

Nr. 11 Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk/B&W Leiden

Vervolgens komt nog de Wbp aan de orde, waarbij het hof opnieuw overweegt dat de belangenafweging dezelfde is. Ook hier resulteert de Wbp-toetsing dus slechts in een herhaling van zetten.

Enkele aanvullende observaties over dit arrest. Ten eerste: er is wel geopperd dat een beroep op de Wbp aantrekkelijk zou zijn voor eisers bij zaken over onrechtmatige publicaties, nu de Wbp verschillende uitdrukkelijke, positieve verplichtingen oplegt aan degene die persoonsgegevens publiceert, die dus in de procedure zal moeten aantonen dat die verplichtingen zijn nageleefd.⁸ Van dat vermeende bewijsrechtelijke, of in elk geval retorische voordeel voor de eiser blijkt weinig in dit arrest. Integendeel, de veroordeling gaat in hoger beroep alsnog onderuit omdat de eiser onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat de Wbp geschonden is. Ten tweede: het is opmerkelijk dat bij de archiefdiscussie geen toetsing plaatsvindt aan art. 10 Wbp. Dat artikel schrijft in het eerste lid namelijk voor dat persoonsgegevens niet langer worden bewaard dan nodig voor de doeleinden waarvoor zij zijn verzameld. Of dat tot een andere uitkomst had moeten leiden, is overigens geen uitgemaakte zaak. Niet alleen omdat kan worden betoogd dat de doelstelling van volledige archivering nu eenmaal lange opslag rechtvaardigt, maar ook omdat het tweede lid een uitzondering kent voor onder meer historische doeleinden, mits de nodige voorzieningen worden getroffen om te verzekeren dat de gegevens ook uitsluitend voor dat doel worden gebruikt. Enkele overwegingen over die Wbp-bepalingen hadden niet misstaan, waarbij het hof inspiratie had kunnen putten uit de recente uitspraak waarin de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State een online krantenarchief toetste aan de Wbp.⁹ Ten derde: afgaande op dit arrest lijkt alle consternatie destijds over toepassing van de Wbp op onrechtmatige publicatiezaken wat voorbarig te zijn geweest. Het arrest bevestigt weliswaar de mijns inziens onontkoombare conclusie dat sommige bepalingen van de Wbp ook bij perspublicaties in acht moeten worden genomen, maar laat tegelijkertijd zien dat dit per saldo niet tot hele andere uitkomsten hoeft te leiden dan bij de 'gebruikelijke belangenafweging'. Alle hoeders van het vrije woord kunnen dus vooralsnog opgelucht adem halen. Daartoe laat het hof wel een aantal van de richtsnoeren van het Cbp buiten beschouwing (bijvoorbeeld de door de Voorzieningenrechter genoemde toets dat het bij journalistieke doeleinden moet gaan om objectieve informatieverzameling en -verstrekking). Dat lijkt me niet per se een slechte zaak; men kon zich toch al afvragen of die richtsnoeren – voor zover die uitleg geven aan de journalistieke exceptie – nog wel onverkort toegepast mogen worden sinds het *Satamedia*-arrest van het Hof van Justitie.¹⁰ Hun belang voor de Nederlandse rechtspraak lijkt door dit arrest in elk geval niet te zijn toegenomen.

Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 19 januari 2011

Uitspraak op het hoger beroep van:

de stichting Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk, gevestigd te Leiden, appellante,

tegen de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 14 april 2010 in zaak nr. 09/4919 in het geding tussen:

De Linkse Kerk

en

het college van burgemeester en wethouders van Leiden.

1. Procesverloop

Bij besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008 heeft het college een verzoek van De Linkse Kerk om openbaarmaking van informatie inzake de voorgenomen overdracht van de panden Hooglandse Kerkgracht 4 en Koppenhinksteeg 2-8 te Leiden (hierna: de panden) aan Woningstichting Ons Doel, deels afgewezen.

Bij brief van 24 december 2008 heeft het college alsnog een deel van de verzochte informatie openbaar gemaakt.

Bij besluit van 17 juni 2009 heeft het college het door De Linkse Kerk daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 14 april 2010, verzonden op dezelfde datum, heeft de rechtbank het door De Linkse Kerk daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft De Linkse Kerk bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 21 mei 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 14 juni 2010.

Het college heeft een verweerschrift ingediend.

De Linkse Kerk heeft toestemming verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 24 november 2010, waar De Linkse Kerk, vertegenwoordigd door mr. H. van Druenen, werkzaam bij Juridisch Adviesbureau Maury te Utrecht, en het college, vertegenwoordigd door mr. K. van Driel, werkzaam bij de gemeente Leiden, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 10, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: het EVRM), voor zover thans van belang, heeft een ieder recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.

