

Aan het Ministerie van OCW

Den Haag, 21 januari 2020.

Betreft: reactie IND op internetconsultatie Archiefwet 2021

De Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND) heeft met interesse kennisgenomen van de consultatiedocumenten. Zij maakt graag gebruik van deze gelegenheid om op de inhoud te reageren. Vervolgens wordt opgemerkt dat deze reactie openbaar mag zijn.

Reactie:

Voor de reactie hebben wij gebruik gemaakt van de volgende consultatiedocumenten:

1. consultatiedocument 1: bijlage ter informatie, pagina 1 t/m 12;
2. consultatiedocument 2: Voorstel van Wet tot intrekking van de Archiefwet 1995 en vervanging door de Archiefwet 2021 (Archiefwet 2021), pagina 1 t/m 13;
3. consultatiedocument 3: Memorie van toelichting, pagina 14 t/m 67.

Hierna volgt een reactie overeenkomst de zes aandachtspunten in de door u aangegeven volgorde:

1. modernisering van de begrippen;
2. waarde van documenten en publieke belangen;
3. goede geordende en toegankelijke staat en risicobeheersing;
4. openbaarheid en openbaarheidsbeperking;
5. toezicht op overgebracht archief;
6. archivarissen.

Ad 1 Modernisering van de begrippen

U geeft aan dat u het huidige begrip *zorgdrager voor de archiefbescheiden* zult gaan vervangen in het begrip *verantwoordelijk overheidsorgaan*. Wij adviseren u om hiervoor het begrip *bestuursorgaan* aan te houden, zodat u ook optimaal aansluit bij het normenkader van de Algemene Wet Bestuursrecht. Immers, het bestuursorgaan is veelal het bevoegd gezag dat de rechtspersoon kan vertegenwoordigen en bestuurlijk verantwoordelijk is (zie consultatiedocument 1, pagina 3).

U geeft aan dat het doel van uw wetsvoorstel gericht is op modernisering. In dat verband lijkt het ons logischer om het begrip *duurzame toegankelijkheid* als voorkeursterm te hanteren, in plaats van de wel zeer ouderwets aandoende term *goede, geordende en toegankelijke staat* (zie consultatiedocument 3, pagina 21). *Duurzame toegankelijkheid* sluit eveneens beter aan bij het in 2009 en 2010 vastgestelde kabinetsbeleid over de Baseline Informatiehuishouding Rijksoverheid.

Ad 2 Waarde van documenten en publieke belangen

Waarde van documenten

U geeft aan dat u het verouderde begrip *archiefbescheiden* wilt vervangen in het begrip *document*. Wij complimenteren u met deze keuze, het begrip *document* is helder voor de burger.

Wij kunnen u echter minder volgen in uw betoog om dit begrip *document* niet nader te verduidelijken. Er wordt geen heldere bandbreedte aangegeven. U geeft aan dat het moet gaan om een document dat bestemd is te berusten bij het overheidsorgaan. Voor de burger die dit letterlijk opvat, moet het dan wel gaan om zeer veel *documenten* (zie consultatiedocument 1, pagina 1).

Wij kunnen u in dit verband dan ook minder volgen als u spreekt over het archiveren van *websites* en *e-mailboxen*. Hoe verhouden zich deze bulkmedia tot het begrip *documenten*? (zie consultatiedocument 1, pagina 4 en consultatiedocument 3, pagina 20).

Wij adviseren u om aan het verantwoordelijk overheidsorgaan *bestuurlijke afwegingsruimte* te geven over wat dit begrip *document* inhoudt. Ook in de nieuwe Omgevingswet wordt *bestuurlijke afwegingsruimte* als norm gehanteerd voor het bevoegd gezag om het te helpen bij het maken en vastleggen van heldere keuzes. Bij de nieuwe Omgevingswet wordt zelfs de indruk gewekt dat het bevoegd gezag zelfstandig kan schuiven aan de knoppen, door zelf de normering in te vullen, omdat het bevoegd gezag voor de te maken keuzes ook de kosten moet dekken en steeds meer rekening moet houden met de wensen en eisen van burgers en ondernemers (uitnodigingsplanologie). Dit vraagstuk geldt ook voor de belanghebbenden van de archiefwet.

