

De geheimhoudingsregeling op de schop

Kanttekeningen bij en een aanvulling voor het wetsvoorstel tot wijziging van de Gemeentewet

Gst. 2020/154

De regering heeft in augustus van dit jaar bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend waarmee onder meer de in de Gemeentewet neergelegde geheimhoudingsregeling ingrijpend wordt gewijzigd. In dit artikel wordt eerst een overzicht gegeven van de hoofdlijnen van dit wetsvoorstel en in paragraaf 2 wordt kort ingegaan op de strafrechtelijke sanctivering van de schending van een geheimhoudingsplicht. In paragraaf 3 zijn de belangrijkste wijzigingen van de geheimhoudingsregeling op een rij gezet en zijn bij die wijzigingen voor de praktijk relevante kanttekeningen geplaatst. De regering laat in het wetsvoorstel één vraag onbesproken: kan degene die tijdens een openbare raadsvergadering een geheimhoudingsverplichting schendt strafrechtelijk worden vervolgd, of geniet deze persoon ook in dat geval strafrechtelijke immuniteit op grond van artikel 22 Gemeentewet? In paragraaf 4 wordt deze vraag besproken. Tevens wordt een concrete suggestie gedaan voor het wettelijk vastleggen van een beperking van de reikwijdte van de immuniteit, opdat duidelijk is dat ook tijdens een vergadering niet straffeloos uit de school kan worden geklapt.

1. Wetsvoorstel tot wijziging Gemeentewet

Het op 31 augustus 2020 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Wet bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur strekt ertoe de integriteit in het decentraal bestuur te bevorderen en de aanpak van aanhoudende bestuurlijke problemen verder te ondersteunen.² Het wetsvoorstel voorziet onder meer in een verplichte Verklaring Omtrent het Gedrag voor bestuurders en een verduidelijking van de bepalingen die betrekking hebben op belangenverstrengeling. Het wetsvoorstel kent een extra bevoegdheid toe aan de commissaris van de Koning als rijksorgaan in geval van integriteitstekeningen of bestuurlijke problemen in gemeenten. Daarnaast wordt een voorziening in de Kieswet getroffen op het gebied van lijststuitputting. De bepalingen die betrekking hebben op het opleggen en opheffen van geheimhouding op informatie worden ook gewijzigd.³ Het nu ingediende wetsvoorstel betreft een eerste tranche aan wetgeving. De tweede tranche is in voorbereiding en omvat: (i) een risicoanalyse integriteit voor kandidaat-wethouders, (ii) de

benoemingsprocedure van de commissaris van de Koning en (iii) een wijziging van de bijkomende straffen in het Wetboek van Strafrecht, te weten een uitbreiding van de gronden om uit het kiesrecht te worden ontzet en het verbod om een bestuurlijke functie te bekleden. Het is de bedoeling dat het wetsvoorstel (zowel de eerste als de tweede tranche) "ruim voor de gemeenteraadsverkiezingen van maart 2022 in werking is getreden".⁴

Dit artikel beperkt zich tot de bespreking van de wijziging van de wettelijke bepalingen inzake het opleggen en opheffen van geheimhouding. Een wijziging met als doel die bepalingen "te verduidelijken en te vereenvoudigen".⁵ De voorgestelde wijzigingen betreffen de Gemeentewet, de Provinciewet, de Waterschapswet en de Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba. Dit artikel is omwille van de leesbaarheid geschreven vanuit het gemeentelijk perspectief. Alvorens in te gaan op de voorgestelde wijzigingen is eerst de strafrechtelijke sanctivering van de schending van een geheimhoudingsplicht besproken.

2. Schending van een geheim is een misdrijf

Degene die opzettelijk een geheim schendt waarvan zij/hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat zij/hij dat geheim uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is te bewaren, pleegt een strafbaar feit. Dit is een misdrijf en de rechter kan daarvoor op grond van artikel 272 Wetboek van Strafrecht (Sr) één jaar gevangenisstraf, een taakstraf van 240 uren en/of een geldboete van € 21.750 opleggen.⁶

De geheimhoudingsverplichting ziet dus niet alleen op een geheim dat moet worden bewaard op grond van een wettelijk voorschrift zoals de huidige artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet. Iemand kan ook verplicht zijn een geheim uit hoofde van ambt of beroep te bewaren. Dus bijvoorbeeld als burgemeester, wethouder, raadslid of ambtenaar. Deze ambtelijke geheimhoudingsplicht kan als vangnet gebruikt worden voor het geval de schending van een wettelijke geheimhoudingsplicht niet bewezen kan worden verklaard.⁷ Soms gaat de strafrechter voor beide ankers liggen.⁸

4 Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 12.

5 Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 3.

6 Deze straffen kunnen grotendeels ook gecombineerd opgelegd worden (artikel 9 Sr).

7 Munneke onderkent dat het mogelijk is dat naast een geheimhouding voortvloeiend uit wettelijk voorschrift een "ongeschreven ambtsgeheim" bestaat. Hij vindt echter dat een geheimhoudingsplicht voor raadsleden niet kan worden gebaseerd op "zo'n aanvullend ongeschreven ambtsgeheim" (S.A.J. Munneke, 'De reikwijdte van gemeentelijke geheimhoudingsplichten', *Gst.* 2006/11).

8 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8346 (Tilburg), welk arrest in stand is gelaten bij HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2422 (artikel 81 RO).

1 Mr. G.J.K. (Gert-Jan) Elsen is advocaat bij Wladimiroff Advocaten in Den Haag.

2 Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 2.

3 Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 1 en 2.

De straffen die in de praktijk voor dit strafbare feit worden opgelegd variëren nogal. Dat heeft deels te maken met de omstandigheid dat een zaak soms alleen de schending van de geheimhoudingsplicht betreft, maar dat in andere gevallen ook andere strafbare feiten worden betrokken.⁹ In zaken die alleen op een geheimhoudingsschending zien, heeft de rechter in het verleden regelmatig een (al dan niet voorwaardelijke) geldboete opgelegd.¹⁰ Soms is een voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd.¹¹ Vorig jaar veroordeelde de rechtbank Oost-Brabant een raadslid en een wethouder uit 's-Hertogenbosch tot respectievelijk een taakstraf van 60 uur, waarvan 20 voorwaardelijk, en een taakstraf van 40 uur.¹² De in deze zaken door de rechtbank opgelegde taakstraffen zouden een signaal kunnen zijn dat de strafrechter een (lage) geldboete vandaag de dag niet meer passend vindt.

Het feit dat een schending van een geheimhoudingsplicht een misdrijf is, maakt dat het belangrijk is dat voor iedereen duidelijk is door wie, wanneer en op welke manier geheimhouding kan worden opgelegd en hoe deze verplichting kan worden opgeheven. Het wetsvoorstel verandert de in de Gemeentewet neergelegde geheimhoudingsregeling ingrijpend. In de volgende paragraaf zijn de belangrijkste wijzigingen op een rij gezet en zijn verschillende voor de praktijk relevante kanttekeningen bij het voorstel geplaatst.