Ingevolge het tweede lid kan dit recht, daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.

Ingevolge het artikel 1, eerste lid, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob), voorzover thans van belang, wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder:

8 Zie R. R. D. Donker, 'Privacy en de nieuwe media, verslag studiemiddag 12 juni 2009 van de Vereniging voor Media & Communicatierecht', *Mediaforum* 2009-11/12, p. 388 e.v. Zie met name p. 391.

9 ABRvS 8 september 2010, A/CvB *Rijksuniversiteit Groningen*, *Mediaforum* 2010-11/12, nr. 31 m.nt. T. Schiphof, waarin de Afdeling de privacybelangen van de betrokkene afwoog tegen het belang van een betrouwbaar en representatief archief (en oordeelde dat het laatste in dat geval mocht prevaleren).

10 Zie voor een toelichting op deze stelling mijn noot bij dit arrest, *Mediaforum* 2009-2, nr. 5.

- a. *document: een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat;*
 b. *bestuurlijke aangelegenheid: een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan;*
 c. *intern beraad: het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid;*
 [...]

 f. *persoonlijke beleidsopvatting: een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van een of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten;*
 [...].

Ingevolge artikel 2, eerste lid, verstrekt een bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij wet bepaalde, informatie overeenkomstig deze wet en gaat het daarbij uit van het algemeen belang van openbaarheid van informatie.

Ingevolge artikel 3, eerste lid, kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

Ingevolge het vijfde lid wordt een verzoek om informatie ingewilligd met inachtneming van de artikelen 10 en 11.

Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke of rechtspersonen dan wel derden.

Ingevolge artikel 11, eerste lid, wordt in geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.

Ingevolge het tweede lid kan over persoonlijke beleidsopvattingen met het oog op een goede en democratische bestuursvoering informatie worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.

2.2. Aan zijn weigering informatie openbaar te maken heeft het college, voor zover thans van belang, artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, en artikel 11, eerste lid, van de Wob ten grondslag gelegd.

2.3. De Linkse Kerk betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat het college openbaarmaking van de gevraagde documenten niet in redelijkheid heeft kunnen weigeren. De weigering van het college om e-mailberichten, gewisseld tussen gemeenteambtenaren onderling en tussen hen en medewerkers van Ons Doel, openbaar te maken omdat deze persoonlijke beleidsopvattingen bevatten, acht De Linkse Kerk onjuist. De documenten zijn immers geanonimiseerd, zodat deze geen persoonlijke beleidsopvattingen kunnen bevatten. Daarnaast bestrijdt zij dat deze e-mailberichten volledig uit persoonlijke beleidsopvattingen bestaan. Voorts kan niet worden staande gehouden dat Ons Doel onevenredig nadeel ondervindt bij openbaarmaking van de exploitatieberekeningen, nu Ons Doel zelf stelt dat het grootste gedeelte hiervan openbaar kan worden gemaakt. Het college heeft bovendien niet gemotiveerd waarom openbaarmaking van de genoemde stukken tot onevenredige benadeling van Ons Doel leidt, aldus de Linkse Kerk.

2.3.1. Na met toepassing van artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb kennis te hebben genomen van de inhoud van de niet verstrekte e-mailberichten overweegt de Afdeling als volgt. De e-mailberichten, gewisseld tussen gemeenteambtenaren onderling en tussen hen en medewerkers van Ons Doel, betreffen werkafspraken en reacties daarop met betrekking tot de exploitatie van de panden door Ons Doel.

Zoals de Afdeling eerder, onder meer in de uitspraak van 26 november 2003 in zaak nr. 200301597/1, heeft overwogen, kunnen ook documenten afkomstig van derden die niet tot de kring van de overheid behoren, worden aangemerkt als documenten die zijn opgemaakt ten behoeve van intern beraad, indien de documenten met dat oogmerk zijn opgesteld. Het interne karakter van het beraad komt evenwel te vervallen wanneer daaraan het karakter van advisering of gestruc-

