstand*” bestaat tegen een specifiek beleid(sdoel).¹²⁷

Concluderend is de definitie van persoonsgegevens breed, en niet beperkt tot bijvoorbeeld categorieën als geslacht, leeftijd, namen. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer ziet op de openbaarmaking van het brede scala aan persoonsgegevens. Persoonsgegevens kunnen echter openbaar worden, ook zonder dat er strijd is met de rechten die worden beschermd door artikel 8 en 10 EVRM. Zo komt een functionaris die vanwege zijn functie in de openbaarheid treedt minder bescherming toe. Uit rechtspraak blijkt echter dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat ambtenaren vanwege hun functie in de openbaarheid treden. Onzes inziens zou in het licht van de ministeriële verantwoordelijkheid (en de afwezigheid van een ambtelijke verantwoordelijkheid) de overheid bij de invulling aan de informatieplicht en het openbaar maken van stukken in beginsel de persoonsgegevens van *alle* ambtenaren geheim moeten houden die niet in de openbaarheid treden. Alleen in bijzondere gevallen en wanneer daarom verzocht wordt zouden persoonsgegevens van ambtenaren met een (niet zonder meer op voorhand duidelijke) publieke functie met inachtneming van een grondige belangenafweging openbaar gemaakt moeten worden. Dit zou bovendien pas moeten gebeuren nadat de betrokken ambtenaar daarop zijn zienswijze heeft kunnen geven. Dit zou in ieder geval als stelregel kunnen worden overwogen.

125 ABRvS 27 november 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3985

126 ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1903; ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1647.

127 ABRvS 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1903; ABRvS 15 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1647.

5 Analyse juridische positie van ambtenaren binnen het arbeidsrecht

Zoals gezegd kan de verschoningsgrond *'in het belang van de staat'* worden ingevuld door diverse staatsbelangen. Wij menen dat ook het goed werkgeverschap van de staat jegens ambtenaren hierbij een rol dient te spelen. Hierbij zou dan rekening moeten worden gehouden met de verschillende normen die volgen uit het arbeidsrecht. Daarom worden hierna de volgens ons daartoe relevante normen uiteengezet.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (hierna: "**Wnra**") per 1 januari 2020, is de aanstelling van de meeste ambtenaren van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst, waardoor zij werknemers zijn geworden en op hen het reguliere arbeidsrecht van toepassing is geworden. Dit geldt ook voor de (meeste) werknemers van het Ministerie van Financiën.¹²⁸ Hiermee werd echter niet beoogd een eind te maken aan het eigen karakter van het ambtenaar zijn.¹²⁹ Ook de Ambtenarenwet 2017 blijft relevant, waarin specifieke normen zijn opgenomen die verband houden met het bijzondere karakter van werken voor een overheidswerkgever. Dit maakt dat voor het bepalen van de rechtspositie van (o.a.) de werknemers van het Ministerie van Financiën niet alleen naar het reguliere arbeidsrecht moet worden gekeken, maar ook naar de specifieke normen voor ambtenaren uit het 'ambtenarenrecht' en in het bijzonder de Ambtenarenwet 2017. Daarom wordt hierna in de eerste instantie ingegaan op de relevante normen uit het reguliere arbeidsrecht (**paragraaf 5.1**) en daarna op de relevante normen uit het ambtenarenrecht (**paragraaf 5.2**).

128 Dit volgt uit artikel 3 Ambtenarenwet 2017; de werknemers van het Ministerie van Financiën zijn hier niet uitgezonderd.

129 Kamerstukken II 2010/11, 32550, nr. 6, p 1.

5.1 Analyse relevante normen arbeidsrecht

5.1.1 Goed werkgeverschap (artikel 7:611 BW)

De eerste arbeidsrechtelijke norm die relevant is bij de beoordeling van de rechtspositie van ambtenaren is het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW. Van een werkgever en een werknemer wordt verwacht dat zij zich tegenover elkaar gedragen als goed werkgever en goed werknemer.

Het goed werkgeverschap brengt met zich mee dat de werkgever in rechte voor de belangen van werknemers kan opkomen. Dit blijkt uit een arrest van de Hoge Raad, waarin Rabobank als werkgever op kwam voor haar (oud)-werknemers die in een publicatie over Rabobank op een negatieve manier bij naam genoemd werden.¹³⁰ Een werkgever kan volgens de Hoge Raad in dit geval op basis van twee gronden een vordering instellen ter bescherming van zijn werknemers: ten eerste op grond van het belang dat hij zelf heeft bij bescherming van zijn werknemers en ten tweede ter bescherming van de betrokken werknemers op basis van het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW.

