

Reactie op consultatieversie wetsvoorstel 'Wijziging van de Archiefwet 1995 ter uitvoering van overweging 158 van de Algemene verordening gegevensbescherming'; een juridische duiding

Dit wetsvoorstel moet worden gelezen tegen de achtergrond 'algemene samenhang Aw en AVG'. Dit omdat de bezwaren van de Autoriteit Persoonsgegevens ('AP') uit november 2024 tegen het onzalige voornemen van het hier verder als bekend veronderstelde project 'Oorlog voor de Rechter' alle archieven raakt. In het hiernavolgende richt ik me vooral echter op het CABR omdat dat de aanleiding was, het grootste archief is, en ook één van de meest klemmende voorbeelden. En verder beperk ik me tot de bepalingen die de huidige Archiefwet '95 raken omwille van de ruimte, en omdat de werking in de beoogde nieuwe Archiefwet 20xx gelijk is.

Er valt het nodige te zeggen, ten positieve en ook kritisch, maar de belangrijke conclusie is dat dit wetsvoorstel maar gedeeltelijk een oplossing biedt voor voornoemde bezwaren van de AP t.a.v. het online toegankelijk maken van het CABR, althans zodra de huidige (verlengde) openbaarheidsbeperking daarop zal aflopen per einde van dit jaar.

Van belang vooraf is om te beseffen dat de beperking van 75 jaar die per 2025 afliep, door het besluit van MinOCW (19-12-2024) tot 1-1-2026 is verlengd, en onder de huidige Aw én nieuwe Aw door de minister kán worden verlengd. Ik heb echter nergens een voornemen daartoe gelezen. Maar de mogelijkheid is wel een geruststelling; een terugvalscenario om de archiefbeheerders in het veld bij de les te houden.

Dit aspect, verlengen van de beperking of niet, is van belang omdat dit wetsvoorstel 'toegang tot het archief via internet' (een ruim begrip; niet verder gedefinieerd) nu concreet benoemt als vorm van 'beheer', en tevens een grondslag biedt om uitzonderingsgronden van de (U)AVG te benutten, maar dat op verschillende wijze voor openbare of beperkt openbare archieven.

Er worden twee 'regimes' gecreëerd:

1 internet als expliciet benoemde vorm als mogelijkheid bij 'openbaar archief' (art. 17 nieuw lid 5; wijziging art. 2a onderdeel d), en

2 internet als expliciet benoemde vorm bij 'beperkt openbaar', ook voor strafrechtelijke en bijzondere persoonsgegevens (nieuw artikel 17a).

Bij 2 zijn veel voorwaarden van toepassing, in de lijn van het advies van de AP (t.a.v. Tweede Kamer amendement van Dijk in februari 2025, maar niet compleet t.a.v. het AP-advies); bij 1 dus niet, althans niet die voorwaarden van art. 17a noch andere voorwaarden in de Aw. M.a.w. als per 2026 de beperking van CABR eraf gaat (eventuele verlenging door de Minister voorbehouden), zijn geen voorwaarden meer van toepassing, althans niet de voorwaarden van regime 2/art. 17a, noch andere voorwaarden in de Aw. Echter, zolang er nog persoonsgegevens in het archief zitten, althans niet valt uit te sluiten dát die er nog in zitten, geldt nog steeds de opvatting van de AP uit december 2024 (brief aan MinOCW). Dat bezwaar zag immers op de situatie v.a. 2025 als het CABR openbaar zou zijn geworden. Er is nu in het wetsvoorstel door art. 17 lid 5 weliswaar een wettelijke grondslag om 'beschikbaar te stellen' (daarmee duidelijk onder de werking van art. 6 lid 1 onder e AVG gebracht) maar daarbij gelden nog steeds de eisen van de AVG, het EVRM en het EU Handvest grondrechten. De AP stelt de eis 'noodzakelijk' in art. 6 lid 1 onder e AVG centraal (= proportionaliteit en subsidiariteit). En die eis is een flinke barrière.

De merkwaardige uitkomst is dan dat

enerzijds voor de beperkt openbare archieven er dus op een bestaande beperking (door de zorgdrager aangebracht) een basis voor verruiming komt (door de archiefbeheerder aan te brengen), die sterk genormeerd is en dus houvast biedt, en

anderzijds er voor openbare archieven alleen wordt verduidelijkt dat, in combinatie met de wijziging in art. 2a, het uitgangspunt 'openbaar en ter raadpleging voor iedereen' (art. 14 Aw) ook omvat 'via internet'. Punt; geen normering.