3. Wijziging van de geheimhoudingsregeling

3.1 Geheimhouding centraal geregeld en losgekoppeld van het verstrekken

Het uitgangspunt in de informatiestroom binnen een gemeente is openbaarheid. Als uitzondering op dit uitgangspunt kunnen gemeentelijke organen in bepaalde gevallen geheimhouding opleggen als openbaarheid van die informatie (nog) niet gewenst is. De in de Gemeentewet neergelegde geheimhoudingsregeling bestaat uit twee componenten. De eerste component is het door een bestuursorgaan uit eigen beweging opleggen van geheimhouding. De tweede component is het door het ene bestuursorgaan aan een ander bestuursorgaan opleggen van geheimhouding. In

de nu geldende wetgeving zijn deze bevoegdheden geregeld in de artikelen 25 (raad), 55 (college) en 86 (commissies) Gemeentewet. In deze artikelen is ook geregeld dat de burgemeester bevoegd is informatie onder de verplichting tot geheimhouding met de raad, het college en een commissie mag delen. Voor de burgemeester ontbreekt een zelfstandige bepaling tot het opleggen van geheimhouding. Die bevoegdheid volgt impliciet uit diens bevoegdheid geheimhouding aan anderen op te leggen.¹³

De regering kiest er in het wetsvoorstel voor de bevoegdheid om geheimhouding op te leggen niet langer apart per gemeentelijk bestuursorgaan en daarmee verspreid over de wet te beschrijven. De artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet vervallen en in plaats daarvan komt één centrale regeling: het nieuwe Hoofdstuk VA Geheimhouding.

Het nieuwe artikel 87 bepaalt dat de raad, het college, de burgemeester en een commissie een verplichting tot geheimhouding kunnen opleggen “ten aanzien van de informatie die bij dat orgaan berust”. Nieuw is dat de burgemeester expliciet in dit artikel wordt genoemd en dat de in het huidige artikel 86 lid 2 Gemeentewet neergelegde bevoegdheid van de voorzitter van een commissie om geheimhouding op te leggen komt te vervallen.¹⁴

3.2 Veranderingen voor besloten vergadering en geheim van het behandelde

De regeling voor de besloten vergadering van de raad en van een commissie en de geheimhouding van het in zo'n vergadering behandelde verandert op een aantal onderdelen.

Op grond van het artikel 23 Gemeentewet is op dit moment het uitgangspunt dat het verslag van een besloten vergadering van de raad niet openbaar is, tenzij de raad anders beslist.¹⁵ Niet openbaar wil echter nog niet zeggen dat die informatie geheim is. Daarvoor is een apart besluit nodig. De geheimhouding omtrent het behandelde tijdens zo'n vergadering moet tijdens de besloten vergadering worden opgelegd. Als geen geheimhouding wordt opgelegd en de raad niet beslist over de openbaarmaking van het verslag, doet de bijzondere omstandigheid zich voor dat het verslag niet openbaar is, maar er geen geheimhouding voor geldt.

Het wetsvoorstel brengt hier op een aantal punten verandering in. Allereerst bepaalt een nieuw lid 4 van artikel 23 dat,

9 Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1135 (bekrachtiging van gerechtshof Den Haag 20 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3702). Deze zaak betrof een wethouder van Roermond die veroordeeld is tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 12 maanden en een ontzetting van het recht tot het bekleden van een bestuurlijk ambt op gemeentelijk, provinciaal of rijksniveau voor de duur van 2 jaren, voor schending ambtsgeheim bij benoeming nieuwe burgemeester (artikel 272 Sr), voorhanden hebben van stembiljetten met het oogmerk deze wederrechtelijk te gebruiken (artikel 23 Kieswet), passieve ambtelijke omkoping (artikel 363 Sr) en witwassen (artikel 420bis Sr).

10 Zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1295, raadslid uit Delft veroordeeld tot voorwaardelijke geldboete van € 500; Rb. Zwolle-Lelystad 21 november 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AU6547, burgemeester van Urk veroordeeld tot geldboete van € 500; HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2855, NJ 2005/354, wethouder tevens locoburgemeester uit Wageningen veroordeeld tot geldboete van € 500.

11 HR 17 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4610, lid van Provinciale Staten van Noord-Brabant veroordeeld tot 2 maanden voorwaardelijke gevangenisstraf.

12 Rb. Oost-Brabant 4 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:6309 en ECLI:NL:RBOBR:2019:6310. Voor zover bekend heeft alleen het raadslid hoger beroep ingesteld.

13 Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 9 en 18. In artikel 61c Gemeentewet is de geheimhouding geregeld ten aanzien van beraadslagingen en stukken in het kader van de benoeming, de herbenoeming en het ontslag van de burgemeester. Het verschil met de artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet is dat de geheimhouding van artikel 61c Gemeentewet van rechtswege geldt en niet hoeft te worden opgelegd. Dit artikel blijft ongewijzigd en zal verder niet worden besproken.

14 Daarmee wordt de bevoegdheid van de burgemeester om geheimhouding op informatie te kunnen opleggen “geëxpliciteerd” (Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 10). Een voorzitter van een commissie is in de nieuwe regeling “niet eigenstandig bevoegd” in commissieverband geheimhouding op te leggen, maar kan daartoe nog wel een voorstel doen (Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 19).

15 Ditzelfde uitgangspunt geldt voor commissies (artikel 82 lid 5 en artikel 83 lid 4 jo. artikel 23 Gemeentewet). Vergaderingen van het college vinden op grond van artikel 54 Gemeentewet van rechtswege achter gesloten deuren plaats, tenzij het college anders heeft bepaald. Dit laatste artikel blijft ongewijzigd.

als met gesloten deuren wordt vergaderd, van rechtswege een verplichting tot geheimhouding geldt “omtrent informatie die in die vergadering ter kennis van de aanwezigen komt”. De geheimhouding duurt voort totdat de raad haar opheft.¹⁶ Deze beslissing kan staande de besloten vergadering, maar ook op een later moment worden genomen. Uit de memorie van toelichting volgt dat lid 4 alleen op mondelinge informatie ziet. Voor schriftelijke stukken die voor, tijdens of na een besloten vergadering worden overgelegd, is nog steeds een afzonderlijk besluit tot geheimhouding nodig.¹⁷

In lijn met de van rechtswege geldende geheimhouding van hetgeen in een besloten vergadering wordt besproken, verandert de verplichting tot het opmaken van een afzonderlijk verslag van de besloten vergadering. Op dit moment bepaalt artikel 23 Gemeentewet dat het verslag niet openbaar is “tenzij de raad anders beslist”. Het nieuwe lid 5 van dit artikel, maakt daarvan: “tenzij de raad de verplichting tot geheimhouding opheft”. Zodra de geheimhouding is opgeheven, moeten het verslag en de besluitenlijst op de gebruikelijke wijze openbaar gemaakt worden.¹⁸ Zolang een verplichting tot geheimhouding bestaat, worden het verslag en de besluitenlijst niet openbaar gemaakt.¹⁹ Daardoor zal de situatie zich niet meer kunnen voordoen dat het verslag niet geheim, maar toch niet openbaar is.

Een andere verandering betreft de op dit moment geldende eis dat geheimhouding in alle gevallen alleen kan worden opgelegd op grond van een belang genoemd in artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur (WOB); dus zowel ten aanzien van het in een besloten vergadering behandelde, als bij overgelegde stukken. In het wetsvoorstel vervalt de koppeling van geheimhouding langs mondelinge weg met de gronden van de WOB. Het behandelde in een besloten vergadering is van rechtswege geheim, zonder dat hier een toets aan de gronden van de WOB aan vooraf hoeft te gaan. De regering noemt de effecten daarvan “materieel gering”, omdat informatie veelal niet louter mondeling wordt gestrekt. Dat maakt volgens de regering dat, omdat voor het schriftelijk onder geheimhouding verstrekken van stukken de koppeling met de WOB wel van toepassing blijft, geborgd

blijft dat de geheimhouding alleen bij wijze van uitzondering mogelijk is.²⁰

De praktijk zal moeten uitwijzen of deze inschatting van de regering juist is. Dit is mogelijk mede afhankelijk van het effect van de in subparagraaf 3.5 te bespreken wijziging dat het college geheime stukken niet langer aan één of enkele raadsleden kan verstrekken, maar altijd aan de raad als geheel. Het vervallen van deze selectieve geheimhouding zou tot gevolg kunnen hebben dat het in eerste instantie alleen mondeling, in besloten vergadering, delen van geheime informatie juist gestimuleerd wordt.