Publieke belangen

U geeft vervolgens aan dat het overheidsorgaan voor de waardebeoordeling van documenten een viertal waarden kan hanteren, die vervolgens zeer ruim zijn gedefinieerd en niet SMART zijn. Bij de IND gaat het dan vooral om:

- waarde a: informatie voor eigen bedrijfsvoering;
- waarde b: informatie om publieke verantwoording af te leggen;
- waarde c: *documenten waar overheden en burgers rechten en plichten aan kunnen ontleen;*
- waarde d: cultureel erfgoed (zie consultatiedocument 2, artikel 1.3, pagina 2).

In een voorgaande kabinetsperiode zijn veel archieven van de IND aangemerkt als cultureel erfgoed op grond van waarde d, terwijl de IND-dienst zelf haar dienstverlening ervaart als *vergunningverlening* waarvoor waarde c meer toepasselijk is voor de waardering. Doordat de vastgestelde selectielijsten van de IND sterk gericht zijn op het cultureel erfgoed en het publiek belang (waarde d) lijkt een discussie over de bewaartermijnen bij voorbaat onbespreekbaar. In het licht van een goede omgang met de AVG lijkt dit voor de toekomst een lastig vraagstuk te zijn.

Daarnaast maakt de IND gebruik van basisgegevens, afkomstig uit databestanden die continu worden bijgewerkt en gedeeld door verschillende overheidsorganisaties (zie consultatiedocument 3, pagina 16). U spreekt zich hier niet uit over de archiefverantwoordelijkheid voor deze bestanden. Dat is opmerkelijk, omdat deze verantwoordelijkheid wel een belangrijk aandachtspunt is bij het kunnen digitaliseren en eventueel vernietigen van archieven.

Relativering waarde van documenten

Wij willen u meegeven dat de waarde van documenten enigszins kan worden gerelativeerd. Er ontstaat nu steeds een beeld dat de overheid zich goed zou kunnen verantwoorden door gehele e-mailboxen en websites te archiveren. Kennelijk is hierbij de gedachte dat elke uiting van een ambtenaar van belang is voor het reconstrueren en verantwoorden van een werkproces.

Echter, niet elke ambtenaar is bevoegd tot het verrichten van bepaalde handelingen in het bestuursrechtelijke proces, en men kan zich dan afvragen wat dan nog het belang is van een e-mail van een onbevoegde ambtenaar. Immers, een bestuursorgaan kan niet zomaar gehouden worden aan elke uiting van een ambtenaar of bestuurder. In dit kader heeft de Raad van State aan staatsraad advocaat-generaal Wattel verzocht een aantal nieuwe criteria te bepalen in een conclusie waaraan het vertrouwensbeginsel zou moeten voldoen. De staatsraad heeft op 20 maart 2019 een conclusie uitgebracht met de criteria die inmiddels zijn gehanteerd in de bekende uitspraak over een dakterras in Amsterdam (Zie ABRvS, 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1694). Die criteria zijn als volgt:

1. De uitlating of gedraging van een ambtenaar, wethouder of derde die het bestuursorgaan vertegenwoordigt, moet juridisch gekwalificeerd kunnen worden als een toezegging.
2. Die toezegging of gedraging moet aan het bestuursorgaan kunnen worden toegerekend.
3. De betekenis van het gewekte vertrouwen moet worden bepaald bij de uitoefening van de betreffende bevoegdheid.

Om aan deze criteria te voldoen, moet eerst voldaan zijn aan een aantal subcriteria, te weten:

criterium 1:

- a. de nadruk moet worden gelegd op hoe een uitlating of gedraging bij een redelijk denkende burger overkomt;
- b. de burger moet aannemelijk maken dat er sprake is van een uitlating of gedraging van ambtenaren die bij de burger redelijkerwijs de indruk wekken van een welbewuste standpuntbepaling van het bestuur over de manier waarop in zijn geval een bevoegdheid als dan niet zal worden uitgeoefend;
- c. de burger moet te goeder trouw zijn en dat betekent dat hij de relevante feiten en omstandigheden correct zal moeten weergeven;
- d. de burger komt geen geslaagd beroep toe op het vertrouwensbeginsel indien hij beseft of had moeten beseffen dat de uitlating van de ambtenaar ging over een beslissing die buiten de bevoegdheid van het bestuursorgaan lag, of anderszins in strijd was met de toepasselijke rechtsregels;
- e. de burger heeft een onderzoeksplicht;
- f. de welbewuste standpuntbepaling kan vastgelegd zijn in een schriftelijk stuk, maar dit kan ook mondeling aannemelijk zijn, waarbij van belang kan zijn of het bestuursorgaan de gestelde uitlating of gedraging heeft betwist;
- g. de deskundigheid van de burgers speelt een rol of hem een gerechtvaardigd beroep op het vertrouwensbeginsel toekomt;
- h. de uitlating of gedraging dient toegesneden te zijn op de concrete situatie;
- i. een algemene voorlichting of uitlatingen over een nader geval of jegens derden zijn niet aan te merken als een toezegging;
- j. er is geen sprake van een toezegging als er uitdrukkelijk over het concrete geval aan de burger een voorbehoud is gemaakt; er wordt voorbij gegaan aan algemene en dus ongerichte disclaimers.