Maar de kern van het bezwaar van de AP in november 2025 ging juist over het CABR ná 2025, als het openbaar zou zijn geworden. De bezwaren van de AP zijn niet verholpen, behalve dat er nu duidelijk een wettelijke basis is voor beperkt openbare archieven om die beperking te verruimen, en dat nu duidelijk is dat 'beheer' als algemene taak van archieven ook omvat 'online toegankelijk maken', maar er is verder geen enkel kader in dit wetsvoorstel hoe om te gaan met persoonsgegevens in openbare archieven. Dus de open normen van verboden en uitzonderingen uit de AVG en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het Europees verdrag Rechten van de mens en het EU Handvest grondrechten zijn nog steeds actueel en dienen 'concreet uitgewerkt te worden'. Uit advies AP op Amendement v. Dijk:

-de wetgever zal naast het grondrecht op bescherming van persoonsgegevens ('data protection') ook moeten toetsen aan het grondrecht op respect voor privé leven ('privacy').³ Anders dan voor de bescherming van persoonsgegevens zal daarbij de positie van niet in de archieven voorkomende maar mogelijk wel getroffen nabestaanden ook zorgvuldig in ogenschouw moeten worden genomen;

En dan kom je bij die toetsing op dezelfde punten uit als nu wel geformuleerd in het wetsvoorstel voor 'regime 2', beperkt openbare archieven (in art. 17a). En door het hier ontbreken van een normenkader voor openbare archieven bestaat het gevaar dat het Nationaal Archief op dezelfde voet als vorig jaar de grenzen gaat opzoeken door die bewust te overschrijden, en weer tot de orde moet worden geroepen door de AP of rechter.

De Koninklijke Vereniging voor de Archiefsector heeft op 17 april ook een reactie op dit wetsvoorstel ingezonden. Men signaleert ook de bovenstaande kritiek dat er twee regimes worden gecreëerd (en dat daarmee het onderscheid tussen 'openbaar' en 'beperkt openbaar' zou vervagen). De door de KVAN gesuggereerde oplossingsrichting zou kunnen werken.

In sterke afwijking van het commentaar van de KVAN echter acht ik het positief dat art. 17a lid 3 een besluit van een archiefbeheerder om op een bepaalde wijze een archief toegankelijk te maken de status van AwB-besluit geeft, dus ook met de plicht vooraf te publiceren, en open voor bezwaar en beroep. Het bezwaar dat daarmee de professionaliteit van de beroepsgroep zou worden aangetast is doorzichtig onjuist want dan zou bij ieder overheidsbesluit dat AwB-status heeft de professionaliteit van betrokken bestuursorgaan ter discussie moeten staan, wat evident onzinnig zou zijn.

Ook het hoorrecht van de 'Zorgdrager' (hier het Ministerie OCW) in lid 4 van art. 17a, als spiegelbeeld van de hoorplicht voor de archiefbeheerder, is een geruststelling, evenals de mogelijkheid in lid 5 om bij lagere regelgeving (AMvB) richting te geven aan hoe de verruiming van een geldende beperking moet worden vormgegeven.

Dát er een verruiming van de beslissingsbevoegdheid voor archiefbeheerders blijkt uit de nieuwe Archiefwet20xx en onderhavig wetsvoorstel is op zich begrijpelijk, maar des te belangrijker dat er vangrails zijn, of kunnen worden gecreëerd en er preventief of curatief ingrijpen vanuit de zorgdrager (in casu Min OCW) als optie blijft voorbehouden. De onderbouwing van de stelling in

de KVAN-reactie om voornoemde leden 3 t/m 5 te schrappen *‘Dat dit in de praktijk prima verloopt is onder meer af te lezen aan het feit, dat er niet of nauwelijks klachten binnenkomen over onze sector bij de toezichthouder Autoriteit Persoonsgegevens’* doet toch wat merkwaardig aan in het licht van het handelen van het Nationaal Archief in de afgelopen twee jaar. Willens en wetens heeft men grondwettelijke bepalingen en mensenrechtenverdragsbepalingen (willen) overtreden, tegen meervoudig in- en extern deskundig advies in. En naar mijn indruk dat ook zoveel en zo lang mogelijk buiten het zicht van de eindverantwoordelijke(n) binnen de Zorgdrager willen houden. Het is hier niet verder de plaats om daarop in te gaan, maar een ingelast functioneringsgesprekje met de Directie lijkt me wel het minste. Kortom, de leden 3 t/m 5 vooral handhaven.

Nog enkele punten.