In bepaalde situaties kan het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW zelfs meebrengen dat een werkgever voor de belangen van de werknemers moet opkomen en deze belangen dient te beschermen. Dit volgt ook uit rechtspraak, ook wanneer het gaat om overheidswerkgevers. Zo kwam in een uitspraak van de Rechtbank Zutphen de Politieregio als werkgever op voor de belangen van haar werknemers in het kader van negatieve uitingen op internet.¹³¹ De rechter overwoog dat op de Politieregio de verantwoordelijkheid rust om te zorgen voor een werkomgeving waarin de politieambtenaren ongestoord hun werk kunnen doen. Wij verwijzen in dit kader ook nog naar een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant, waarin de gemeente Tholen opkwam voor de belangen van haar

¹³⁰ HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:569.

¹³¹ Rb. Zutphen 1 juni 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM6266.

werknemers nadat in een openbare brief ernstige beschuldigingen jegens hen waren geuit.¹³²

Eenzelfde soort oordeel gaf de Rechtbank Gelderland in een uitspraak waarin de Belastingdienst opkwam voor individuele medewerkers tegen wie ernstige beschuldigingen waren geuit die leidden tot de aantasting van hun eer en goede naam alsmede tot ontoelaatbare inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer.¹³³ Het belang dat de Belastingdienst had bij het beschermen van de ambtenaren prevaleerde boven het belang van de gedaagde om zich in het openbaar kritisch uit te laten over vermeende misstanden. Met name van belang was hierbij dat er voor deze gedaagde ook andere wegen open stonden om zijn onvrede kenbaar te maken. Hetzelfde kan gezegd worden voor Kamerleden die bijvoorbeeld via Twitter bepaalde informatie bekend maken die individuele ambtenaren direct kan raken. Kamerleden hebben uiteraard een grotere vrijheid om hun standpunten publiek te maken, maar wij zien valide redenen om deze uitingsvrijheid, in lijn met de bovenstaande argumenten van de Rechtbank, in te perken indien het gaat om informatie die vertrouwelijk is verkregen of indien het gaat om informatie die direct herleidbaar is tot individuele ambtenaren.

Uit de bovenstaande rechtspraak kan in ieder geval worden afgeleid dat een werkgever de eer en goede naam van de werknemers redelijkerwijs dient te beschermen.

5.1.2 Aansprakelijkheid als werkgever (artikel 7:661 BW)

De volgende relevante arbeidsrechtelijke norm is de werkgevers-aansprakelijkheid ex artikel 7:661 BW. Op grond van dit artikel geldt als hoofdregel dat een werkgever aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van de arbeidsovereenkomst veroorzaakt. Daarbij is het niet relevant of de schade is veroorzaakt bij de werkgever zelf of een derde. De werknemer is slechts in uitzonderlijke omstandigheden zelf aansprakelijk voor de veroorzaakte schade.

132 Rb. Zeeland-West-Brabant 8 april 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:1751.

133 Rb. Gelderland 24 juli 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5589.

De strekking achter 7:661 BW is duidelijk gemaakt door het Hof Den Haag: *“Het blijktens lid 2 dwingendrechtelijke art. 7:661 BW strekt ertoe dat de werknemer als sociaaleconomisch zwakkere (behoudens opzet of bewuste roekeloosheid) niet de lasten van zijn onzorgvuldige taakuitoefening behoort te dragen, mede gezien het ervaringsfeit dat in de praktijk van alledag niet steeds de benodigde voorzichtigheid in acht genomen wordt. Het is integendeel de werkgever die de lusten én de lasten van de opgedragen werkzaamheden draagt.”*¹³⁴ Dit impliceert ook dat de werkgever zijn werknemers in bescherming moet nemen als er iets fout gaat.