3.3 Opheffing geheimhouding – bekrachtigingsvereiste vervalt

Op grond van de huidige artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet moet de geheimhouding in acht worden genomen totdat het orgaan dat de verplichting heeft opgelegd haar opheft. Als een orgaan geheimhouding oplegt ten aanzien van een stuk dat aan de raad wordt overgelegd, moet de raad de geheimhouding in de eerstvolgende vergadering bekrachtigen. Besluit de raad de geheimhouding niet te bekrachtigen of neemt de raad hierover geen besluit, dan vervalt de geheimhouding.²¹ Dit bekrachtigingsvereiste geeft in de praktijk regelmatig aanleiding tot discussie.²² Als de raad de geheimhouding heeft bekrachtigd, mag alleen de raad de geheimhouding nog opheffen.

In het wetsvoorstel vervalt de bekrachtigingsverplichting van artikel 25 lid 3 Gemeentewet.²³ De bevoegdheden tot opheffing van de geheimhoudingsverplichting blijven grotendeels ongewijzigd. Ook in het nieuwe artikel 89 is geregeld dat het orgaan dat de verplichting tot geheimhouding heeft opgelegd de bevoegdheid heeft die verplichting op te heffen. Zodra de geheime informatie door een ander orgaan aan de raad is verstrekt, is de raad (als enige orgaan) bevoegd die verplichting op te heffen. Nieuw is dat een geheimhoudingsverplichting die door een commissie is opgelegd, niet alleen door die commissie kan worden opgeheven, maar ook door het orgaan dat de commissie heeft ingesteld.

3.4 Vermelding verplichting tot geheimhouding – ‘geheim’ of ‘vertrouwelijk’?

De huidige artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet bepalen in lid 2 dat van het opleggen van geheimhouding op de stukken

16 Het wetsvoorstel wijzigt in de artikelen 82 en 83 Gemeentewet de formulering van de verwijzing naar het gewijzigde artikel 23 Gemeentewet. Daarbij lijkt vergeten te zijn de bevoegdheid van een commissie op te nemen om de geheimhouding op te heffen. De gewijzigde artikelen lezen nu zo dat in geval van een besloten commissievergadering (alleen) de raad de geheimhouding op mondeling in de vergadering verstrekte informatie kan opheffen.

17 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 18*: “Met betrekking tot schriftelijke stukken die voor, tijdens of na een besloten vergaderingen worden overgelegd, zal een afzonderlijk besluit tot geheimhouding moeten worden genomen.” Het gebruik van de term ‘informatie’ in het nieuwe lid 4 in artikel 23 Gemeentewet is in zoverre verwarrend dat die term in het wetsvoorstel ook gebruikt wordt voor niet-mondelinge informatie, en ook die informatie kan in een besloten vergadering “ter kennis” van de aanwezigen komen.

18 De nu in artikel 23 Gemeentewet opgenomen uitzondering dat openbaarmaking achterwege blijft als dat in strijd is met het openbaar belang, blijft gehandhaafd.

19 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 17*.

20 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 17 en 18*.

21 De stukken zijn vanaf dat moment openbaar, tenzij een in de Wet openbaarheid van bestuur genoemd belang zich tegen openbaarheid verzet.

22 Zie bijvoorbeeld: S.A.J. Munneke, ‘Lastige vragen over het opleggen, bekrachtigen en opheffen van geheimhouding’, *Gst.* 2014/98 en D.J. Elzinga, ‘Soms is een dubbele bekrachtiging van geheimhouding nodig’, *Gst.* 2019/172. Zie verder: Hof ‘s-Hertogenbosch 24 april 2017 ECLI:NL:GHSHE:2017:1789; Hof ‘s-Hertogenbosch 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY0237 (in stand gelaten in HR 18 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:362; artikel 81 RO); en Rb. Noord-Holland 13 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3961.

23 In de memorie van toelichting is hierover overwogen dat het loslaten van de bekrachtiging geen afbreuk doet aan “het hoofdschap van de raad”. De exclusieve opheffingsbevoegdheid van de raad in combinatie met de nieuwe bevoegdheid van de raad stukken waarop geheimhouding rust aan anderen te kunnen verstrekken (zie hierna subparagraaf 3.6), vervangen volgens de regering de bekrachtiging “als vertaling van het hoofdschap van de raad”. Zie *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 20*.

melding wordt gemaakt. Die vermelding is geen constitutief vereiste. Ook zonder vermelding kan op een stuk geheimhouding rusten. De vermelding hoeft bovendien niet op ieder stuk te staan. Een vermelding op bijvoorbeeld de begeleidende brief of het agendavoorstel is voldoende.²⁴

Het nieuwe artikel 89 brengt hier geen verandering in. Lid 1 van dit artikel bepaalt expliciet dat op het betreffende stuk “een verplichting tot geheimhouding” moet worden vermeld.²⁵ Als de geheimhouding wordt opgelegd “ten aanzien van informatie anders dan in schriftelijke vorm” moet de verplichting “op passende wijze” kenbaar worden gemaakt. Een verschil met de huidige bepalingen is dat uit artikel 89 volgt dat de vermelding ook moet plaatsvinden als de raad zelf geheimhouding oplegt. Dat is op dit moment niet expliciet voorgeschreven.

De vraag is dan nog wel wát er op een stuk vermeld moet worden. Die vraag is relevant, omdat het achterwege laten van een duidelijke vermelding tot gevolg kan hebben dat de opgelegde geheimhoudingsverplichting niet voldoende kenbaar is. Consequentie daarvan kan zijn dat een persoon die later aangesproken wordt op het schenden van een geheim ter verdediging met succes kan aanvoeren dat zij/hij niet wist en redelijkerwijs ook niet hoefde te vermoeden dat ten aanzien van dat stuk een geheimhoudingsverplichting gold. Het is dus belangrijk dat er duidelijkheid bestaat over de te gebruiken terminologie.

In de literatuur en in de jurisprudentie is meerdere malen de vraag aan de orde geweest of een op grond van de Gemeentewet geldende geheimhoudingsverplichting ook kenbaar kan zijn als bij de verstrekking alleen wordt vermeld dat de informatie ‘vertrouwelijk’ is. In de jurisprudentie is die vraag bevestigend beantwoord.²⁶ Om misverstanden over de status van een stuk te voorkomen heeft de minister van BZK in een circulaire van 2016 geadviseerd de term ‘vertrouwelijk’ niet te gebruiken maar slechts de term ‘geheim’.²⁷

Het is niet duidelijk of de regering met het wetsvoorstel een verandering beoogt ten aanzien van wát er op een stuk

vermeld moet worden en of beide termen daarvoor gebruikt kunnen blijven worden. Wat in het nieuwe artikel 89 opvalt, is dat deze verplichting iets anders is geformuleerd dan in de artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet. In deze artikelen staat (onder verwijzing naar de in de eerste volzin van lid 2 genoemde mogelijkheid om geheimhouding op stukken op te leggen) telkens: “Daarvan wordt op de stukken melding gemaakt.” Het nieuwe artikel 89 bepaalt dat “een verplichting tot geheimhouding” moet worden vermeld. Het is onduidelijk of het de bedoeling van de regering is dat dát (en dus in ieder geval de term ‘geheim’) voor de kenbaarheid van de geheimhoudingsverplichting in de toekomst op het betreffende stuk moet staan.

