

Concept-amendement “ZOEKSLAG”  
Bij het Wetsvoorstel Wijzigingswet Wet open overheid  
Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 35 112, nr.

## **AMENDEMENT VAN HET LID X**

Ontvangen X januari 2021

De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:

Na artikel I, onderdeel K, wordt een onderdeel ingevoegd, luidende:

Ka

Het opschrift van artikel 4.5 wordt gewijzigd in:

### **Artikel 4.5 Zoekslag en verstrekking**

Na artikel I, onderdeel Ka, wordt een onderdeel ingevoegd, luidende:

Kb

Na artikel 4.5, tweede lid, wordt een artikellid ingevoegd, luidende:

3. In bestuursrechtelijke procedures rust op het bestuursorgaan de bewijslast dat het een volledige en deugdelijke zoekslag heeft uitgevoerd naar de publieke informatie zoals verzocht in artikel 4.1, eerste lid, tenzij het bestuursorgaan middels een methode die gelet op de formulering en aard van het verzoek en de stand van de techniek aantoont dat hij de zoekslag volledig en deugdelijk heeft uitgevoerd.

### **Toelichting**

Dit amendement vult artikel 4.5 van de Wet open overheid aan met een bepaling over de manier waarop het bestuursorgaan de zoekslag moet uitvoeren naar de verzochte informatie. Voldoet het bestuursorgaan hieraan niet, dan geldt een omkering van de bewijslast in procedures. Hiermee wordt de informatie-asymmetrie tussen overheid en burger doorbroken.

Concreet mag van het bestuursorgaan worden verlangd dat:

- terzake deskundige functionarissen, die geen belang of betrokkenheid hebben bij de informatie waarom is verzocht;
- met een correcte en volledige zoekopdracht;
- zoeken in alle relevante systemen en documenten;
- op de juiste zoektermen;
- waarvan een compleet en begrijpelijk verslag wordt opgemaakt.

De voorgestelde bepaling sluit aan op de ontwikkeling in de jurisprudentie over de Wob van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hieruit blijkt dat de motivering van het bestuursorgaan ‘te hebben gezocht, maar niets meer gevonden’ niet meer altijd wordt geaccepteerd en er eisen worden gesteld aan de wijze van zoeken naar overheidsinformatie en rapporteren daarover. Dit wordt aangeduid met ‘zoekslag’. Een recent voorbeeld is de Afdelingsuitspraak over openbaarmaking van documenten over de ontpoldering van de Hedwigepolder:

9.2 De Afdeling is van oordeel dat de minister ook in het besluit van 18 december 2019 onvoldoende heeft gemotiveerd dat naar aanleiding van het Wob-verzoek voldoende zorgvuldig onderzoek is gedaan. De minister heeft verklaard dat bij het ministerie in het gedigitaliseerde systeem en in de documentatie van zijn voorgangers naar de gevraagde documenten is gezocht. Voorts is het Wob-verzoek doorgeleid naar Rijkswaterstaat en de projectorganisatie ProSes. De minister heeft echter niet duidelijk gemaakt welke zoekopdracht aan de daarbij ingeschakelde functionarissen is gegeven, en niet door middel van rapportage van die functionarissen of anderszins duidelijk gemaakt op welke wijze (in welke bestanden en dossiers en met welke zoektermen) is gezocht. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de minister niet inzichtelijk heeft gemaakt dat voldoende zorgvuldig onderzoek is gedaan. (...) Gelet hierop dient de minister ook te onderzoeken of de gevraagde documenten (hebben) bestaan en bij hem hadden behoren te berusten. Dit betekent dat ook moet worden onderzocht of documenten die veilig gesteld hadden moeten worden, zijn vernietigd. (ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2437, r.o. 9.2, JG 2020/37, m. nt. C. Raat)

De Afdelingsjurisprudentie beweegt in elk geval naar een ‘verzwaarde motiveringsplicht’ of een ‘bewijsvermoeden’, maar dan wel als de verzoeker eerst de bewijsdrempel – waarbij hij met concreet bewijs in de vorm van bijv. een document dat bij de gevraagde informatie behoort, moet komen dat er meer informatie is dan werd verstrekt – moet zijn gepasseerd. Dit amendement beoogt deze laatste vaak onmogelijk hoge drempel voor de verzoeker op te heffen: alleen als het bestuursorgaan bewijst dat het op professionele en zorgvuldige wijze heeft gezocht, blijft de bewijslast voor de volledigheid van de zoekslag bij de verzoeker liggen.

