

De Wob voor waakhonden.

**Een onderzoek naar de spanningen tussen het recht
op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10
EVRM en de Wet openbaarheid van bestuur.**

Door Jake Tingen



**Universiteit
Leiden**

Masterscriptie Universiteit Leiden

Afstudeerrichting: Staats- en bestuursrecht

Auteur: Jake Tingen

Studentnummer: s1739166

Begeleider: prof. mr. W. den Ouden

Tweede lezer: dr. mr. M.L. van Emmerik

Datum: 21 mei 2017

Inhoudsopgave

1. Inleiding.

1.1.	Aanleiding en probleemstelling	4
1.2.	Onderzoeksvraag en plan van aanpak	6
1.3.	Wetenschappelijke relevantie	7
1.4.	Wetenschappelijke verantwoording	7

2. Het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM.

2.1.	Inleiding	11
2.2.	Achtergrond	11
2.3.	Het doel van het informatieverzoek	14
2.4.	De aard van de informatie	15
2.5.	De hoedanigheid van de verzoeker	16
2.6.	De beschikbaarheid van de informatie	17
2.7.	Publieke autoriteiten	18
2.8.	Bij wet voorzien	18
2.9.	Noodzakelijkheid in een democratische samenleving en een legitiem doel	19
2.10.	Tussenconclusie	21

3. Spanningen tussen artikel 10 EVRM en de Wob

3.1.	Inleiding	23
3.2.	Passieve openbaarheid algemeen	23
3.2.1.	De indiener van het verzoek	24
3.2.2.	De bestuurlijke aangelegenheid	25
3.2.3.	Het bestuursorgaanbegrip	26
3.3.	Absolute weigeringsgronden	27
3.3.1.	De eenheid van de Kroon	28

Inhoudsopgave

3.3.2.	De veiligheid van de Staat	29
3.3.3.	De bedrijfs- en fabricagegegevens	29
3.3.4.	De bijzondere persoonsgegevens	30
3.4.	Relatieve weigeringsgronden	31
3.5.	Persoonlijke beleidsopvattingen	33
3.6.	Tussenconclusie	35
4.	Het voorkomen van strijdigheid tussen artikel 10 EVRM en de Wob	
4.1.	Inleiding	37
4.2.	Van Wob-bestuursorgaan naar public authority	37
4.3.	De noodzakelijkheidstoets in Wob-procedures	39
4.3.1.	De EVRM-proof interpretatie van absolute weigeringsgronden	40
4.3.2.	De EVRM-proof interpretatie van niet tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen	40
4.3.3.	De EVRM-proof interpretatie van relatieve weigeringsgronden	41
4.4.	Het wetsvoorstel Wet open overheid als alternatief?	42
4.4.1.	Het Woo-bestuursorgaan	43
4.4.2.	De relativering van bedrijfs- en fabricagegegevens	44
4.4.3.	De persoonlijke beleidsopvattingen ouder dan vijf jaar	44
4.4.4.	Het recht op inzage onder geheimhouding t.b.v. onderzoek	44
4.5.	Een potentiële wetswijziging	45
5.	Samenvatting en conclusies	48
	Literatuurlijst	52
	Jurisprudentieoverzicht	55

De Wob voor waakhonden.