Als het nieuwe artikel 89 zo uitgelegd moet worden, betekent dit dat het voor de kenbaarheid van een geheimhoudingsverplichting op grond van de Gemeentewet (een wettelijke geheimhoudingsplicht) niet, en in ieder geval niet zonder meer, voldoende is als op het stuk alleen de term ‘vertrouwelijk’ staat.²⁸ Voor zo’n strikte uitleg van artikel 89 is mogelijk steun te vinden in de memorie van toelichting. De regering bespreekt daarin praktijkvoorbeelden van gemeentelijke informatieprotocollen, die ook de categorie ‘vertrouwelijk’ kennen en ze merkt daarover op: “In die gevallen gaat het echter niet om geheimhouding in de zin van de wet”.²⁹ Verwarrend in dit verband is dat de regering hier overweegt dat er ook nog andere gradaties mogelijk zijn dan het verstrekken van informatie onder geheimhouding. De regering wijst daarbij op “een lichtere vorm van geheimhouding in de zin van de onderhavige regeling, namelijk de situatie waarbij informatie onder embargo wordt verstrekt”. Wat de consequentie is van het schenden van zo’n ‘licht geheim’, legt de regering niet uit. Het gebruik van de term ‘geheim’ lijkt hier ongelukkig. Vrij naar oud-minister Dales zou ik zeggen: “een beetje geheim kan niet”.

Uit het vorenstaande volgt dat het niet zeker is of de regering een duidelijke keuze maakt ten aanzien van het gebruik van de termen ‘geheim’ en ‘vertrouwelijk’. Het zou kunnen dat zij dit bewust niet doet en dat de uitwerking van de vermelding van een verplichting tot geheimhouding aan de rechtspraak wordt overgelaten. De regering doet er goed aan over dit punt bij de verdere behandeling van het wetsvoorstel helderheid te verschaffen.³⁰

Het lijkt verstandig alleen de term ‘geheim’ te gebruiken voor het kenbaar maken van een op grond van de Gemeentewet opgelegde geheimhoudingsplicht. Het gebruik van de term ‘vertrouwelijk’ kan alleen maar voor onnodige discussie zorgen over de kenbaarheid van een geheim. Daarnaast is het verstandig dat een gemeente duidelijk vastlegt hoe in die gemeente geheimhouding op grond van de Gemeentewet wordt opgelegd. Daarbij zou ook vastgelegd

24 HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7667 en ECLI:NL:HR:2008:BB7668.

25 In de memorie van toelichting is hierover opgemerkt: “Bij het verstrekken van geheime informatie vermeldt het orgaan dat de geheimhouding oplegt, dat op die informatie een verplichting tot geheimhouding rust.” *Kamerstukken II 2019/20*, 35546, nr. 3, p. 19.

26 HR 26 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2422, waarbij Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BC8346 in stand is gelaten (artikel 81 RO) en Hof Amsterdam 6 augustus 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI0892, over welk arrest in Hof Amsterdam 6 augustus 2003 is overwogen: “de Hoge Raad heeft geen aanleiding gezien dit arrest te casseren (uitspraak van 2 november 2004, niet gepubliceerd, griffienummer 00032/04)”. Elzinga concludeert dat door het arrest van de Hoge Raad van 2010 “een bres is geslagen” in het geheimhoudingsregime uit de Gemeentewet (D.J. Elzinga, ‘Geheimhouding wel, vertrouwelijkheid niet’, *Gst.* 2020/56). Die bres lijkt in zoverre beperkt, omdat het in de genoemde zaken ging om een gemeente waar geen onderscheid werd gemaakt tussen vertrouwelijke en geheime informatie en de verdachte er niet op mocht vertrouwen dat met ‘vertrouwelijk’ niet ‘geheim’ werd bedoeld.

27 Circulaire Wettelijke regeling inzake geheimhouding van 29 april 2016 van de minister van BZK (kenmerk 2015-0000768814). Niet iedere gemeente lijkt dit advies ter harte te hebben genomen. Zie bijvoorbeeld het Beleidskader aanbieden geheime en vertrouwelijke informatie Rotterdam 2017 (*Gemeentebled* 2017, nr. 122296), waarin zowel een regeling voor geheime informatie als voor vertrouwelijke informatie is neergelegd.

28 Dat artikel 2:5 Awb nu juist een geheimhoudingsplicht in het leven roept voor gegevens met een “vertrouwelijk karakter” laat ik hier onbesproken. Zie over de praktische vragen die dit artikel kan oproepen D.J. Elzinga, ‘Geheimhouding wel, vertrouwelijkheid niet’, *Gst.* 2020/56.

29 Zie: *Kamerstukken II 2019/20*, 35546, nr. 3, p. 11.

30 Het belang hiervan geldt te meer omdat onder omstandigheden het alleen ‘vertrouwelijk’ delen van informatie een geheimhoudingsplicht op grond van ambt of beroep in het leven kan roepen (zie paragraaf 2).

kunnen worden hoe een geheimhoudingsverplichting voor niet-schriftelijke informatie “op passende wijze” kenbaar wordt gemaakt.

3.5 *Geheime stukken aan alle raadsleden verstrekken*

Een principiële wijziging betreft de op dit moment in artikel 25 lid 2 en 4 Gemeentewet geregelde mogelijkheid voor het college, de burgemeester en een commissie om stukken onder geheimhouding slechts aan enkele leden van de raad te verstrekken. In dat geval mag de informatie door deze raadsleden dus niet met andere raadsleden worden gedeeld. Deze selectieve geheimhouding is in het wetsvoorstel niet meer terug te vinden.

Uitgangspunt van het nieuwe artikel 88 is dat informatie waar geheimhouding op rust niet slechts aan enkele raadsleden, maar altijd aan de gehele raad moet worden verstrekt. In lijn hiermee bepaalt lid 5 van artikel 88 bovendien dat het college of de burgemeester, wanneer zij op grond van dit artikel geheime informatie verstrekken aan een commissie waarin leden van de raad zitting hebben, zij die informatie ook aan de (voltallige) raad moeten verstrekken. De regering wil met deze wijziging het uitgangspunt van gelijkheid in de informatiepositie tussen raadsleden benadrukken. Ter motivering van deze wijziging voert de regering, onder verwijzing naar het bestaande en ongewijzigde artikel 169 Gemeentewet, daarenboven aan dat het geheim informeren van enkele leden van de raad afbreuk doet aan het principe dat de raad als geheel wordt geïnformeerd door het college. Het wetsvoorstel heeft als uitgangspunt gelijkheid in informatiepositie tussen raadsleden.³¹

In de memorie van toelichting wijst de regering op de bestaande praktijk dat informatie onder geheimhouding met één of enkele raadsleden wordt gedeeld. De regering vindt een generieke wettelijke regeling voor het opleggen van geheimhouding in deze situatie “gelet op het incidentele en casuïstische karakter van dergelijke overleggen (...) niet noodzakelijk en niet wenselijk”.³²

Het is de vraag wat voor gevolgen deze wijziging voor de praktijk heeft. In ieder geval hebben de burgemeester en het college niet langer de mogelijkheid om stukken onder een wettelijke geheimhoudingsplicht alleen aan enkele raadsleden te verstrekken. Mede gezien de aangehaalde memorie van toelichting lijkt de regering ook de mogelijkheid te willen uitsluiten dat stukken onder een ambtelijke geheimhoudingsplicht aan enkele raadsleden worden verstrekt.³³

In een besloten vergadering van een commissie kan mondeling echter nog wel onder geheimhouding alleen aan de commissieleden informatie worden verstrekt. De in zo'n vergadering mondeling gedeelde informatie wordt met het wetsvoorstel immers van rechtswege geheim. De

verplichting van het nieuwe artikel 88 lid 5 dat aan een commissie verstrekte informatie met de gehele raad moet worden gedeeld, lijkt niet op deze informatie te zien.³⁴ Daardoor blijft het mogelijk onder geheimhouding mondeling alleen enkele raadsleden te informeren. Het vervallen van de huidige selectieve wettelijke geheimhouding ten aanzien van stukken zal waarschijnlijk tot gevolg hebben dat geheime informatie vooral mondeling zal worden gedeeld.