5.1.3 Arbeidsomstandighedenwet

Een werkgever dient voorts op grond van de Arbeidsomstandighedenwet te zorgen voor een veilige en gezonde werkomgeving. Deze verplichting omvat onder meer dat een werkgever op grond van artikel 3 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet een beleid moet voeren dat gericht is op voorkoming, en indien dat niet mogelijk is de beperking, van psychosociale arbeidsbelasting. Onder psychosociale arbeidsbelasting wordt verstaan alle factoren die in de arbeidssituatie stress veroorzaken. Het gaat hier om een belangrijke en vergaande zorgplicht; als de werkgever deze zorgplicht schendt dan kan een werknemer die schade lijdt als gevolg hiervan de werkgever aansprakelijk stellen op grond van artikel 7:658 BW.¹³⁵

Toegespitst op de hier voorliggende problematiek brengt de zorgplicht uit de Arbeidsomstandighedenwet naar onze mening mee dat een werkgever maximaal moet voorkomen dat de werknemers worden afgerekend op gemaakte fouten. Wanneer bij fouten van de overheid informatie op zodanige manier wordt vrijgegeven dat deze tot individuele ambtenaren te herleiden is, kan dit immers extra stress opleveren in de werksituatie.

134 Hof Den Haag 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN5904.

135 Ook het College voor de Rechten van de Mens hanteert een vergaande zorgplicht voor werkgevers. Zie bijvoorbeeld C2004-128, C2021-31 en C2023-42.

5.2 Analyse relevante normen ‘ambtenarenrecht’

5.2.1 Verzuimde integriteitseisen voor ambtenaren

(art. 4 Ambtenarenwet 2017)

Voor werknemers van overheidswerkgevers geldt op grond van de Ambtenarenwet 2017 een hogere integriteitsmaatstaf dan voor ‘reguliere’ werknemers. Dit volgt uit artikel 4 Ambtenarenwet 2017 (overheidswerkgevers moeten een integriteitsbeleid voeren) en uit artikel 6 Ambtenarenwet 2017 (de plicht om als goed ambtenaar te handelen). Ook hebben ambtenaren een beperkte uitingvrijheid, op grond van artikel 9 en 10 Ambtenarenwet.¹³⁶ De hogere integriteitsmaatstaf voor ambtenaren is herhaaldelijk bevestigd in de rechtspraak.¹³⁷ De integriteitseisen voor ambtenaren zijn verder vormgegeven in de Gedragscode Integriteit Rijk. Van een ambtenaar wordt ambtelijk vakmanschap verwacht: het werk moet goed, betrokken en gewetensvol worden gedaan. Verwacht wordt dat een ambtenaar eigen verantwoordelijkheid neemt en bereid is om zijn of haar keuzes vooraf of achteraf te laten toetsen.¹³⁸ Die eigen verantwoordelijkheid moet echter niet worden verward met een verantwoordingsplicht naar het parlement. Zoals hiervoor uitgebreid uiteen is gezet (**paragraaf 3**), is de minister grondwettelijk verantwoording verplicht richting het parlement. Van ambtenaren wordt ‘slechts’ verwacht dat zij integer en verantwoordelijk hun werk doen, en zich verantwoorden binnen de ambtelijke hiërarchie, en uiteindelijk jegens de minister. In de Gedragscode Integriteit Rijk wordt dit ook benadrukt. Zo kunnen ambtenaren wel degelijk functionele contacten hebben met Kamerleden, maar moet in dat geval altijd de ministeriële verantwoordelijkheid worden gerespecteerd. Het “*is immers de bewindspersoon [...] die verantwoording aflegt aan de Kamer over het gevoerde beleid*”. De uitgangspunten voor contacten met Kamerleden in de Gedragscode Integriteit Rijk zijn: (i) vraag vooraf toestemming, dit geldt ook voor vaktechnische briefings en (ii)

136 Zie ook ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’, Handreiking voor medewerkers en leidinggevenden, Den Haag 13 december 2023.

137 Zie o.a. Rb. Limburg 27 mei 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:5624; Rb. Rotterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7219; Rb. Rotterdam 29 september 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:9378; Hof ‘s-Hertogenbosch 8 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1052; Rb. Noord-Holland 17 maart 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:2965.