**Hoofdstuk I
Inleiding.**

Hoofdstuk I

1.1. Aanleiding en probleemstelling

Dit onderzoek zal gaan over de gemene deler van de volgende drie situaties: de verlening van een bouwvergunning voor een kerncentrale, een beroepsschrift van een parlementariër over de constitutionele toetsing van een wetsvoorstel over het nationale cannabisbeleid en een onderzoek naar een mogelijk schending van het recht op effectieve rechtsbescherming vanwege een te innige samenwerking tussen politiekorpsen en strafrechtadvocaten. Het verband tussen de situaties – hoewel misschien niet voor de hand liggend – is de discussie over de vraag of uit de vrijheid van meningsuiting en het recht op het ontvangen en verstrekken van inlichtingen en denkbeelden een recht voortvloeit dat strekt tot inwilliging van een verzoek tot openbaarmaking van overheidsinformatie. Deze drie gevallen zijn aanleiding geweest voor drie NGO's om een verzoek in te dienen bij de overheid die strekt tot openbaarmaking van informatie over de betreffende onderwerpen. In alle drie de gevallen heeft de overheid dit verzoek geweigerd en hebben de NGO's door geprocedeerd tot de hoogste constitutionele rechter in Europa, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna te noemen: het EHRM). In alle drie de gevallen heeft het EHRM geconstateerd dat er sprake was van een beperking van het recht op vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna te noemen: EVRM) vanwege het niet inwilligen van een verzoek tot openbaarmaking van informatie in het bezit van de overheid. Uit onder andere deze drie situaties is duidelijk geworden dat er onder bepaalde voorwaarden openbaarmaking van overheidsinformatie juridisch kan worden afgedwongen met een beroep op het EVRM. De genoemde situaties betreffen respectievelijk de EHRM-uitspraken *Makty t. Tsjechië*¹, *TASZ t. Hongarije*² en *Magyar Helsinki Bizzotsag t. Hongarije*.³ In onder andere deze drie uitspraken is het recht op toegang tot overheidsinformatie door het EHRM erkend. Dit recht zal centraal staan in deze scriptie.

4

Uit artikel 10 EVRM blijkt het volgende.

1 Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2 The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Een verzoek tot het ontvangen van overheidsinformatie zal niet het eerste zijn waar men aan denkt als het gaat om de vrijheid van meningsuiting. In de literatuur is echter al een lange tijd geleden bepleit dat art. 10 EVRM zodanig breed geïnterpreteerd zou moeten worden dat het onder omstandigheden tevens een recht op openbaarmaking van overheidsinformatie kan inhouden.⁴ In de jurisprudentie was bovendien al eerder een recht op openbaarmaking van bepaalde informatie door de overheid aangenomen op grond van het recht op gezinsleven of privéleven uit art. 8 EVRM.⁵ Maar voor 2006 wees het EHRM systematisch een eventueel recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM af. In dit verband wijs ik op de

¹ EHRM 10 juli 2006, 19101/03 *IRIS* 2006-9:2/1, m.nt. Dirk Voorhoof (Sdruženi Jihočeské Matky t. Tsjechië).

² EHRM 14 april 2009, 37374/5, *ECHR*, 2009/74, m.nt. Hins (Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) t. Hongarije).

³ EHRM 8 november 2016, 18030/11, *AB* 2017/1, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik (Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije).

⁴ De Meij 1969. Deze door De Meij verrichte studie wordt besproken in: Daalder 2015, p. 26-28.

⁵ EHRM 7 juli 1989, 10454/83, *NJ* 1991/659, m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 19 februari 1998, 16483/12, *NJ* 1999/690, m.nt. E.J. Dommering (*Guerra e.a. t. Italië*).

Hoofdstuk I

uitspraken *Leander t. Zweden*⁶, *Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*⁷ en *Sirbu t. Moldavië*⁸. Het EHRM redeneerde daar steeds op dezelfde manier. Er werd vooropgesteld dat burgers een recht op het ontvangen van informatie hebben onder artikel 10 EVRM. Dit recht omvat in de basis een verbod jegens de overheid om te interveniëren in de vrijheid die burgers en instanties hebben om informatie te delen en ontvangen. Het ging het EHRM te ver om de overheid te verplichten om de informatie ook zelf te verstrekken. Het recht op het ontvangen van informatie bevatte, kortom, een negatieve verplichting en niet een positieve verplichting.

Maar de tijdsgeest veranderde en daarmee ook de interpretatie van art. 10 EVRM. In 2006 verzocht de Tsjechische NGO Sdruzeni Jihoèeské Matky in het kader van een beroepsprocedure tegen de bouw van een kerncentrale een informatieverzoek tot openbaarmaking van goedkeuringsbesluiten in de voorafgaande periode. Het verzoek werd tot in hoogste instantie afgewezen en de NGO richtte zich tot het EHRM. Het EHRM erkende voor het eerst dat er een inmenging in art. 10 EVRM had plaatsgevonden doordat een overheidsorgaan een informatieverzoek niet had ingewilligd. De inmenging werd getoetst aan het tweede lid van de bepaling en er werd geconcludeerd dat de inmenging gerechtvaardigd was. Het verzoek van Matky werd afgewezen, maar de kogel was door de kerk. De ontvankelijkheidsverklaring werd in de literatuur door sommigen gezien als de erkenning van een recht op overheidsinformatie onder art. 10 EVRM, maar onduidelijk was in wat voor situaties de inmenging niet gerechtvaardigd zou zijn.⁹