tureerd overleg moet worden toegekend (Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 13). De werkafspraken en de reacties daarop maken volgens het college deel uit van intern beraad, te weten de beleidsmatige beoordeling van de overdracht van de panden aan Ons Doel. De Afdeling is, anders dan De Linkse Kerk ter zitting heeft aangevoerd, van oordeel dat de e-mailberichten niet het karakter dragen van advisering of gestructureerd overleg, reeds omdat het hier een specifiek, op een beperkte periode betrekking hebbend, project betreft. De e-mailberichten zijn naar het oordeel van de Afdeling opgesteld ten behoeve van intern beraad. Gelet op artikel 11, eerste lid, van de Wob wordt geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het doel van de in artikel 11, eerste lid, van de Wob neergelegde bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen is de bescherming van de vrije meningsvorming, het belang om in vertrouwelijke sfeer te kunnen 'brainstormen' zonder vrees voor gezichtsverlies en het kunnen waarborgen dat bij de primaire vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten. (Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 14 en 38). Onder persoonlijke beleidsopvatting wordt verstaan een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van één of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten. Niet noodzakelijk is dat opvattingen, om te kunnen worden aangemerkt als persoonlijke beleidsopvattingen als bedoeld in artikel 11, eerste lid, van de Wob, herleidbaar zijn tot een individueel persoon. In een document opgenomen opvattingen van personen die bij de opstelling van het document betrokken waren, verliezen, mede in aanmerking genomen de geschiedenis van de totstandkoming van voormelde bepaling, hun karakter van persoonlijke beleidsopvattingen niet doordat zij niet herleidbaar zijn tot één bepaalde persoon.

De Afdeling is met de rechtbank van oordeel dat de e-mailberichten persoonlijke beleidsopvattingen bevatten. Voor zover deze e-mailberichten feiten bevatten, zijn deze zodanig met de in de e-mailberichten verwoorde persoonlijke beleidsopvattingen verweven, dat het niet mogelijk is deze feiten en opvattingen los van elkaar te bezien. De beslissing om over persoonlijke beleidsopvattingen informatie te verstrekken is in beginsel aan het bestuursorgaan overgelaten. Naar het oordeel van de Afdeling heeft, gelet op de aard en de inhoud van de e-mailberichten, het college in redelijkheid mogen afzien van openbaarmaking.

Het betoog faalt in zoverre.

2.3.2. Voorts faalt het door De Linkse Kerk betoogde, dat zij op grond van artikel 10 van het EVRM recht heeft op verstrekking dan wel openbaarmaking van de e-mailberichten. Met de bepalingen in de Wob is inmenging in het in artikel 10, eerste lid, van het EVRM gewaarborgde recht om inlichtingen te ontvangen in dit geval bij wet voorzien. Voorts is voldaan aan het vereiste dat de inbreuk op dat recht noodzakelijk is in het belang van het beschermen van de rechten van anderen. De e-mailberichten zijn naar hun aard bestemd voor intern verkeer. Nu artikel 10 van het EVRM niet vereist dat alle informatie verstrekt wordt of openbaar wordt gemaakt en dat artikel staten die partij zijn bij het verdrag de mogelijkheid biedt bij wet beperkingen te verbinden aan het verstrekken dan wel openbaar maken van gegevens en documenten – bijvoorbeeld ter bescherming van het belang om in vertrouwelijke sfeer te kunnen 'brainstormen' zonder vrees voor gezichtsverlies en het kunnen waarborgen dat bij de vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten – en de Wob in artikel 11 voorziet in een dergelijke beperking, bestaat geen grond voor het oordeel dat het college in strijd met die bepaling niet de door De Linkse Kerk gevraagde e-mailberichten volledig heeft verstrekt dan wel openbaar heeft gemaakt.

2.3.3. Na met toepassing van artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb kennis te hebben genomen van de inhoud van de niet verstrekte exploitatieberekeningen overweegt de Afdeling als volgt. Volgens het college zou openbaarmaking van deze gegevens Ons Doel onevenredig benadelen, dan wel concurrenten, leveranciers of afnemers onevenredig kunnen bevoordelen. Hierbij heeft het college in aanmerking genomen dat Ons Doel deze gegevens vertrouwelijk ter beschikking heeft gesteld en zij heeft gesteld dat die stukken waaruit de markt kan herleiden hoe de calculaties van Ons Doel zijn opgebouwd niet openbaar mogen worden gemaakt. Het college heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat de exploitatieberekeningen concurrentiegevoelige bedrijfsinformatie bevatten en dat bekendwording daarvan tot onevenredige benadeling van Ons Doel kan leiden. Uit de stuk-

ken kan namelijk worden afgeleid hoe de prijsstelling van Ons Doel is opgebouwd. Ter zitting heeft het college nader gemotiveerd dat het al de betrokken belangen tegen elkaar heeft afgewogen. Bij deze belangenafweging heeft het college naar het oordeel van de Afdeling in aanmerking mogen nemen dat de eindbedragen wel openbaar zijn. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat het college zich bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het belang van openbaarmaking niet opweegt tegen de belangen waarop het zich heeft beroepen. Het college heeft met een beroep op artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob openbaarmaking van de exploitatieberekeningen mogen weigeren. Het betoog faalt in zoverre evenzeer.