Dit amendement sluit aan bij de bepalingen over digitale informatiehuishouding als beschreven in Hoofdstuk 6 van dit wetsvoorstel. Het argument dat ‘zoeken’ veel werk is, is volgens de Afdeling geen reden om niet te hoeven zoeken. Dat is, gelet op recente technologische ontwikkelingen, ook steeds minder het geval. Het past bij een moderne overheid dat die haar informatiehuishouding dusdanig op orde heeft, dat informatie gemakkelijk kan worden gevonden. Diverse leveranciers bieden software aan overheidsinstanties. Dat wordt *e-discovery* genoemd: het systematisch doorzoeken van data, systemen en bronnen. Met deze systemen hoeft meer handmatig te worden gezocht en ‘gelakt’. Deze ontwikkeling, die bij diverse overheden al is ingezet, zou een wettelijke plicht moeten worden, maar is vanwege de gedeeltelijk nog papieren archivering en de aanwijzing voor de regelgeving om techniek-neutraal wetten te ontwerpen, niet in de bepaling zelf opgenomen.

Het niet goed uitvoeren van de zoekslag levert volgens de Afdeling een – gemakkelijk door het bestuursorgaan of de bestuursrechter te herstellen – motiveringsgebrek op. Dat past niet bij de aard van de ‘zoekslag’, nu deze de feitelijke uitvoering van de openbaarheidstaak behelst, en geen motiveringstaak.

Vooralsnog lijkt de Afdeling eraan vast te houden dat de verzoeker zelf aannemelijk moet maken dat er meer informatie is, die niet in de besluitvorming en verstrekking is betrokken (ABRvS 20 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA7618 AB 2007, 329, m.nt. P.J. Stolk; JB 2007/149 m. nt. G. Overkleeft-Verburg; ABRvS 14 januari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:29 en 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2216; ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2437, r.o. 9.2, JG 2020/37, m. nt. C. Raat; ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2555).

Vasthouden aan deze ‘aannemelijkheidsformule’, waarbij het bewijsbegin moet worden geleverd door de verzoeker, is niet in overeenstemming met het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Dit amendement beoogt harmonisatie daarvan voor verzoeken om overheidsinformatie, met het doel de verzoeker een sterkere positie te geven dan hij tot op heden volgens de Afdeling heeft. Niet de verzoeker, maar de overheid moet bewijzen dat het op systematische en professionele wijze heeft gezocht naar de gevraagde informatie.

De zoekslag betreft geen motiveringsplicht, zoals de Afdeling oordeelt, maar is gerelateerd aan de plicht tot zorgvuldige voorbereiding van het Woo-besluit als bedoeld in artikel 3:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Artikel 3:2 van de Awb is namelijk niet alleen van toepassing op besluiten, maar ook op feitelijk handelen, waaronder het uitvoeren van de publieke Woo-taak: zoeken en verstrekken van *alle* informatie over een bepaald onderwerp. Voor het veilig bewaren van overheidsinformatie verwacht de Afdeling reeds dat het bestuursorgaan protocollen opstelt (ABRvS 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899, 12 annotaties). Dit amendement sluit hierop aan.

Artikel 3:2 van de Awb is de basis van het bestuursrechtelijk bewijsrecht. Volgens de huidige jurisprudentie ligt de bewijslast ten aanzien van de vraag of alle informatie is gezocht en verstrekt primair bij de aanvrager. Dat werkt in Wob-zaken niet goed uit. De verzoeker vraagt immers per definitie om informatie die hij niet heeft, en van hem kan niet worden verwacht dat hij kan beschrijven hoe de interne informatiehuishouding is geregeld en welke documenten er wel of niet zijn. Er is aldus een grote mate van informatie-asymmetrie. De verzoeker beschrijft op grond van art. 3, tweede lid, van de Wob en art. 4:2 van de Awb de bestuurlijke aangelegenheid (of een concreet document), waarna het aan het bestuursorgaan is om alle informatie te zoeken. Dit amendement bevestigt deze volledig zoek- en bewijsplicht.

Aan Schuurmans kan worden ontleend dat het aan het bestuursorgaan is om de volledigheid van de documentvergaring te bewijzen, omdat deze in de invloedssfeer van het bestuursorgaan ligt, en niet van de verzoeker: “Men gaat ervan uit dat zowel burger als bestuursorgaan een eigen domein hebben waarbinnen ze voor de feiten zorg dienen te dragen. Degene die de beste mogelijkheid heeft om het bewijs te verzamelen, in wiens ‘invloedssfeer’ de feiten liggen, op die rust de bewijslast. Beschikt een van de partijen over de benodigde gegevens of kan zij op eenvoudige wijze aan de gegevens komen, dan draagt zij de bewijslast.” (Y.E. Schuurmans, Bewijslastverdeling in het bestuursrecht, Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen, Leiden 2005, p. 100).