3.6 *Bevoegdheid verstrekken geheime informatie 'aan anderen'*

De artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet bepalen dat geheimhouding in acht moet worden genomen door hen die bij het behandelde in de besloten vergadering aanwezig waren en allen die van het behandelde of de geheime stukken kennis dragen. Het nieuwe artikel 89 lid 2 bepaalt in dezelfde lijn dat een verplichting tot geheimhouding in acht moet worden genomen “door allen die van de informatie kennis dragen”.

Het orgaan dat de geheimhouding heeft opgelegd blijft op grond van het nieuwe artikel 88 bevoegd die informatie aan andere organen te verstrekken.³⁵ In aanvulling hierop bepaalt lid 6 van dit nieuwe artikel dat als een ander orgaan geheime informatie aan de raad verstrekt, de raad bevoegd is die informatie aan anderen te verstrekken. Voor dat geval bepaalt lid 6 ook dat de raad regels kan stellen over het verstrekken van die informatie. De regering noemt als voorbeeld van de door de raad te stellen regels dat de raad ook in algemene zin regels kan stellen om het college in staat te stellen stukken onder geheimhouding met anderen te delen als dit voor het dagelijks bestuur van de gemeente noodzakelijk is. De regering wil daarmee aan het lokaal bestuur ruimte laten om te bepalen dat het orgaan dat informatie geheim heeft verklaard, na het verstrekken van die informatie aan de raad, alsnog zelf de kring van geheimhouders mag uitbreiden.³⁶ Bij deze nieuwe regeling kan een aantal kanttekeningen worden geplaatst.

Allereerst valt op dat het nieuwe artikel 88 bepaalt dat het orgaan dat geheimhouding oplegt de geheime informatie alleen mag delen met de raad, het college, de burgemeester, de rekenkamer en een commissie (hierna: ‘de organen’). Geheime informatie mag in beginsel niet met anderen, bijvoorbeeld een extern adviseur, worden gedeeld. Deze bevoegdheid is, in lid 6, alleen aan de raad toegekend. Consequentie daarvan is dat, als bijvoorbeeld het college geheimhouding heeft opgelegd, het college die informatie pas aan anderen mag verstrekken als aan twee voorwaarden is voldaan. Het college moet die informatie dan eerst aan de raad verstrekken én de raad moet bovendien geregeld hebben dat het college informatie aan anderen mag verstrekken. Daarmee sluit de regering de mogelijkheid uit dat het college zelf kan

31 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 10 en 20.*

32 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 20.*

33 Zowel de schending van een geheim uit hoofde van ambt of beroep als de schending van een geheim uit hoofde van een wettelijk voorschrift is in artikel 272 Sr strafbaar gesteld (zie paragraaf 2). Munneke vindt dat een geheimhoudingsplicht voor raadsleden niet kan worden gebaseerd op “zo'n aanvullend ongeschreven ambtsgeheim” (S.A.J. Munneke, ‘De reikwijdte van gemeentelijke geheimhoudingsplichten’, *Gst.* 2006/110).

34 Zie subparagraaf 3.2.

35 Dit is nu geregeld in de tweede leden van artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet. Het laatste artikel bepaalt ook dat behalve college en burgemeester ook de voorzitter van een commissie onder geheimhouding stukken aan de commissie kan overleggen.

36 Zie: *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 19 en 20* (in de memorie van toelichting is abusievelijk verwezen naar artikel 88 “vijfde lid”).

beslissen dat geheime informatie aan een ander, niet zijnde een ander orgaan, wordt verstrekt. Het is de vraag of die mogelijkheid in de praktijk niet gemist zal worden.³⁷

Iets anders dat bij het nieuwe artikel 88 opvalt, is dat lid 6 alleen bepaalt dat de raad geheime informatie aan anderen mag verstrekken in het geval die informatie door een ander orgaan aan hem is verstrekt. Het wetsvoorstel regelt niet (althans niet expliciet) dat de raad informatie ten aanzien waarvan hijzelf geheimhouding heeft opgelegd aan anderen mag verstrekken. Dat lijkt een omissie te zijn; niet valt in te zien waarom de raad dat niet zou mogen. Los hiervan geldt ook hier dat het belangrijk is dat de raad daadwerkelijk regels stelt over het aan anderen verstrekken van geheime informatie. Dit teneinde zo goed mogelijk te borgen dat een geheim daadwerkelijk geheim blijft.

3.7 Nieuwe ordemaatregel: uitsluiting van geheime informatie

De regering vindt het van groot belang dat het orgaan dat de geheimhouding oplegt erop kan vertrouwen dat eenieder zich hier ook aan houdt. Het opleggen van geheimhouding vormt een uitzondering op de regel van openbaarheid, en wanneer deze wordt opgelegd zal daar, aldus de regering, een goede reden voor zijn. De praktijk laat echter zien dat zich situaties voordoen waarin geheime informatie toch openbaar wordt gemaakt. Het is voor die – in de woorden van de regering – “uitzonderlijke situatie” dat de raad een nieuwe bevoegdheid krijgt.³⁸

De raad mag op grond van het nieuwe artikel 89 lid 5 een raads- of commissielid dat een geheim schendt, uitsluiten van het ontvangen van informatie waarop geheimhouding rust. Deze uitsluiting kan ten hoogste drie maanden duren.³⁹ De regering introduceert deze ordemaatregel om te voorkomen dat het college of de burgemeester uit vrees voor openbaarmaking geheime informatie niet meer met de raad deelt.⁴⁰

Bij deze maatregel is een aantal kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste staat de maatregel haaks op het uitgangspunt van gelijkheid in de informatiepositie tussen raadsleden.⁴¹ Daarbij komt dat het de vraag is of deze maatregel effect zal hebben. Het zou zo maar kunnen zijn dat in de periode dat een raadslid van geheime informatie is uitgesloten helemaal geen geheime informatie wordt verstrekt. Het is bovendien bepaald onzeker of deze maatregel voldoende afschrikkende werking zal hebben voor een raadslid dat welbewust een geheim wil schenden.

37 Als deze bevoegdheid alsnog voor college, burgemeester en commissie in het wetsvoorstel zou worden opgenomen, zou deze eventueel beperkt kunnen worden tot het geval dat die informatie nog niet aan de raad is verstrekt. De regeling van het nieuwe artikel 86 lid 6 zou dan pas van toepassing zijn als de geheime informatie aan de raad is verstrekt.

38 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 21.*

39 De regering heeft aansluiting gezocht bij artikel 26 Gemeentewet op grond waarvan de raad een lid van de raad voor ten hoogste drie maanden de toegang tot de vergadering kan ontzeggen (*Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 21*).

40 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 21.*

41 De regering overweegt daarover dat differentiatie in de informatiepositie mogelijk moet zijn met betrekking tot die raadsleden die de verplichting tot geheimhouding schenden (*Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 10*).

Met betrekking tot de afschrikwekkende werking is nog wel van belang dat de nieuwe maatregel de strafrechtelijke handhaving van een schending van een geheimhoudingsplicht onverlet laat. De regering merkt daarover op dat de maatregel losstaat van “de beoordeling van de strafwaardigheid van schending van de geheimhouding in de zin van artikel 272 Wetboek van Strafrecht”.⁴²

In de volgende paragraaf komt de vraag aan de orde of een schending van een geheim altijd strafrechtelijk vervolgbaar is. Daarbij is in het bijzonder ook besproken of een raadslid ook vervolgd kan worden als deze een geheim in een openbare vergadering schendt en hoe zich dat verhoudt tot de in artikel 22 Gemeentewet neergelegde immuniteit van een raadslid.