2.4. Verder betoogt De Linkse Kerk dat zowel in de bezwaar- als in de beroepsfase nog nieuwe stukken openbaar zijn gemaakt, zodat het bezwaar en beroep gegrond hadden moeten worden verklaard en proceskosten hadden moeten worden vergoed. Voorts heeft de rechtbank volgens

De Linkse Kerk ten onrechte een door het college aan de rechtbank overgelegd stuk niet bij het beroep betrokken.

2.4.1. Niet in geschil is dat het college hangende de bezwaarprocedure bij brief van 24 december 2008 aan De Linkse Kerk alsnog een stuk heeft verstrekt dat valt onder de reikwijdte van haar informatieverzoek.

Nu de besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008 niet strekken tot openbaarmaking van dit document, dienen deze besluiten te worden aangemerkt als een weigering tot openbaarmaking daarvan. Het in bezwaar alsnog verstrekken van genoemd document, kan derhalve niet anders worden aangemerkt dan als een openbaarmaking in de zin van de Wob. Het college had daarom bij het besluit op bezwaar van 17 juni 2009 de besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008 moeten herroepen, in zoverre die niet strekken tot openbaarmaking van dat document en in dat kader een proceskostenvergoeding moeten toekennen. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend. Het betoog slaagt in zoverre.

Anders dan De Linkse Kerk stelt, is de Afdeling niet gebleken van overige stukken die hangende de bezwaar- of beroepsprocedure alsnog zouden zijn verstrekt.

2.4.2. Voorts acht de Afdeling geen grond aanwezig voor het oordeel dat de rechtbank ten onrechte een document niet bij haar beoordeling heeft betrokken. Redengevend hiertoe is dat het college aannemelijk heeft gemaakt dat het bedoelde stuk kennelijk abusievelijk deel uitmaakte van het rechtbankdossier en buiten de reikwijdte van het informatieverzoek valt.

De rechtbank heeft dit document dan ook terecht bij haar beoordeling buiten beschouwing gelaten. De Afdeling acht het niet aannemelijk dat het college over meer onder de reikwijdte van het informatieverzoek van De Linkse Kerk vallende documenten beschikt dan welke in de beoordeling zijn betrokken. Het betoog faalt in zoverre.

2.5. Het hoger beroep is gegrond. De aangevallen uitspraak dient gelet op hetgeen hiervoor onder 2.4.1 is overwogen te worden vernietigd, voor zover deze strekt tot ongegrondverklaring van het beroep van De Linkse Kerk, in zoverre dit is gericht tegen het niet herroepen van de besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008 voor zover daarbij openbaarmaking van bijlage II behorende bij de brief van Ons Doel aan het college van 10 juli 2006 is geweigerd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het tegen het besluit van 17 juni 2009 ingestelde beroep in zoverre alsnog gegrond verklaren. Dat besluit komt eveneens voor vernietiging in aanmerking in zoverre daarbij is nagelaten de besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008, voor zover daarbij is geweigerd genoemd document openbaar te maken, te herroepen.

De Afdeling zal de besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008 in zoverre alsnog herroepen en bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde deel van het besluit van 17 juni 2009. Gelet hierop komt De Linkse Kerk in aanmerking voor een vergoeding van de kosten gemaakt in bezwaar. De aangevallen uitspraak dient voor het overige te worden bevestigd.

2.6. Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage van 14 april 2010 in zaak nr. 09/4919, voor zover deze strekt tot ongegrondverklaring van het beroep van de stichting Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk, in zoverre dit is gericht tegen het niet herroepen van de besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008 voor zover daarbij openbaarmaking van bijlage II behorende bij de brief van Ons Doel aan het college van 10 juli 2006 is geweigerd;
- III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep in zoverre gegrond;
- IV. vernietigt het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Leiden van 17 juni 2009, kenmerk DIV-2009-9045, voor zover daarbij is nagelaten de besluiten van 14 november 2008 en 28 november 2008, voor zover daarbij is geweigerd genoemd document openbaar te maken, te herroepen;
- V. herroept de besluiten van het college van burgemeester en wethouders van Leiden van 14 november 2008, kenmerk DIV-2008-16449, en 28 november 2008, kenmerk GRZ-2008-1774, voor zover daarbij is geweigerd genoemd document openbaar te maken;
- VI. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Leiden tot vergoeding van bij de stichting Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk in verband met de behandeling van het bezwaar opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 644,- (zegge: zeshonderdvierenvertig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VII. bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van het besluit van 17 juni 2009;
- VIII. bevestigt de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage voor het overige;
- IX. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Leiden tot vergoeding van bij de stichting Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk in verband met de behandeling van het beroep en het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1518,- (zegge: vijftienhonderdachtien euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- X. gelast dat het college van burgemeester en wethouders van Leiden aan de stichting Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk het door haar betaalde griffierecht ten bedrage van € 745,- (zegge: zevenhonderdvijfenvertig euro) voor de behandeling van het beroep en het hoger beroep vergoedt.