In de toelichting wordt als beperkende maatregel genoemd het niet toegankelijk maken van bepaalde soorten documenten in de CABR-dossiers. De opzet van het digitaliseringsproject in OvdR is helaas zo dat er geen categorisering heeft plaatsgevonden, dus geen soorten documenten zijn uit te zonderen, en dat zulks alleen met handwerk is te realiseren (wat natuurlijk onbegonnen monnikenwerk zou zijn). Dat noopt dus tot ‘alles of niets’. Dat wordt dan ‘alles’ en dan des te belangrijker dat de toegang duidelijk gereguleerd wordt, en beperkt blijft tot wetenschap, journalistiek en nabestaanden met een rechtstreeks belang (zie hierna).

In de reacties op het wetsvoorstel op de site van de Rijksoverheid staat een reactie van een zekere M. Swinkels met de inbreng van een argument dat ik nog niet eerder tegenkwam. Hij (zij?) benoemt regelgeving Justitiële Documentatie uit ’58, ’95, 2010 enz. die allang had moeten dwingen tot opschoning van alle dossiers in het CABR. Hij wijst daarmee op een relevant punt, te weten het oorspronkelijke doel van het CABR, strafrechtspleging, dus niet ‘oorlogsarchief’, wat OvdR er nu van poogt te maken. Dat oorspronkelijke doel moet meewegen in de te maken belangenafwegingen want in art. 17a lid 2 Aw in het wetsvoorstel staat o.a.:

‘Bij de belangenafweging, bedoeld in het eerste lid, onderdeel d, houdt de beheerder van een archiefbewaarplaats in elk geval rekening met:

a. het verband tussen de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verzameld en de doeleinden van het voor eenieder ter raadpleging of gebruik via internet beschikbaar stellen;”

Hier blijkt duidelijk dat dit voorschrift het niet mogelijk maakt om toegang te geven aan ‘eenieder’.

En dat brengt me tot nog een belangrijk aandachtspunt; de vraag wie toe te laten? Wat betreft de categorieën onderzoekers en journalisten zal dat niet verschillen van de praktijk tot nu toe, evenals de categorie ‘nabestaanden van verdachten’. Maar hoe t.a.v. de categorie nabestaanden van ‘slachtoffers’? Dat zou zich moeten beperken tot nabestaanden van slachtoffers wier naam ergens in één of meerdere dossiers voorkomt. En dat is maar een zeer beperkt deel omdat het grootste deel van de mensen die vermoord zijn of anderszins slachtoffer waren, werden opgepakt bij razzia’s e.d.. Dus alleen de slachtoffers die zijn verraden, of waar het betreft mogelijke slachtoffers van daders bekend als notoire ‘Jodenjager’ zouden echt iets betekenisvols in de dossiers kunnen aantreffen, en dat is voor velen van zeer groot belang. Maar moeten zij zelf hun weg vinden in de het enorme archief, of krijgen zij alleen die dossiers aangereikt die door een ervaren onderzoeker of archivaris met de zoekfunctie zijn gevonden, waarin de naam van de voorouder als getuige of slachtoffer in is aangetroffen? Waarschijnlijk is dit vanuit de al bestaande namenlijst ook goed geautomatiseerd te faciliteren (invoeren van familienaam,

initialen, voornaam/roepnaam en geboortedatum volstaat om door te geleiden naar alleen die dossiers waarin die persoon staat vermeld, in welke hoedanigheid dan ook). Dat zou deze categorie nabestaanden veel werk en narigheid besparen. Dus niet iedere nabestaande behorende tot een groep nabestaanden van een groep slachtoffers zou toegang moeten krijgen. En burgers die helemaal geen relatie hebben als nabestaande van slachtoffers en/of verdachten zouden sowieso geen recht op toegang mogen krijgen. Aanvullend zij opgemerkt dat de bestaande praktijk waarbij nabestaanden van verdachten ook alleen die dossiers te zien krijgen van de verdachten waar ze van afstammen, ook in de onlinetoekomst gehandhaafd zou moeten blijven. Dus geen toegang tot dossiers van willekeurige andere verdachten. Dat is op gelijke wijze geautomatiseerd te faciliteren, met aanmaak van een account en verificatie, net als nu in het analoge archief.

Tot slot zij benadrukt dat vanuit een belang van wetenschappelijk historisch onderzoek, en het belang van nabestaanden van verdachten en in de dossiers voorkomende slachtoffers het project 'Oorlog voor de rechter' baanbrekend is, en qua technologieaanwending indrukwekkend. De potentie van dit project moet zo goed mogelijk worden uitgenut, dus des te belangrijker dat er een doeltreffend en hanteerbaar wetsvoorstel komt dat dit op verantwoorde evenwichtige wijze mogelijk maakt, zonder zeer onwenselijke nevenwerkingen.

Mr. drs. H.V.R. Lepoutre bc Cipp/E CipM