criterium 2:

- k. de burger moet op goede gronden kunnen veronderstellen dat de ambtenaar bevoegd is; een toezegging van een herkenbare functionaris zoals een wethouder of een inspecteur kunnen evident zijn; echter, toezeggingen van medewerkers die in zijn algemeenheid slechts algemene informatie behoren te verstrekken, zoals een baliemedewerker, worden niet toegerekend aan het bestuursorgaan.

criterium 3:

- l. een toezegging behoeft niet letterlijk worden nagekomen als er gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt, wel moeten de betrokken belangen door het bestuursorgaan worden afgewogen in verband met:
 - a. strijdigheid met de wet;
 - b. algemeen belang;
 - c. betrokken belang burger;
 - d. belangen van derden.

Op grond van deze nieuwe criteria van het vertrouwensbeginsel in het bestuursrecht wordt de waarde van een e-mail van een onbevoegde ambtenaar sterk gerelativeerd. Echter, deze waarde weegt niet op tegen de enorme kosten die een overheidsorganisatie zou moeten maken om alle mailboxen en websites te archiveren, met daarnaast nog een ongewenst privacy risico. Naar onze opvatting is dat een overspannen maatregel en dus *over de top*.

Ad 3 Goede geordende en toegankelijke staat en risicobeheersing

Vernietiging:

U geeft aan dat het verantwoordelijke overheidsorgaan passende maatregelen moet nemen om de bewaartermijn te garanderen. De IND heeft dat al gedaan door haar documenten te archiveren in het Centraal Digitaal Depot van de Justitiële Informatiedienst. Daarbij geeft u aan dat er nog een AMvB komt met nadere regels over archiefvernietiging. Dat is opmerkelijk. Het zijn nu juist deze laatst genoemde regels die op korte termijn door u beschikbaar moeten komen in verband met een goede uitvoering van de archiefwet én de AVG (zie consultatiedocument 2, artikel 4.2, pagina 5).

Overbrenging na 10 jaar:

Het verheugt ons zeer dat u een voorstander bent om de archiefwet in kleine stappen te moderniseren (zie consultatiedocument 2, pagina 27). Echter, wij merken daarentegen op dat u in uw wetsvoorstel toch grote stappen wilt maken. U bent namelijk voornemens om de archieven al na 10 jaar over te brengen naar een archiefdienst en een depot in plaats van na 20 jaar. Hoe u dit kostentechnisch wilt gaan realiseren behandelt u niet. Als u kleine stappen zou willen maken, dan zou het logischer zijn om de overbrengingstermijn te stellen op 15 jaar met tweemaal een verlengingsmogelijkheid om dit uit te stellen.

Het verheugt ons zeer dat u aangeeft dat het verantwoordelijk overheidsorgaan ontheffing zou kunnen aanvragen om de documenten naar een archiefdienst over te brengen (zie consultatiedocument 2, artikel 4.5, wetsvoorstel, pagina 6). U geeft aan

dat het dan moet gaan om een ontheffing wegens het *bewaren bij de bron*. Deze grond zou ook aan de orde kunnen komen bij de IND. Uw opsomming op pagina 35 bij consultatiedocument 3 is niet limitatief, dus onder d zou de IND als organisatie genoemd kunnen worden.

De IND zou graag van de ontheffingsmogelijkheid gebruik willen maken, indien het Centraal Digitaal Depot van de Justitiële Informatiedienst gaat fungeren als depot voor de IND. Uit uw Memorie van Toelichting blijkt dat dit mogelijk moet zijn. Met een archiefbewaarplaats bedoelt u een locatie (zie consultatiedocument 3, pagina 23). Het nieuwe begrip depot heeft volgens u ook betrekking op een ruimte waar documenten na overbrenging blijvend worden bewaard (zie consultatiedocument 3, pagina 25).