4. Schending van een geheim altijd strafrechtelijk vervolgbaar?

4.1 Strafrechtelijke immuniteit als schending tijdens openbare vergadering?

De in paragraaf 2 gegeven voorbeelden van veroordelingen voor een schending van de geheimhoudingsplicht betreffen alle situaties waarin het geheim buiten een openbare vergadering van de raad of een commissie is geschonden. Er is geen discussie over dat een strafrechtelijke vervolging in dat geval mogelijk is. Het is echter de vraag of een vervolging ook mogelijk is als bijvoorbeeld een raadslid een geheim tijdens een openbare vergadering openbaart.

Op grond van het huidige artikel 22 Gemeentewet kunnen de leden van ieder orgaan van de gemeente en anderen die deelnemen aan de beraadslaging niet in rechte worden vervolgd of aangesproken voor hetgeen zij in de vergadering van de raad hebben gezegd of aan de raad schriftelijk hebben overgelegd. Zij genieten daarvoor immuniteit; zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk. Dit geldt ook voor de vergadering van commissies.⁴³ De bedoeling van de immuniteit is dat degenen die aan de beraadslaging van zo'n vergadering deelnemen zich in het publiek belang zonder terughoudendheid in de vergadering moeten kunnen uiten. Zij moeten in vrijheid opvattingen kunnen verkondigen zonder het risico te lopen voor de inhoud daarvan in rechte ter verantwoording te worden geroepen.⁴⁴

Een raadslid kan daarom tijdens een openbare vergadering straffeloos beledigende en/of racistische uitspraken doen. Artikel 22 Gemeentewet beschermt het raadslid dan tegen een strafrechtelijke vervolging, terwijl zo'n vervolging wel mogelijk is als de uitspraken bijvoorbeeld buiten de vergadering in een café zijn gedaan. Het is de vraag of de werking van de in artikel 22 Gemeentewet neergelegde immuniteit zo ruim is, dat het ook niet mogelijk is een raadslid strafrechtelijk te vervolgen als deze tijdens een openbare vergadering van de raad de geheimhoudingsplicht schendt.

42 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 10 en zo ook p. 21.*

43 Op grond van de artikelen 82 en 83 Gemeentewet.

44 Zie de in HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:883 aangehaalde parlementaire geschiedenis.

De staatssecretaris van BZK beantwoordt deze vraag bevestigend. Volgens de staatssecretaris geldt de strafrechtelijke onschendbaarheid voor alles wat een raadslid in de vergadering van de raad heeft gezegd of aan de raad schriftelijk heeft overgelegd, ook als daarmee de geheimhoudingsplicht wordt geschonden. De staatssecretaris gaat daarmee uit van een absolute werking van de immuniteit. Raadsleden hebben volgens de staatssecretaris een “bijzondere vrijheid van meningsuiting”. Het orderegime van de raad biedt mogelijkheden om maatregelen te treffen tegen eventuele schendingen van de geheimhoudingsplicht.⁴⁵

In de literatuur is de heersende leer dat de immuniteit absoluut is.⁴⁶ Elzinga concludeert dat de immuniteit in alle opzichten domineert boven het geheimhoudingsregime. De gelding van immuniteit betekent volgens hem niet dat een raadslid “straffeloos” de geheimhoudingsplicht kan schenden. Immuniteit betekent volgens Elzinga “enkel dat het ene regime – dat van strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid – is vervangen door het orderegime van de volksvertegenwoordiging”.⁴⁷ Schutgens zit op dezelfde lijn en spreekt in dit verband over “geldend recht”.⁴⁸ Hij voegt daar nog wel aan toe dat het daarmee “nog niet per se wenselijk recht” is.⁴⁹ Ook Verstedden kent aan de immuniteit “gezien de rechtshistorie” een absolute betekenis toe.⁵⁰ De reikwijdte van de immuniteit is in verschillende arresten van de Hoge Raad aan de orde geweest. Volgens de Hoge Raad strekt de bescherming die artikel 22 Gemeentewet aan een gemeenteraadslid biedt zich niet uit “tot andere handelingen dan die welke in die wettelijke bepaling

worden genoemd”.⁵¹ In de aan de Hoge Raad voorgelegde zaken gaat het echter telkens om een beoordeling van de inhoud van de gedane uitlating dan wel het overgelegde stuk en/of om de vraag of degene die de uitlating heeft gedaan dan wel het stuk heeft overgelegd iemand is die deelneemt aan een beraadslaging van een vergadering zoals bedoeld in artikel 22 Gemeentewet.

Het vermoedelijk belangrijkste “orde-wapen” ligt in handen van de burgemeester. Als de burgemeester de vergadering tijdig (te weten: voor de daadwerkelijke schending van het geheim) schorst, is op dat moment geen sprake meer van een vergadering van de raad. Een raadslid geniet immers geen immuniteit voor een geheim dat ná de schorsing openbaar wordt gemaakt. Een andere maatregel is dat de raad een lid tijdelijk de toegang tot de vergadering kan ontzeggen (artikel 26 lid 3 Gemeentewet).

In die arresten heeft de Hoge Raad niet, en in ieder geval niet expliciet, geoordeeld over de vraag of ook een beroep op immuniteit kan worden gedaan als de geheimhoudingsplicht in een openbare vergadering is geschonden. Vermeldenswaardig in dit verband is dat de rechtbank Rotterdam in een vonnis van 10 april 2009 de reikwijdte van artikel 22 Gemeentewet beperkt uitlegt. De rechtbank verwerpt in die zaak een beroep op de absolute werking van de immuniteit en overweegt dat een ongeclausuleerde immuniteit de toepasselijkheid van artikel 25 Gemeentewet illusoir zou maken ten aanzien van uitlatingen die door raadsleden zijn gedaan in openbare vergaderingen van de gemeenteraad.⁵²

4.2 Wetsvoorstel: geen overweging over reikwijdte immuniteit

Het wetsvoorstel wijzigt artikel 22 Gemeentewet niet en de regering besteedt in de memorie van toelichting geen aandacht aan de reikwijdte van de immuniteit.⁵³ Wat daarbij opvalt, is dat de regering ook niet verwijst naar het door de staatssecretaris ingenomen standpunt dat de strafrechtelijke immuniteit absoluut is en dus ook geldt voor het raadslid dat in een openbare vergadering de geheimhoudingsplicht schendt. Zo’n verwijzing zou niet onlogisch zijn geweest als dat vandaag de dag ook het standpunt van de regering is.

De strafrechtelijke handhaving van een schending van een geheimhoudingsverplichting komt in de memorie van toelichting wel in algemene zin aan de orde in relatie tot de nieuwe ordemaatregel. De regering overweegt in dat verband echter alleen dat de beoordeling van de

45 Zie de brief van de staatssecretaris van BZK aan de VNG van 14 september 2010 (kenmerk 2010-00004/3939). De staatssecretaris reageert met deze brief op het door de VNG bij haar onder de aandacht gebrachte vraagstuk van de verhouding tussen de geheimhoudingsplicht en de immuniteit. De staatssecretaris sluit haar brief af met de opmerking dat zij geen aanleiding ziet op dit punt tot wetswijziging te komen.

46 Vgl. H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Immuniteit, geheimhouding en vergaderorde’, *Gst.* 2010/51.

47 D.J. Elzinga, *Immuniteit versus geheimhoudingsplicht*, Advies aan de gemeente Ede d.d. 25 augustus 2009 (zie www.binnenlandsbestuur.nl/Uploads/Files/Document/adviesgemeente-ede239093.pdf). Elzinga wijst er in zijn advies op dat een inperking van de (parlementaire) immuniteit meermalen onderwerp van debat is geweest. Zowel in relatie tot de geheimhoudingsplicht als bijvoorbeeld ten aanzien van het doen van rasdiscriminatorische uitlatingen. Hij concludeert: “nimmer heeft een en ander geleid tot beperkende interventies van de wetgever”.