Aldus vastgesteld door mr. C.H.M. van Altena, voorzitter, en mr. A.W.M. Bijloos en mr. P.B.M.J. van der Beek-Gillessen, leden, in tegenwoordigheid van mr. P.M.M. de Leeuw-van Zanten, ambtenaar van staat.

Noot

Wouter Hins

De interessantste overweging in bovenstaande uitspraak is de tweede volzin van r.o. 2.3.2: 'Met de bepalingen in de Wob is inmenging in het in artikel 10, eerste lid, van het EVRM gewaarborgde recht om inlichtingen te ontvangen in dit geval bij wet voorzien'. De beslissing van het college van burgemeester en wethouders van Leiden om de Wob-aanvraag van Stichting Ontmoetingsruimte De Linkse Kerk af te wijzen vormde dus een *inmenging* in het grondrecht. Deze constatering wordt bevestigd door het feit dat de Afdeling de negatieve beslissing van B&W toetst aan alle criteria van artikel 10, tweede lid, EVRM. Zij gaat niet alleen na of de weigering bij de wet was voorzien, maar ook of zij noodzakelijk was voor de bescherming van de rechten van derden. Dat de weigering van openbaarmaking in dit geval gerechtvaardigd was, nemen we voor kennisgeving aan. Voor de rechtsontwikkeling is veel belangrijker dat de Afdeling artikel 10 EVRM überhaupt van toepassing acht op de afwijzing van een verzoek om informatie. Dat is een primeur. De geciteerde overweging komt niet alleen voor in de uitspraak hierboven (LJN BP1315), maar ook in een tweede uitspraak van dezelfde datum (LJN BP1316).

Er heeft lang twijfel bestaan over de relatie tussen artikel 10 EVRM en het recht op toegang tot overheidsinformatie. Van oudsher is de

uitingsvrijheid een afweerrecht dat kan worden ingeroepen wanneer de overheid een vrije uitwisseling van informatie belemmert: *'The Court observes that the right to freedom of information basically prohibits a Government from restricting a person from receiving information that others wish or may be willing to impart to him'*, zo overwoog het EHRM in het arrest *Leander/Zweden* uit 1989.¹ Er moet dus sprake zijn van een *'willing speaker'*. Een verbod op het bestellen van boeken uit het buitenland of een antenneverbod belemmert de communicatie tussen vrijwillige partijen, maar de afwijzing van een Wob-verzoek is iets anders. Er is dan geen willing speaker, omdat de overheid juist wil zwijgen. Daar staat tegenover dat openbaarheid van bestuur een belangrijke bijdrage kan leveren aan de kwaliteit van het maatschappelijk debat. Bovendien zijn grondrechten zoals artikel 10 EVRM niet geschreven om de vrijheid van de overheid te beschermen. Het maakt uit of een particuliere burger ervoor kiest te zwijgen of dat de overheid weigert bepaalde documenten openbaar te maken.

In 2009 ontstond meer duidelijkheid door twee arresten van het EHRM tegen Hongarije, de arresten *Társaság a Szabadságjogokért en Kenedi*.² In beide zaken was geklaagd over de weigering van de Hongaarse overheid concrete informatie openbaar te maken en beide keren oordeelde het Hof dat artikel 10 EVRM was geschonden. Uit de genoemde arresten valt af te leiden dat een beroep op dit artikel de beste kans maakt wanneer de verzoeker een bijdrage wil leveren aan een maatschappelijk debat, terwijl de relevante documenten klaar liggen. Met andere woorden: de overheid hoeft geen nieuwe informatie te produceren. Door inzage in de gereed liggende documenten te weigeren belemmert de overheid een debat, welke belemmering alleen bij uitzondering te rechtvaardigen valt.

Toegevoegde waarde

Als artikel 10 EVRM gebruikt kan worden om informatie los te krijgen van de overheid, rijst de vraag welke toegevoegde waarde het grondrecht heeft naast de bestaande Wob. In een recente kroniek over de Wet openbaarheid van bestuur is E. J. Daalder vrij voorzichtige.³ Hij acht het te vroeg om aan te nemen dat artikel 10 EVRM een algemeen recht op informatie jegens de overheid omvat. Naar zijn mening is het aannemelijk dat het Hof in de zojuist genoemde arresten de bijzondere omstandigheden van het geval doorslaggevend heeft geacht. Maar zelfs als het grondrecht beperkt zou blijven tot *'social watchdogs'* die documenten van algemeen belang opvragen, kunnen de consequenties groot zijn. Om te beginnen is de reikwijdte van de Wob beperkt tot documenten die bij een bestuursorgaan berusten of bij een instelling die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam is. Daaronder vallen niet de organen genoemd in artikel 1:1, tweede lid, van de Awb, zoals de rechterlijke macht en de commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Ik noem deze voorbeelden, omdat het arrest *Társaság a Szabadságjogokért* betrekking had op informatie die beruiste bij een rechterlijke instantie en Kenedi op zoek was naar informatie over de geschiedenis van de Hongaarse geheime dienst.