138 Stcrt. 2019, 71141, p. 4.

verstrek alleen feitelijke informatie: uit geen persoonlijke meningen of beleidsopvattingen en leg geen verantwoording af over gevoerd beleid.¹³⁹

Tegenover de hogere integriteitsmaatstaf voor ambtenaren staat naar onze mening een plicht voor overheidswerkgevers om hun werknemers in staat te stellen aan deze hogere integriteitsmaatstaf te voldoen. Uit de Gedragscode Integriteit Rijk volgen ook voor de overheidswerkgever diverse verplichtingen. Allereerst moet een goede overheidswerkgever zich ten opzichte van zijn ambtenaren behoorlijk gedragen, geen misbruik maken van bevoegdheden, de rechten en het privéleven van ambtenaren respecteren en zorgen voor goede arbeidsomstandigheden en een veilige werkomgeving.¹⁴⁰ Met name de plicht om het privéleven van ambtenaren te respecteren en de plicht om voor een veilige werkomgeving te zorgen zijn hier relevant. Deze verplichtingen brengen mee dat een overheidswerkgever zich moet inspannen om een inbreuk op het privéleven van ambtenaren te voorkomen en de anonimiteit van ambtenaren naar de buitenwereld moet beschermen. Deze plichten zouden overigens nog duidelijker in de Gedragscode Integriteit Rijk en/of de CAO Rijk kunnen worden opgenomen.

Ook is het de verantwoordelijkheid van een goed overheidswerkgever om een ambtenaar waar mogelijk tegen integriteitsrisico's te beschermen.¹⁴¹ Dit is met name zo bij kwetsbare functies, namelijk de functies waar je extra zichtbaar bent als ambtenaar, waarin je werkt met gevoelige informatie of wanneer je gelijktijdig over hetzelfde onderwerp betrokken raakt bij zowel advisering als controle.

139 Stcrt. 2019, 71141, p. 17: "Om de ministeriële verantwoordelijkheid te waarborgen, verlopen contacten tussen Kamerleden en ambtenaren zo veel mogelijk in aanwezigheid van de bewindspersoon en beslist de minister bij verzoeken om contacten met ambtenaren. Je kunt als ambtenaar gevraagd worden om achtergrondinformatie geven in de vorm van vaktechnische briefings. Ook hiervoor geldt dat je je beperkt tot het verstrekken van informatie van feitelijke aard. Je legt geen verantwoording af over het gevoerde of te voeren beleid; dit is aan de minister. Het geven van een briefing doe je alleen na akkoord van de minister en in overleg met de collega's van Voorlichting/Communicatie en de parlementaire contactpersoon."

140 Stcrt. 2019, 71141, p. 3.

141 Stcrt. 2019, 71141, p. 28.

5.2.2 Wettelijke geheimhoudingsplicht (artikel 9 Ambtenarenwet 2017)

Voor ambtenaren geldt een wettelijke geheimhoudingsplicht. Deze wettelijke geheimhoudingsplicht is neergelegd in artikel 9 Ambtenarenwet 2017. Artikel 10 Ambtenarenwet 2017 voegt hieraan toe dat een ambtenaar zich moet onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens indien door de uitoefening van deze rechten de goede vervulling van zijn functie of de goede functionering van de openbare dienst niet in redelijkheid is verzekerd. Het schenden van de geheimhoudingsplicht kan voor ambtenaren een grond voor ontslag opleveren. Zo werd het herhaaldelijk schenden van de geheimhoudingsplicht door een werknemer van de Belastingdienst gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen, omdat naleving van de geheimhoudingsplicht essentieel is voor het waarborgen van het vertrouwen dat burgers en ondernemingen in de Belastingdienst mogen stellen.¹⁴² Ook bij een werknemer van de gemeente Den Haag werd verwijtbaar handelen aangenomen wegens het verstrekken van informatie aan een derde, omdat een ambtenaar zich bewust dient te zijn van zijn beroepsgeheim en zorgvuldig dient om te gaan met vertrouwelijke informatie.¹⁴³

Voor ambtenaren die werken bij de Belastingdienst geldt zelfs een dubbele geheimhoudingsplicht: zowel onder artikel 9 Ambtenarenwet 2017 als onder artikel 67 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (AWR). In de Memorie van Toelichting is deze geheimhoudingsplicht bij artikel 67 AWR als volgt toegelicht: *“Gelet op de ruime wettelijke bevoegdheden die de Belastingdienst heeft om, soms privacy-gevoelige, informatie over belastingplichtigen te verzamelen, is de betekenis van de geheimhoudingsplicht groot. Naast het algemene belang van bescherming van persoonsgegevens gaat het om het belang dat personen niet van het verstrekken van gegevens aan de Belastingdienst moeten worden weerhouden door de vrees dat die gegevens voor andere doeleinden worden gebruikt dan voor een juiste en doelmatige uitvoering van de belastingwet.”*¹⁴⁴ De Staatssecretaris van Financiën heeft op 16 mei 2012 een notitie