48 R.J.B. Schutgens, ‘Ook uit de school klappende raadsleden zijn immuun’, *NJB* 2015/503. Zo ook J.L.W. Broeksteeg in zijn noot onder HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:883, *Gst.* 2017/123 (immuniteit “derogert” aan de geheimhoudingsplicht) en – over artikel 53 (oud) Gemeentewet – G.L. Elsen, *De vergadering van de gemeenteraad*, Arnhem: VUGA-Boekery, 1962, p. 38 (“hoe betreurenswaardig ook het gebruik van deze situatie zou zijn”). Zie over de reikwijdte van artikel 22 Gemeentewet ook S.A.J. Munneke, ‘Hoever reikt de parlementaire immuniteit van artikel 22 Gemeentewet?’, *Gst.* 2020/25.

49 In vergelijkbare zin N. Hoos, ‘Een maas in de wet’, *NJB* 2012/587.

50 C.J.N. Verstedden, ‘Naschrift’ onder H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Immuniteit, geheimhouding en vergaderorde’, *Gst.* 2010/51.

51 HR 16 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:883 en HR 2 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8693. In dezelfde zin over het oude artikel 53 Gemeentewet: HR 24 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD2221 en HR 7 november 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0033. Zie ook HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1544 (immuniteit ex artikel 71 Grondwet) en HR 17 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2302 (immuniteit lid van de Staten van Aruba).

52 Rb. Rotterdam 10 april 2009, 10/775504-06 (ongepubliceerd). De rechtbank kwam tot een vrijspraak en het Openbaar Ministerie heeft tegen dat vonnis geen hoger beroep ingesteld.

53 Als de regering aandacht had willen besteden aan de immuniteitsregel, zou het voor de hand hebben gelegen dit in deze eerste tranche te doen. Het ligt niet voor de hand dat te doen in de tweede tranche die nu in voorbereiding is.

strafwaardigheid van schending van de geheimhouding in de zin van artikel 272 Wetboek van Strafrecht losstaat van die ordemaatregel.⁵⁴ Maar daarmee zegt de regering niets over (de reikwijdte van) artikel 22 Gemeentewet.

Het is niet uit te sluiten dat de regering zich (stilzwijgend) kan vinden in de heersende leer dat de immuniteit absoluut is en dat een raadslid dat in een openbare raadsvergadering uit de school klappt strafrechtelijk niet vervolgd kan worden. Maar zeker is dat niet. Het is, in de hiervoor aangehaalde woorden van Schutgens, daarom op zijn minst genomen ‘wenselijk’ dat de regering aan dit onderwerp in het kader van het wetsvoorstel aandacht besteed.

4.3 Argumenten voor beperkte reikwijdte immuniteit

De voorliggende ingrijpende wetswijziging is bij uitstek een moment om de reikwijdte van de immuniteit aan een (even grondige) heroverweging te onderwerpen. Er zijn namelijk goede argumenten voor een benadering waarbij uitgegaan wordt van een beperkte reikwijdte van de immuniteit.

Hennekens heeft voor zo’n andere benadering gepleit. Hij acht de stelling dat op grond van artikel 22 Gemeentewet immuniteit geboden wordt aan het raadslid dat de plicht tot geheimhouding in een openbare raadsvergadering schendt “onhoudbaar”. Volgens Hennekens staat immuniteit als het ware naast de voor een raadslid geldende plicht tot geheimhouding. Bij immuniteit gaat het om bescherming van de gedane uitlatingen. De immuniteit garandeert dat eenieder die gerechtigd is aan de beraadslaging deel te nemen vrijuit mag spreken of vrij is in het schriftelijk zich uiten. Bij de geheimhouding gaat het om een verbod tot het doen van uitlatingen. Anders gezegd: de immuniteit ziet op wát je zegt of schrijft en de geheimhoudingsplicht ziet op dát je iets zegt of schrijft.⁵⁵ De immuniteit geregeld in artikel 22 Gemeentewet geldt volgens Hennekens daarom niet voor het in een openbare raadsvergadering schenden van een geheimhoudingsplicht.⁵⁶

Het is overigens ook de vraag welk gerechtvaardigd belang gediend kan zijn met het straffeloos kunnen schenden van een geheimhoudingsverplichting in een openbare raads- of commissievergadering. Een belang dat niet ook op een andere manier gediend zou kunnen worden, bijvoorbeeld door het geheim in een besloten vergadering aan de orde te

stellen of door te bewerkstelligen dat het geheim vóór het debat wordt opgeheven?⁵⁷

De vraag kan ook anders gesteld worden: welk redelijk belang maakt dat het geheim per se in een openbare vergadering aan de orde moet worden gesteld? En is dat belang van dien aard dat het gerechtvaardigd is dat de schender van het geheim absolute immuniteit geniet? Hennekens wijst er in dit verband op dat het bij de geheimhoudingsplicht niet gaat om de vrijheid van een volksvertegenwoordiger in zijn functioneren, maar om de openbaarheid van de uitingen. Bij de geheimhoudingsplicht gaat het om de bescherming van bepaalde belangen die niet zonder meer aan de openbaarheid mogen worden prijsgegeven.⁵⁸

Er zijn geen openbare bronnen waaruit op te maken is hoe vaak de schending van een geheim in een openbare raadsvergadering voorkomt. Voor de goedwillende leden van het gemeentebestuur zal iedere schending er vermoedelijk echter één te veel zijn. Zij hebben er een gerechtvaardigd belang bij dat er voldoende stevig kan worden opgetreden tegen iemand die de geheimhoudingsplicht bewust schendt. Een stevige sanctiemogelijkheid kan er bovendien aan bijdragen dat voorkomen wordt dat de vrees van de regering dat het college of de burgemeester uit angst voor openbaarmaking geheime informatie niet meer met de raad deelt, bewaarheid wordt.⁵⁹ Het is echter de vraag of het vergrote ordemaatregelarsenaal van de raad een voldoende preventieve en repressieve werking zal hebben.

Als de gemeentelijke praktijk die ordemaatregelen onvoldoende vindt, dan moet gekeken worden op welke manier steviger tegen een geheimhoudingsschending kan worden opgetreden. Een oplossing die dan voor de hand ligt, is dat het strafrecht ook hier, als ultimum remedium, kan worden ingezet. Daartoe moet dan wel zeker zijn gesteld dat de reikwijdte van de immuniteit beperkt is.

4.4 Voorstel tot aanvulling wetsvoorstel: beperking immuniteit

Uitgaand van de hiervoor geschetste absolute immuniteit, is een wijziging van artikel 22 Gemeentewet nodig om strafrechtelijke vervolging van een geheimhoudingsschending in een openbare vergadering mogelijk te maken. Een manier om dit te doen is door in dit artikel het handelen in strijd met artikel 272 Sr expliciet en als enige uitzondering op de immuniteit op te nemen. De reikwijdte van de immuniteit strekt zich dan alleen nog uit over wát er gezegd of overgelegd wordt, en niet meer over dát er iets wordt gezegd of overgelegd.

In geval van deze wijziging lijkt het goed in artikel 272 Sr op te nemen dat een schending van een geheimhoudingsplicht tijdens een openbare raads- of commissievergadering

54 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 10 en 21.*

55 H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Immuniteit, geheimhouding en vergaderorde’, *Gst.* 2010/51. Verstedden vindt het door Hennekens gemaakte onderscheid tussen de dat- en de wat-vraag een interessante redenering, waarvan het op zichzelf goed voorstelbaar is dat de wetgever deze in de wettekst zou neerleggen. Er schuilt volgens hem “onmiskienbaar iets erg onbevredigends in het feit dat een raadslid de facto zo maar een geheimhoudingsplicht (geen kleinigheid!) kan schenden”. Zie C.J.N. Verstedden in zijn ‘Naschrift’ onder het artikel van Hennekens.