In de tweede plaats kent de Wob absolute weigeringsgronden. Zij zijn omschreven in artikel 10, eerste lid, van de Wob. Er is dan geen ruimte voor een belangenafweging. Zelfs als het bestuursorgaan anders zou willen, is een afwijzing verplicht. Een absolute plicht vloeit ook voort uit artikel 25a, tweede en derde lid, van de Wet op de Raad van State. Het advies dat de Raad van State heeft uitgebracht over een conceptwetsvoorstel mag door de verantwoordelijke minister pas openbaar worden gemaakt gelijktijdig met de indiening van het definitieve wetsvoorstel bij de Tweede Kamer of binnen dertig dagen nadat is beslist om geen wetsvoorstel in te dienen. Burgers mogen bijvoorbeeld geen inzage krijgen in het advies dat de Raad van State in februari 2010 heeft uitgebracht over het voorstel van Wet bronbescherming in strafzaken. Het ministerie bestudeert dat advies nog. Dat geldt ook voor het advies van de Raad van State van januari 2002 (!) over een wetsvoorstel tot opnemingen in de Grondwet van een recht op over-

heidsinformatie. Als een persorgaan of actiegroep dergelijke adviezen met een beroep op de Wob zou opvragen moet de minister volgens artikel 25a van de Wet op de Raad van State het verzoek afwijzen. Of een dergelijke weigering noodzakelijk is in een democratische samenleving als bedoeld in artikel 10, tweede lid, EVRM is zeer de vraag.

De nieuwe uitleg van artikel 10 EVRM kan nog meer gevolgen krijgen. Volgens de huidige Wob heeft het belang van openbaarheid een vast gewicht. Het doet er niet toe of de gevraagde documenten betrekking hebben op de politiemissie naar Afghanistan of het schuurtje in de eigen achtertuin. Wat betreft artikel 10 EVRM is het echter vaste jurisprudentie dat inlichtingen en denkbeelden die bijdragen aan een maatschappelijk debat extra bescherming verdienen. Bij de toepassing van de relatieve weigeringsgronden is het daarom heel goed mogelijk dat het belang van de gevraagde informatie in de toekomst toch meegewogen gaat worden. Ook het uitgangspunt van de Wob dat het motief van de aanvrager niet relevant is, komt op losse schroeven te staan. Verdedigbaar is dat het verzoek van een journalist die een stuk aan het schrijven is over een actueel onderwerp, sneller moet worden behandeld dan de vier weken die de Wob als maximum noemt. Nieuws is immers een *'perishable commodity'*, zoals het EHRM overwoog in het arrest *Sanoma/Nederland*.⁴ Tenslotte zal de rechter misschien rekening gaan houden met de omstandigheid dat geheime informatie feitelijk al is uitgelekt. Beperkende maatregelen om een geheim te beschermen zijn volgens het Hof niet nodig in een democratische samenleving wanneer het doel niet meer te verwezenlijken is.⁵

De Afdeling is om

Nederlandse rechters hebben in Wob-zaken nooit aandacht besteed aan de arresten *Társaság a Szabadságjogokért* en *Kenedi*. Enkele weken na het eerstgenoemde arrest besliste de Afdeling in een zaak die was aangespannen door De Volkskrant.⁶ De Volkskrant had aan de Minister van Algemene Zaken inzage gevraagd in drie documenten betreffende een eventuele aanval op Irak. Dat verzoek was afgewezen. In de procedure voerde De Volkskrant aan dat de documenten feitelijk al in het bezit waren van sommige media. Zij beriep zich op de stelregel *'eens openbaar, altijd openbaar'*. De Afdeling overwoog echter dat deze regel alleen opgaat wanneer het bestuursorgaan zelf tot openbaarheid heeft besloten. In het onderhavige geval waren de documenten niet openbaar gemaakt in de zin van de Wob en De Volkskrant verloor het beroep. Artikel 10 EVRM werd niet genoemd. Ook een procedure van RTL had betrekking op de oorlog in Irak. In deze zaak overwoog de Afdeling dat het voor de Wob niet ter zake deed dat de documenten betrekking hadden op een zeer belangrijk onderwerp.⁷ Ook hier geen woord over artikel 10 EVRM. In januari 2011 besliste de rechtbank te Rotterdam in een Wob-procedure tegen De Nederlandsche Bank. De rechtbank stelde vast dat de Nederlandse Bank buiten het bereik van de Wob valt, zodat de aanvraag moest worden afgewezen.⁸