U merkt terecht op onder *Inrichting Rijksarchief* dat het Ministerie van Justitie, waartoe de IND behoort, een eigen centrale informatievoorziening heeft, het CDD+, waarmee de ketenpartners in de strafrechtsketen en de vreemdelingenketen binnen het domein van het ministerie worden gefaciliteerd (zie consultatiedocument 3, pagina 38). Dit beschouwen wij als een compliment voor de professionaliteit van de Justitiële Informatiedienst.

Risicobenadering

U geeft aan dat er afwegingsruimte voor het overheidsorgaan mogelijk is, als de waarde en het risico zodanig zijn dat documenten uit bestaande applicaties of systemen niet onder het archiefbeheer behoeven te worden gebracht. U noemt vervolgens documenten in persoonlijke digitale werkruimtes van medewerkers (zie consultatiedocument 3, pagina 31).

Echter, vervolgens stelt u dat de keuze om documenten niet onder het archiefbeheer onder te brengen moet worden benoemd in de selectielijst. Wij kunnen u hierin niet geheel volgen om de volgende redenen:

- een generieke selectielijst¹ legt zoals u weet alleen de bewaartermijnen van de werkprocessen op hoofdlijnen vast en dat betekent dat specifieke applicaties, systemen en documenten daarin niet worden opgenomen, omdat dit teveel wijzigingen zou vragen;
- uw betoog dat een selectielijst enkel het vaststellen van bewaartermijnen *voor categorieën documenten* lijkt niet op te gaan, omdat de beleidslijn van het generieke waarderingsmodel is dat alleen de werkprocessen worden gewaardeerd en dus niet individuele documenten;
- u geeft aan dat de Minister van OCW nu voortaan zelf de selectielijst gaat vaststellen en niet de vakminister. Dat is opmerkelijk. Als er verschil van inzicht bestaat over de waarde van een document, is de eigen afwegingsruimte voor het verantwoordelijke overheidsorgaan niet meer mogelijk (zie consultatiedocument 3, pagina 31 en 32).

¹ Zie Brief van de Staatssecretaris van OCW en de Minister van BZK over de selectieaanpak van 22 december 2010, *Kamerstukken II 2010/11*, 29362, 186 met bijlage.

Ad 4 Openbaarheid en openbaarheidsbeperking

U geeft in het nieuwe artikel 6.2 aan dat u de huidige drie gronden tot *beperking van de openbaarheid* wilt uitbreiden naar twaalf gronden. Dat is opmerkelijk omdat wij eerder van het Nationaal Archief begrepen dat een goede uitvoering van de huidige drie gronden in de praktijk al onuitvoerbaar is, laat staan dat u zelfs tot een uitbreiding van twaalf gronden wilt overgaan.

Wij verwijzen u dan met name naar de tweede grond, die nu is geregeld in de Archiefwet 1995, onder artikel 15 lid 1 onder c:

Het anderszins voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen danwel van derden.

Hoewel een dergelijke uitvoeringsgrond zich zou kunnen voordoen bij de IND, heeft het Nationaal Archief geadviseerd deze grond niet te hanteren, omdat dit tot gevolg heeft dat een archiefinzage-verzoek door de IND zal moeten worden behandeld als een WOB-verzoek dat in de praktijk zeer tijdrovend is. Het Nationaal Archief gaf tevens aan dat deze uitzonderingsgrond ook meer in het licht moet worden gezien bij de uitvoering van het rechtspersonenrecht uit het Tweede Boek van het Burgerlijk Wetboek. Maar, in feite gaat het hier ook om de volgende grond uit artikel 10 lid 1 onder c van de WOB met aanhef:

Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit (...) bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

Het Nationaal Archief heeft de IND daarom geadviseerd deze grond niet te gebruiken, maar om vooral de eerste grond te hanteren uit de huidige Archiefwet 1995, onder artikel 15 lid 1 onder a, met aanhef, en deze luidt als volgt:

Bij de overbrenging (...) kan de zorgdrager, na advies van de beheerder van de archiefbewaarplaats, slechts beperkingen aan de openbaarheid stellen voor een bepaalde termijn en **met het oog op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer**.