56 H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Derogert immuniteit aan de geheimhoudingsplicht?’, *NJB* 2015/91. Hennekens noemt in dit artikel verschillende redenen waarom toekenning van derogerende werking aan de immuniteit ten opzichte van de geheimhoudingsplicht in zijn optiek geen bevredigende oplossing oplevert.

57 Een raadslid heeft de mogelijkheid de vergadering te verzoeken de geheimhouding op te heffen en de mogelijkheid zich ter zake van het geheimhoudingsbesluit tot de bestuursrechter te wenden (de beslissing om geheimhouding op te leggen is een besluit waartegen voor het raadslid beroep openstaat).

58 H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Immuniteit, geheimhouding en vergaderorde’, *Gst.* 2010/51.

59 *Kamerstukken II 2019/20, 35546, nr. 3, p. 21.*

een zogenoemd klachtdelict is. Strafrechtelijke vervolging is dan alleen mogelijk als een klacht is ingediend.⁶⁰ De kring van klachtgerechtigden zou bovendien beperkt kunnen worden tot bijvoorbeeld de burgemeester en/of de raad.⁶¹ Door het invoeren van zo'n klachtvereiste met een beperkte kring van klachtgerechtigden is de inbreuk op de immuniteit beperkt en voorkom je dat iedere willekeurige burger zich over een geheimhoudingsschending zou kunnen beklagen. Dat laatste lijkt niet nodig en ook niet wenselijk.⁶²

5. Afsluiting: kanttekeningen bij en een aanvulling voor het wetsvoorstel

Het in augustus van dit jaar ingediende wetsvoorstel Wet bevorderen integriteit en functioneren decentraal bestuur heeft onder meer tot doel de wettelijke bepalingen inzake het opleggen en opheffen van geheimhouding te verduidelijken en vereenvoudigen. De huidige regeling gaat volledig op de schop. De artikelen 25, 55 en 86 Gemeentewet vervallen en maken plaats voor één centrale regeling in een nieuw Hoofdstuk VA Geheimhouding. Nieuw is dat het mondeling in een besloten vergadering behandelde van rechtswege geheim is en dat een belang genoemd in artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur voor het in zo'n vergadering mondeling verstrekken van geheime informatie niet langer vereist is.

Het orgaan dat de verplichting tot geheimhouding heeft opgelegd blijft bevoegd die verplichting op te heffen. Nieuw is dat het orgaan dat een commissie heeft ingesteld de door die commissie opgelegde geheimhouding ook mag opheffen. Als geheime informatie door een ander orgaan aan de raad is verstrekt, blijft de raad (exclusief) bevoegd de geheimhoudingsverplichting op te heffen. De huidige bekrachtigingsverplichting van artikel 25 lid 3 Gemeentewet, die in de praktijk nogal eens tot discussie aanleiding heeft gegeven, komt te vervallen.

Uitgangspunt van de nieuwe regeling is dat geheime informatie altijd aan de gehele raad moet worden verstrekt. De in het huidige artikel 25 lid 2 en 4 Gemeentewet geregelde bevoegdheid van het college, de burgemeester en een commissie om stukken onder geheimhouding alleen aan enkele raadsleden te verstrekken, komt te vervallen. Informatie

kan in een besloten vergadering van een commissie mondeling nog wel onder geheimhouding alleen aan de betreffende commissieleden worden verstrekt. Het vervallen van de huidige selectieve wettelijke geheimhouding ten aanzien van stukken zal waarschijnlijk tot gevolg hebben dat geheime informatie vooral mondeling zal worden gedeeld. Nieuw is ook dat, als bijvoorbeeld het college geheime informatie aan de raad verstrekt, de raad (in beginsel als enige) bevoegd is die informatie aan anderen te verstrekken. Bijvoorbeeld aan een externe deskundige. Het college mag die informatie zelf pas aan een deskundige verstrekken als die informatie eerst aan de raad is verstrekt én de raad regels heeft vastgesteld op grond waarvan het college die informatie aan een ander mag verstrekken. Het college kan dat niet zelf beslissen. Het is de vraag of die mogelijkheid in de praktijk niet gemist zal worden.

De raad krijgt in het wetsvoorstel een nieuwe ordebevoegdheid. De raad mag een raads- of commissielid dat een geheim schendt voor ten hoogste drie maanden uitsluiten van het ontvangen van informatie waarop geheimhouding rust. Mede gezien de bij deze maatregel te plaatsen kanttekeningen is het vraag of deze maatregel voldoende afschrikkende werking zal hebben voor een raadslid dat welbewust een geheim wil schenden.

De ordemaatregel staat los van de beoordeling van de strafwaardigheid van een schending van de geheimhouding zoals strafbaar gesteld in artikel 272 Sr. De regering laat zich niet uit over de vraag of iemand die een geheim tijdens een openbare raadsvergadering schendt strafrechtelijk kan worden vervolgd of dat deze persoon ook in dat geval op grond van artikel 22 Gemeentewet strafrechtelijke immuniteit geniet. Het kan zijn dat de regering stilzwijgend uitgaat van de in de literatuur heersende leer dat de immuniteit absoluut is en dat een raadslid een geheim dus straffeloos in een openbare vergadering kan schenden.

Er zijn goede argumenten voor een andere, beperkte, uitleg van de immuniteit. De ingrijpende wijziging van de geheimhoudingsregeling is bij uitstek een moment om de reikwijdte van de immuniteit aan een (even grondige) heroverweging te onderwerpen. In dit artikel is een concreet voorstel gedaan voor het wettelijk vastleggen van een beperking van de reikwijdte van de immuniteit, opdat duidelijk is dat ook tijdens een raadsvergadering niet straffeloos uit de school kan worden geklapt. Deze aanvulling op het wetsvoorstel kan een extra bijdrage leveren aan de met dit voorstel door de regering beoogde bevordering van de integriteit en het functioneren van het decentraal bestuur.

60 Zie artikel 64 e.v. Sr voor specifieke bepalingen over de indiening en intrekking van een klacht. Een klacht is een aangifte mét het verzoek tot vervolging. Een klacht is alleen vereist bij zogenoemde klachtdelicten. Lid 2 van artikel 272 Sr bepaalt nu al dat, als dit misdrijf tegen een bepaald persoon is gepleegd, vervolging alleen op diens klacht mogelijk is. Op dit klachtvereiste is in diverse wetten een uitzondering gemaakt, bijvoorbeeld in artikel 12 lid 2 Wet bescherming persoonsgegevens.

61 De bevoegdheid van de burgemeester om (al dan niet als enige) een klacht in te dienen sluit aan bij zijn in artikel 170 lid 2 Gemeentewet neergelegde bevoegdheid de bestuurlijke integriteit van de gemeente te bevorderen. De bevoegdheid een klacht in te dienen past ook bij de op de burgemeester rustende verplichting tot het doen van aangifte als deze kennis krijgt van een geheimhoudingsschending. Deze aangifteverplichting volgt uit artikel 162 Wetboek van Strafvordering. Het klachtrecht van de burgemeester is daarom niet te zien als een versterking van de positie van de burgemeester. De regering vindt zo'n versterking niet wenselijk (zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35546, nr. 3, p. 4).

62 Zie voor bij de voorgestelde aanvulling op het wetsvoorstel te plaatsen kanttekeningen bijvoorbeeld N. Hoos, 'Een maas in de wet', *NJB* 2012/587.