142 Rb. Den Haag 25 november 2020, beschikking Rep.nr.: 8657570 (niet gepubliceerd).

143 Rb. Den Haag 29 september 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:9928.

144 Kamerstukken II 2005/06, 30322, nr. 3, p. 12.

geschreven over de verhouding tussen artikel 68 GW en artikel 67 AWR.¹⁴⁵ Hieruit blijkt dat de fiscale geheimhoudingsplicht in beginsel niet aan het beantwoorden van een verzoek tot inlichtingen aan de Kamer in de weg staat. Daarentegen kunnen individuele ambtenaren vrijwel niet uit de geheimhoudingsplicht ontheven worden. Door deze verstrekkende geheimhoudingsplicht worden de ambtenaren bij de Belastingdienst bekneld in hun mogelijkheden zich te verweren. Ze hebben niet de mogelijkheid zich te mengen in het debat in de media en kunnen daardoor geen weerleggingen geven op de standpunten die door Kamerleden of bewindslieden worden ingenomen, ook als deze feitelijk onjuist zijn.

Van ambtenaren wordt aldus verwacht dat zij strikte geheimhouding in acht nemen en zij worden voorts beperkt in (onder meer) hun recht op vrije meningsuiting. Dit is uitermate relevant in het kader van de hier voorliggende problematiek, aangezien dit ook meebrengt dat ambtenaren beperkt worden in hun mogelijkheid om zich te verweren tegen (onterechte) beschuldigingen. De keerzijde van de strikte geheimhoudingsverplichtingen voor ambtenaren is dat een overheidswerkgever de ambtenaren moet beschermen tegen situaties waarin zij eigenlijk niet anders kunnen dan hun geheimhoudingsplicht schenden. Dit kan bijvoorbeeld zo zijn in de situaties waarin een ambtenaar zichzelf moet verdedigen in het kader van Kamervragen die specifiek aan hem of haar worden gesteld. Deze problematiek geldt des te meer voor de ambtenaren van de Belastingdienst. Los daarvan zou het ook ongewenst zijn als individuele ambtenaren zich vanuit persoonlijk belang zouden mengen (omdat zij niet anders kunnen) in het politieke debat. Wij wijzen er in dit kader nog op dat de politievakbond vaak als woordvoerder optreedt namens individuele politieagenten.

145 Kamerstukken II 2011/12, 33003, nr. 83.

6 Conclusies en aanbevelingen

Wij constateren dat de wijze waarop bepaalde Tweede Kamerleden of de regering invulling willen geven aan de inlichtingenplicht kan conflicteren met de vereiste bescherming van individuele ambtenaren en hun mogelijkheden om effectief te kunnen functioneren in de ambtelijke organisatie ten behoeve van de staat. Wij zien daarin tegengestelde bewegingen die elkaar afwisselen:

- (I) Een systeem waarin ambtenaren persoonlijk geen verantwoording mogen en kunnen afleggen jegens het parlement of de samenleving, waarbij ambtenaren zo veel mogelijk in anonimiteit hun beleidsopvattingen dienen vorm te geven omdat ‘de politiek uiteindelijk bepaalt’. In dit systeem is het de regering (als koppeling tussen de politiek en de uitvoerende macht) die namens de uitvoerende macht spreekt. Dit is met de Rutte-doctrine altijd het uitgangspunt geweest en ook opgenomen in specifieke wet- en regelgeving zoals artikel 9 en 10 Ambtenarenwet, de Aanwijzingen externe contacten rijksambtenaren en de Beleidslijn actieve openbaarmaking.¹⁴⁶ Ambtenaren mogen het parlement bijvoorbeeld slechts zeer terughoudend en feitelijk informeren.
- (II) Het parlement en regering beogen nu echter een systeem waarin ambtenaren in toenemende mate persoonlijk en politiek (in het openbaar) verantwoordelijk worden gehouden voor hun werk. Bijvoorbeeld doordat zij zelf naar het parlement worden geroepen ter verantwoording, maar ook doordat hun namen worden genoemd of bekendgemaakt in het kader van de openbare verhandelingen van de Kamer. Dit doordat (al dan niet tot hen herleidbare, en al dan niet in concept opgestelde) beleidsopvattingen worden gedeeld met de Kamer, en door toenemende maatschappelijke druk.