5

In een aantal arresten in de jaren daarna werd meer inzicht verschaft in deze nieuwe jurisprudentielijn. In dit verband kan vooral worden verwezen naar de arresten *TASZ t. Hongarije*¹⁰ en *Magyar Helsinki Bizzottsag t. Hongarije*.¹¹ In onder meer deze arresten werd een ongerechtvaardigde inmenging in het recht op vrijheid van informatie geconstateerd omdat de overheidsinstanties kennelijk onterecht verzoeken tot openbaarmaking van overheidsinformatie hadden afgewezen.

In onze nationale rechtsorde is de openbaarheid van overheidsinformatie niets nieuws. Reeds sinds 1980 bestaat er in Nederland een Wet openbaarheid van bestuur die de mogelijkheid biedt voor een ieder om documenten van de overheid op te vragen. De Wob is ondanks een aantal redactionele wijzigingen inhoudelijk sindsdien grotendeels onveranderd gebleven.¹² Aangezien de Wob hetzelfde onderwerp beslaat als de jurisprudentie van het EHRM over het recht op toegang tot overheidsinformatie, is er in de literatuur opgemerkt dat artikel 10 EVRM implicaties zou kunnen hebben voor de Wob. Zo zouden bepaalde aspecten van de Wob moeilijk te rijmen zijn met de genoemde jurisprudentielijn van het EHRM.¹³ De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) heeft zich al een aantal keer uitgelaten over de vraag of artikel 10 EVRM in een Wob-procedure een doorslaggevende betekenis toekomt in die specifieke gevallen. Tot op heden is die vraag altijd ontkennend

⁶ EHRM 26 maart 1986, 9248/81 (*Leander t. Zweden*).

⁷ EHRM 7 juli 1989, 10454/83, NJ 1991/659, m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*) in dit verband wijs ik op de dissenting opinion van Judge Walsh waar een beperkt recht op overheidsinformatie onder art. 10 EVRM wenselijk wordt geacht.

⁸ EHRM 15 juni 2004, 73562/01 (*Sirbu e.a. t. Moldavië*).

⁹ Schuijt 2006. Zie ook Voorhoof, *Mediaforum* 2006/10 en Hins, *NJB* 2006/38.

¹⁰ EHRM 14 april 2009, 37374/5, ECHR, 2009/74, m.nt. Hins (*Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) t. Hongarije*).

¹¹ EHRM 8 november 2016, 18030/11, AB 2017/1, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

¹² Daalder 2015, p. 113-119.

¹³ ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1315 (*Stichting Linkse Kerk*), *Mediaforum* 2014/4, m.nt. A.W. Hins. Zie ook Hins, AA 2011/5, Groothuis 2014, p. 72-79, Hins 2011, p. 109.

Hoofdstuk I

beantwoord.¹⁴ Op dit moment is daarom onduidelijk of en zo ja, in welke gevallen artikel 10 EVRM wél een rol kan spelen in Wob-procedures.

Verder is ook in de Tweede Kamer het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM niet onopgemerkt gebleven. De wetgevende macht heeft zich al een flinke tijd geleden voorgenomen om de Wob te wijzigen,¹⁵ maar met het wetsvoorstel Wet Open Overheid (Hierna: Woo) is er door Kamerleden Voortman (GroenLinks) en Schouw (D66) in december 2013 schot in de zaak gekomen.¹⁶ Onder andere de ontwikkeling in de internationale rechtsorde zoals de interpretatie van het EHRM van art. 10 EVRM wordt genoemd als reden voor de wetswijziging.¹⁷ De indieners pogen de discrepantie tussen het nationale en Europese recht weg te nemen. Uit commentaren in de rechtswetenschap blijkt dat onduidelijk is of dat nodig is, en zo ja, of het wetsvoorstel die eventuele discrepantie adequaat zou wegnemen.¹⁸