Slechts één uitspraak roept het vermoeden op dat de rechter met een schuin oog heeft gekeken naar Straatsburg. Dat is de beslissing van de Utrechtse voorzieningenrechter in de zaak *Capgemini*, die in het vorige nummer van *Mediaforum* was afgedrukt.⁹ In strijd met de vaste Nederlandse jurisprudentie overwoog de voorzieningenrechter dat bij de belangenafweging op grond van de Wob ook de journalistieke belangen bij openbaarheid moesten worden meegewogen. Deze overweging ziet op het feit dat de omroepvereniging KRO als derde belanghebbende in de procedure was betrokken. In het kader van artikel 8:81 Awb overwoog de voorzieningenrechter vervolgens: *'Verder is er het belang van KRO Reporter die in verband met de nieuwswaarde belang heeft bij spoedige openbaarmaking van actuele informatie'*. Annotator Klingenberg vraagt zich af of de rechter zich heeft laten leiden door het arrest *Társaság a Szabadságjogokért*. Zij betwijfelt dat, omdat een rechter die op grond van een uitspraak van het EHRM afwijkt van de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie dat meestal expliciet zal motiveren.

1 EHRM 26 maart 1987, *Leander/Zweden*, appl. no. 9248/81 (zie r.o. 74).

2 EHRM 14 april 2009, *Társaság a Szabadságjogokért/Hongarije*, EHRC 2009, nr. 74 m.nt. A.W. Hins en NJ 2010, 209 m.nt. E.J. Dommering en EHRM 26 mei 2009, *Kenedi/Hongarije*, NJ 2009, 589 m.nt. P.J. Boon. De nieuwe jurisprudentie werd in 2006 al aangekondigd door de ontvankelijkheidsbeslissing EHRM (dec.) 10 juli 2006, *Sdruženi Jihočeské Matky/Tsjechië*, appl. 19101/03. Zie hierover D. Voorhoof, 'Europees Mensenrechtenhof maakt (eindelijk) toepassing van artikel 10 EVRM in het kader van openbaarheid van bestuur en toegang tot bestuursdocumenten', *Mediaforum* 2006-10, p. 290-294

3 E.J. Daalder, 'Openbaarheid en behoorlijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2011 nr. 1-2, p. 23-30.

4 EHRM (GC) 14 september 2010, *Sanoma Uitgevers/Nederland*, appl. no. 38224/03 (r.o. 70).

5 EHRM 26 november 1991, *Observer en Guardian/UK*, NJ 1992, 457 en EHRM 9 februari 1995, *Vereniging Bluf/Nederland*.

6 ABRvS 27 mei 2009, *De Volkskrant/Minister van AZ*, LJN BL4972, *Mediaforum* 2009-9, nr. 27 m.nt. L.A.J. Spaans en L.P.W. Mensink.

7 ABRvS 17 februari 2010, *RTL Nederland/Minister van AZ*, LJN BL4132.

8 Rb. Rotterdam 13 januari 2011, *B en S Management Rhoon BV/De Nederlandsche Bank*, LJN BP1387.

9 V.zr. Rb. Utrecht 11 november 2010, *Capgemini/Ministers van VROM* [thans IM] en EZ [thans ELI], *Mediaforum* 2011-3, nr. 7 m.nt. A.M. Klingenberg.

Nr. 12 KPN/OPTA

Het is waar dat in bovenstaande uitspraak over de De Linkse Kerk ook niet uitdrukkelijk wordt verwezen naar de Straatsburgse jurisprudentie. De tekst van overweging 2.3.2 laat echter geen ruimte voor misverstand. De Afdeling toetst onmiskenbaar aan artikel 10 EVRM. Appellante heeft zich daar ook op beroepen. De Afdeling lijkt nu zelfs een stap verder te zetten dan het Europese Hof. Er wordt geen aandacht besteed aan de vraag of de gevraagde informatie van algemeen belang is, of De Linkse Kerk de informatie wilde gebruiken voor een bijdrage aan een maatschappelijk debat en of de stichting kan worden aangemerkt als een 'social watchdog', vergelijkbaar met de pers. Het lijkt erop dat de Afdeling in artikel 10 EVRM een algemeen recht op toegang tot overheidsinformatie leest. Als die indruk juist is, sluit de Afdeling aan bij recente ontwikkelingen rond artikel 19 IVBPR, de mondiale evenknie van artikel 10 EVRM. Na een lange voorgeschiedenis heeft het Human Rights Committee in oktober 2010 Draft General Comment no. 34 aangenomen.¹⁰ In paragraaf 18 van dit document staat:

Article 19, paragraph 2, embraces a general right of access to information held by public bodies. Such information includes all records held by a public body, regardless of the form in which the information is stored, its source and the date of production. Public bodies include all levels of State bodies and organs, including the judiciary and with regard to the carrying out of public functions, it may include other bodies.