De laatste beweging onder (II) is – onzes inziens – onwenselijk (dit

¹⁴⁶ ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’, Handreiking voor medewerkers en leidinggevenden, Den Haag 13 december 2023, p. 3.

wordt hierna nog eens toegelicht). Indien onverhoopt toch aan die toenemende ambtelijke verantwoording wordt vastgehouden, dienen ambtenaren ook meer vrijheden te krijgen in hun contacten met de Kamer, hun optreden en uitingsvrijheid naar buiten. Ook dienen zij volgens ons dan meer mogelijkheden te krijgen om vanwege gewetensbezwaren een bijdrage aan bepaald beleid te weigeren.¹⁴⁷ Anders verwoord: de mate waarin ambtenaren verantwoording dienen af te leggen en de mate waarin zij dit feitelijk kunnen, moeten met elkaar in balans zijn. Dat is thans niet het geval.

In december 2023 – zeer recent dus – verscheen de door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties opgestelde Handreiking voor medewerkers en leidinggevenden getiteld ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’ (“**Handreiking**”).¹⁴⁸ In die Handreiking wordt bondig uiteengezet hoe in het huidige stelsel de uitingsvrijheid van de ambtenaar zich verhoudt tot zijn bijzondere rechtspositie zoals omschreven in de Ambtenarenwet. Wij beschreven die verhouding ook in ons advies. In de Handreiking wordt beschreven dat de ambtenaar een bijzonder vak heeft waarin hij politiek neutraal is en zich als een goed ambtenaar gedraagt. De ambtenaar heeft echter ook vrijheid van meningsuiting, en is niet verplicht om elke uiting vooraf aan zijn werkgever voor te leggen. Het is volgens de Handreiking aan de ambtenaar zelf *“om vooraf een afweging te maken wat wijs is en of met zijn of haar optreden grenzen worden overschreden”*. Wanneer er twijfels of (kritische) inzichten zijn kan een ambtenaar die in de ambtelijke lijn uitspreken, en binnen de organisatie met zijn leidinggevende of anderen bespreken. Wanneer toch grenzen worden overschreden, bijvoorbeeld door met een uiting buiten de organisatie te treden, kan er door de werkgever geen maatregel worden opgelegd

147 Vgl. C. Prins, ‘Vooraf’, NJB 2023/2452: *“En in dit verband kan ik me niet aan de indruk onttrekken dat de Toeslagenaffaire ook indirect een rol speelde bij de recente briefactie van de ambtenaren: ‘Wij hebben de eed of belofte afgelegd op basis van de Grondwet en worden geacht, als integer ambtenaar, om rechtvaardig te handelen.’ Daarmee komt de uiting in de buurt van een gewetenskwesitie.”*

148 ‘Ambtenaar en grondrechten Ruimte én beperkingen’, Handreiking voor medewerkers en leidinggevenden, Den Haag 13 december 2023. Op 9 januari 2024 beantwoordde staatssecretaris Van Huffelen (Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties) vragen van het scheidend lid Haga over ambtenaren die naar aanleiding van de verkiezingsuitslag van 22 november 2023 een oproep hadden gedaan aan alle ambtenaren om een signaal af te geven dat zij de ambtseed serieus te nemen, dat zij er voor alle burgers zijn en dat zij staan voor de rechtsstaat en de Grondwet. In het antwoord schetst de staatssecretaris het kader waarbinnen ambtenaren geacht worden zich te uiten en refereert zij ook aan de recent tot stand gebrachte Handreiking Ambtenaar en grondrechten. Zie Aanhangsel Handelingen II 2023/24, nr. 742.

zonder dat de AGFA daarover advies heeft gegeven.¹⁴⁹ De Handreiking richt zich dus met name op de beperkingen van de uitingsvrijheid van ambtenaren en hoe daarmee om te gaan binnen de juridische kaders zoals die op dit moment door de regering worden ingevuld. Voorop staat dat wij de inhoud van deze Handreiking als vanzelfsprekend onderschrijven. Wij denken echter dat er op grond van ons advies belangrijke punten aan die Handreiking en de invulling van het regelgevend kader zouden kunnen worden toegevoegd door beter rekening te houden met de hiervoor onder (I) en (II) beschreven dynamiek.