De beoordelingsruimte die de Minister van Justitie en Veiligheid heeft om de openbaarheid te beperken vanwege persoonsgegevens, wordt hier ingevuld met het advies van het Nationaal Archief. Het voordeel voor de IND is dat zij bij toepassing van deze grond *eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer* archiefinzage-verzoeken niet hoeft te behandelen als een WOB-verzoek.

Het is dus opmerkelijk dat u de drie gronden wenst uit te breiden naar twaalf gronden, zonder daarvan de gevolgen voor archiefinzage-verzoeken in beeld te brengen. Dit betekent ook dat de huidige situatie met de drie gronden behoorlijk geregeld moet worden in het overgangsrecht, indien u gaat uitbreiden naar twaalf gronden.

Als wij u goed begrepen hebben neemt u niet het gehele openbaarheidsbeperkende regime van de WOB over. Het is opmerkelijk dat u artikel 11, lid 1, uit de WOB niet betreft bij de twaalf gronden, en dit artikel luidt als volgt:

In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, wordt geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.

Ad 5 Toezicht op overgebracht archief

Het verbaast ons dat u het zelfevaluatie-instrument van de Baseline Informatiehuishouding Rijksoverheid niet hanteert als instrument om de archief-informatiehuishouding te beheersen. Dit instrument is destijds in 2009 en 2010 met veel steun van de CIO's ingezet om organisaties behulpzaam te zijn bij het vraagstuk van digitaliseren en archiveren, en daar dus niet steeds de toezichthouders mee te belasten.² Hiervoor zijn zelfs twee kabinetsbesluiten genomen. Het is opmerkelijk dat u hier niet op in gaat.³

Ad 6 Archivarissen

Wij adviseren u in de opleiding van de archivaris voldoende te regelen dat deze functionaris goed op de hoogte is van formele rechtshandelingen, ambtshandelingen en de bewijskracht van documenten. Dit is vooral geregeld in het privaatrecht (Burgerlijke Rechtsvordering) en in het strafrecht. Daarnaast moet de archivaris goed op de hoogte zijn van de publiekrechtelijke beginselen.

De archivaris moet daarbij vooral hoofd- en bijzaken kunnen onderscheiden, omdat hij in de praktijk geconfronteerd wordt met een informatievoorziening die complex is en complex wordt gemaakt door de samenleving en dienaangaande veel kosten met zich mee brengt. Kostenbewustzijn is daarnaast ook een zeer belangrijke competentie.

Financiële gevolgen

U geeft nog geen invulling aan de financiële gevolgen (zie consultatiedocument 3, pagina 46). Dat is bijzonder gelet op de hoge kosten die de digitalisering en de daartoe behorende maatregelen met zich mee kunnen brengen. Het is niet helder welke inspanningsverplichtingen er worden verwacht van de verantwoordelijke overheidsorganen en de beide verantwoordelijke ministeries van OCW en BZK. Volledigheidshalve verwijzen wij u naar het eindrapport van de Commissie Elias over de financiële gevolgen van digitalisering.⁴

Substitutie:

Wij treffen geen bepalingen aan over digitale vervanging en gaan er vanuit dat de bestaande substitutie-bepalingen uit de huidige Archiefwet- en regelgeving overgaan naar de nieuwe Archiefwet.

² *Baseline Informatiehuishouding Rijksoverheid: normenkader voor duurzame toegankelijke en betrouwbare overheidsinformatie, deel I: "Managementstatement" Baseline, deel II: Basics van de Baseline (toelichting), deel III: de 7 normen van de Baseline, Programma Informatie op orde. Actielijn I*, Den Haag: ICTU, 2008.

³ Brief van de Minister van OCW en de Staatssecretaris van BZK van 7 juli 2009 over advies 'Informatie, grondstof met toekomstwaarde,' *Kamerstukken II 2008/09*, 29362, 156 en Brief van de Staatssecretaris van BZK van 16 maart 2010 over Modernisering Informatiehuishouding Digitaal Documentbeheer, *Kamerstukken II 2009/10*, 29362, 162.

⁴ Eindrapport Parlementair onderzoek naar ICT-projecten bij de overheid, *Kamerstukken II 2014/15*, 33326, 5.

Tot slot:

Wij verzoeken u deze reactie te betrekken en mee te wegen in de besluitvorming tot het indienen van het Voorstel van Wet tot intrekking van de Archiefwet 1995 en vervanging door de Archiefwet 2021 (Archiefwet 2021).