Ook voor het EHRM zal dit een signaal zijn.

Voorzieningenrechter College van Beroep voor het bedrijfsleven 20 december 2010

Uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening in de zaak van:

Koninklijke KPN NV en KPN BV, te Den Haag (hierna: KPN), verzoekers, gemachtigden: mr. P.V. Eijsvoogel en mr. L. Haasbeek, advocaten te Amsterdam,

tegen

de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), verweerder, gemachtigde: mr. E.J. Daalder, advocaat te Den Haag.

Aan het geding neemt tevens als partij deel:

Tele2 Nederland BV (hierna: Tele2), te Diemen, gemachtigden: mr. M. Geus en mr. D.P. Kuipers, advocaten te Den Haag.

1. Procedure

Bij besluit van 13 oktober 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/202963) heeft OPTA een besluit genomen op het verzoek van Tele2 aangaande overtreding door KPN van op grond van het marktanalysebesluit vaste telefonie op haar rustende verplichtingen.

Tegen dit besluit heeft KPN op 17 november 2010 bezwaar gemaakt. KPN heeft zich bij faxbericht van 17 november 2010 tot de voorzieningenrechter van het College gewend met het verzoek om bij wijze van voorlopige voorziening het besluit te schorsen tot zes weken na de beslissing van OPTA op het bezwaarschrift, althans een dusdanige voorlopige maatregel te treffen dat aan de belangen van KPN wordt tegemoet gekomen.

Bij brief van 6 december 2010 heeft OPTA de op de zaak betrekking hebbende stukken ingediend en met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) gemotiveerd medege-deeld dat uitsluitend de voorzieningenrechter van het College kennis zal mogen nemen van de zogeheten B-stukken.

Bij brieven van 7 december 2010 hebben OPTA en Tele2 op het verzoek gereageerd.

Op 8 december 2010 heeft het College beslist dat beperking van de kennisneming van de B-stukken gerechtvaardigd is.

Bij brief van 10 december 2010 heeft KPN op de zienswijzen van OPTA en Tele2 gereageerd.

Bij brief van 10 december 2010 heeft Tele2 ermee ingestemd dat de voorzieningenrechter van het College mede op grondslag van de B-stukken uitspraak doet.

De voorzieningenrechter heeft het verzoek op 13 december 2010 ter zitting behandeld, waar de gemachtigden van partijen hun standpunten hebben toegelicht. Ter zitting heeft ook KPN ermee ingestemd dat de voorzieningenrechter van het College mede op grondslag van de B-stukken uitspraak doet.

2. De beoordeling van het verzoek

2.1 Het geschil vindt zijn oorsprong in de aanbesteding van vaste telefoniediensten door de Staat der Nederlanden, onder de naam OT2010. Zowel KPN als Tele2 hebben in verband met die aanbesteding een inschrijving gedaan.

Gedragingen van KPN in de periode voorafgaand aan haar inschrijving zijn voor Tele2 aanleiding geweest om een verzoek in te dienen bij OPTA. De strekking van het verzoek, zo stelt de voorzieningenrechter vast, was tweeledig. Tele2 verzocht OPTA om te verklaren dat de inschrijving van KPN in strijd met de op KPN rustende verplichtingen tot stand gekomen was en KPN daarom te verplichten de inschrijving in te trekken. Daarnaast diende OPTA te verklaren dat een prijsverlaging door KPN-wholesale in strijd was met genoemde verplichtingen en eveneens moest worden ingetrokken. Tot slot werd OPTA gevraagd andere, door haar aangewezen geachte maatregelen te treffen.

Het besluit dat OPTA naar aanleiding daarvan heeft genomen, kent een dictum waarin OPTA de constatering van overtreding door KPN van de haar in dictumpunt xlviii van het marktanalysebesluit vaste telefonie opgelegde non-discriminatieverplichting met betrekking tot het proces van informatieverstrekking neerlegt en daarnaast het opleggen van een last onder dwangsom terzake van deze overtreding afwijst, aangezien de overtreding reeds beëindigd is. Verdere

¹⁰ De vindplaats is <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>. Het ontwerp is voor commentaar voorgelegd aan de lidstaten en civil society organisations die hun commentaar voor 30 januari 2011 moesten inzenden. De tweede lezing is geagendeerd voor de 101^e zitting van het comité van 14 maart tot 1 april 2011 in New York.