Naar ons idee hebben de regering (en bepaalde Tweede Kamerleden) – in het voornoemde model onder II – bij de nieuwe Beleidslijn 2022 van de inlichtingenplicht van artikel 68 Grondwet niet voldoende rekening gehouden met de belangen en rechtspositie van ambtenaren. Volgens ons wordt de bijzondere rechtspositie van ambtenaren onder andere gekleurd door de staatsrechtelijke verhoudingen tussen de ambtenaar en de minister en het parlement (de ministeriële verantwoordelijkheid, geen ambtelijke verantwoordelijkheid), respect voor de persoonlijke levenssfeer, de bijzondere positie van de ambtenaar en de arbeidsrechtelijke normen van bijvoorbeeld goed werkgeverschap. Deze normen brengen wat ons betreft met zich mee dat bij de inlichtingenplicht uitgangspunt zou moeten zijn dat de individuele belangen van ambtenaren zoveel mogelijk worden beschermd en dat het openbaar maken van tot individuele ambtenaren te herleiden informatie alleen in uitzonderingsgevallen kan zijn toegestaan.

Categorische weigering van informatie – zoals de regering eerder voorstond – is inderdaad echter ook geen juiste invulling van artikel 68 Grondwet. Maar de transparantiewens van het parlement en de regering moet niet doorschieten. De huidige invulling staat volgens ons ook op gespannen voet met de balans waarin artikel 68 Grondwet in samenhang met artikel 42 Grondwet juist voorziet. Deze invulling leidt namelijk tot schending van de persoonlijke levenssfeer en arbeidsrechtelijke normen; het doet geen recht aan de positie van

149 Ook wel de Commissie Cohen naar de voorzitter Job Cohen, zie: www.agfacommissies.nl.

ambtenaren als personen die vanwege de regeringseenheid en de ministeriële verantwoordelijkheid geen eigen positie in het debat hebben, als werknemers met een geheimhoudingsplicht en als personen met een grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit is niet 'in het belang van de staat' als bedoeld in de weigeringsgrond van artikel 68 Grondwet omdat de staat gebaat is bij een rechtmatige en goede werkomgeving. Zonder zo'n werkomgeving, waarin voor ambtenaren het vertrouwen bestaat dat 'hun' bewindspersoon voor hen staat en loyale tegenspraak duldt, kunnen ambtenaren immers niet goed functioneren en kan daarmee ook geen goede wetgeving en beleid tot stand komen.

Er dient volgens ons dus een betere balans bereikt te worden tussen (i) het belang van openheid en transparantie en (ii) het belang van bescherming van de individuele ambtenaar. Artikel 68 Grondwet biedt daartoe – door de in te vullen weigeringsgrond 'in het belang van de staat' – wel degelijk ruimte.

Gelet op het voorgaande hebben wij om de rechtspositie van ambtenaren beter te waarborgen in ieder geval de volgende opmerkingen en aanbevelingen.

- (1) Algemeen primair: Heroverweeg de Beleidslijn actieve openbaarmaking nota's 2022, in zoverre dat naast persoonsgegevens, herleidbare informatie in beginsel niet wordt verstrekt. Zeker voor ambtenaren die niet vanuit hun functie in de openbaarheid treden. Voor het goed informeren van het parlement is tot de persoon te herleiden informatie in beginsel niet nodig en ons inziens doet dit geen recht aan de rechtspositie van ambtenaren.
- (2) Algemeen subsidiair: Pas in ieder geval de Beleidslijn actieve openbaarmaking nota's 2022 aan en verduidelijk wat nadelige effecten voor ambtenaren zijn en verbreed indien nodig de reikwijdte, waardoor openbaarmaking in het kader van artikel 68 Grondwet sneller achterwege moet blijven.

- (3) Algemeensubsidiair: Overweeg het parlement meer vertrouwelijk te informeren. Artikel 68 Grondwet biedt daartoe ruimte. Er zou in dit kader ook gevolg kunnen worden gegeven aan de motie Leijten van 20 oktober 2022 die oproept de aanbevelingen van het rapport van de Commissie Fokkens voor de herziening van wetgeving ambtsdelicten Kamerleden en bewindspersonen te implementeren (zie **paragraaf 4.1** van dit advies).
- (4) Rechtspositie ambtenaren: Verduidelijk op ministeries wie van de ambtenaren volgens het ministerie in de openbaarheid treedt en wie niet. Maak dit ook duidelijk bij het aantreden van ambtenaren.
- (5) Rechtspositie ambtenaren: Verduidelijk in het debat in het parlement niet alleen de aspecten van ministeriële verantwoordelijkheid en persoonlijke levenssfeer van ambtenaren, maar ook dat de staat als werkgever t.o.v. zijn werknemers plichten heeft (veilig werkklimaat etc.). Dit helpt Kamerleden mogelijk om beter te begrijpen waarom bepaalde informatie niet kan worden verstrekt.

In aanvulling op het voorgaande zou de rechtspositie van ambtenaren kunnen worden versterkt (o.a. in de gedragscode integriteit, maar ook op andere wijzen). Gedacht kan worden aan:

- (1) De Gedragscode Integriteit Rijk geeft nu onvoldoende ruimte voor ambtenaren om eigen beleidsopvattingen zelf kenbaar te maken en zich te verdedigen, terwijl deze beleidsopvattingen wel aan het parlement worden verstrekt en de ambtenaar daardoor onderwerp van debat kan zijn. Versterk de rechtspositie van ambtenaren om zichzelf te verdedigen, voor ambtenaren die in enige mate 'in de openbaarheid treden' en ambtenaren die dat niet doen. Heroverweeg ook de Gedragscode Integriteit Rijk over de mate waarin ambtenaren toegestaan zijn om verantwoording af te leggen over gevoerd beleid. Hierbij zou specifiek aandacht moeten worden besteed aan situaties waarin de veilige werkomgeving in het geding komt.

- (2) Ambtenaren hebben nu weinig/geen mogelijkheden medewerking aan een specifieke opdracht te weigeren terwijl ze wel persoonlijk in de openbaarheid ter verantwoording kunnen worden gehouden. Geef daarom ambtenaren meer ruimte om een bijdrage aan een bepaalde beleidslijn of een bepaalde opdracht te kunnen weigeren (het recht om 'nee' te zeggen). Eventueel kan de taak van de Adviescommissie grondrechten en functie-uitoefening worden verbreed door een beroep op dit recht om 'nee' te zeggen vooraf te toetsen.
- (3) Verduidelijk in de gedragscode en andere beleidslijnen (zoals de Handreiking) de rol van de staat als goed werkgever ten behoeve van zijn ambtenaren. In dit kader kan eventueel overwogen worden om te voorzien in een deskundige commissie die bij een potentiële wrijving tussen art. 68 GW en de belangen van (individuele) ambtenaren uitspraak doet over hoe te handelen. De AGFA zou hierin een rol kunnen spelen.
- (4) Bij openbaarmaking van persoonsgegevens (waaronder tot de persoon herleidbare gegevens), moet voorafgaand aan de openbaarmaking de betrokken ambtenaar daarop altijd zijn zienswijze kunnen geven. Bij de uiteindelijke beslissing tot openbaarmaking wordt dit belang meegewogen. Leg dit vast in de Beleidslijn actieve openbaarmaking nota's.
- (5) Het Rijk dient zich vanuit haar positie als werkgever bewust te zijn van het risico dat tot specifieke ambtenaren te herleiden gegevens door een lek in het parlement of door een fout in het publieke domein kunnen belanden en van de mogelijke schade hiervan voor ambtenaren. Als werkgever dient het Rijk dit meer te voorkomen en dient zij zo veel mogelijk nazorg en ondersteuning te bieden in dergelijke situaties. Overwogen zou kunnen worden om in deze gevallen standaard een compensatie te betalen aan de getroffen ambtenaar.

Overheidswerknemers zijn essentieel om de overheid van en voor alle Nederlanders te laten functioneren. Ook transparantie is essentieel. Hoewel het in dit krachtenveld misschien niet altijd even makkelijk opereren is voor een minister, moet deze naast het bevorderen van transparantie ook een goed werkgever zijn en dus overheidswerknemers beschermen.

De schrijvers van deze uitgave van de VHMF (aangesloten bij de CMHF Overheid), prof. mr. T. Barkhuysen en prof. mr. J.M. van Slooten, richten zich op de vraag of een minister zowel kan voldoen aan zijn constitutionele verplichtingen richting het parlement, als aan zijn verplichtingen behorende bij het goed werkgeverschap.

Naast een uitvoerige analyse van de huidige stand van zaken komen zij met adviezen om tot versterking van de bescherming van ambtenaren te komen. Waarbij het meest in het oog springt het advies om ambtenaren het recht te geven om “nee” te zeggen.

 VHMF



Stibbe