1.2. *Onderzoeksvraag en plan van aanpak*

In dit onderzoek zal een poging worden gedaan om de hiervoor beschreven onduidelijkheden zo veel mogelijk weg te nemen. In deze bijdrage zal worden uiteengezet hoe het Nederlandse algemene regime van openbaarheid van overheidsinformatie zich verhoudt tot het leerstuk van openbaarheid van overheidsinformatie dat volgt uit het EVRM. De vraag die centraal zal staan in het onderzoek luidt:

Noopt het ‘recht op toegang tot overheidsinformatie’ dat volgt uit artikel 10 EVRM tot wijzigingen in Nederlandse wetgeving en jurisprudentie?

6

Om deze vraag te beantwoorden zal een aantal onderwerpen moeten worden onderzocht. Ten eerste zal in hoofdstuk 2 een uitgebreide uiteenzetting worden gegeven van het recht op toegang tot overheidsinformatie, zoals dat voortvloeit uit artikel 10 EVRM. Het EHRM heeft zich nog niet uitgelaten over de Nederlandse Wob of de uitvoeringspraktijk daarvan. Wel zijn er enigszins vergelijkbare openbaarheidswetten uit andere Europese staten door het EHRM getoetst, of althans, concrete uitwerkingen daarvan. Om een goede inschatting te maken van hoe de Nederlandse openbaarheidswetgeving zich verhoudt tot het EVRM is daarom nodig om het leerstuk integraal onder de loep te nemen. In dat kader zal ook de achtergrond van de redenering van het EHRM inzake toegang tot overheidsinformatie worden uiteengezet. Vervolgens zal in het derde hoofdstuk de vraag aan de orde komen hoe de Wob zich verhoudt tot het EVRM. Meer in het bijzonder zal worden ingegaan op die aspecten van de Wob die op gespannen voet (lijken te) staan met het EVRM. De bevindingen in het tweede hoofdstuk zullen steeds worden vergeleken met de literatuur en de jurisprudentie over de Wob. Op die manier zal duidelijk worden op welke onderdelen de Wob tekort (kan) schiet(en). In het vierde hoofdstuk zal vervolgens op zoek worden gegaan naar mogelijke oplossingen voor de problemen die in het derde hoofdstuk worden geconstateerd. Zo zal worden uiteengezet, en zo ja op welke wijze, de Afdeling haar huidige jurisprudentielijn zou kunnen of moeten wijzigen om de Wob in overeenstemming te brengen met artikel 10 EVRM. Ook zal in dit hoofdstuk aandacht uit gaan naar de mogelijkheid van een wetswijziging om de Nederlandse wet te laten voldoen aan de eisen van artikel 10 EVRM. In dit kader zal ook het wetsvoorstel Woo worden besproken als voorbeeld van een alternatieve openbaarheidswet. De conclusies

¹⁴ Zie o.a. ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6954 en ABRvS 14 mei 2014 ECLI:NL:RVS:2014:1708, AB 2014/255, m.nt. E.J. Daalder en N. Bontje.

¹⁵ Daalder 2015, p. 43-45.

¹⁶ *Kamerstukken II 2013/14*, 33328, nr. 8, 13 en 14.

¹⁷ Zie onder andere *Kamerstukken II 2013/14*, 33328, nr. 9, p. 10, waar ook wordt verwezen naar stukken van A.W. Hins.

¹⁸ Hins, *Mediaforum* 2014/4, p. 110-113.

Hoofdstuk I

uit het derde en vierde hoofdstuk zullen tezamen in hoofdstuk vijf de basis vormen voor een zo volledig mogelijk antwoord op de hoofdvraag. Zo zal duidelijk worden dat bepaalde aspecten van de Wob op dit moment niet *EVRM-proof* zijn en dat er bepaalde wijzigingen nodig zijn om een veroordeling in Straatsburg te voorkomen.

1.3. Wetenschappelijke relevantie

De resultaten van het onderzoek dat ten grondslag ligt aan deze scriptie zullen een bijdrage kunnen leveren aan de rechtswetenschappelijke literatuur over de Wob en het wetsvoorstel Woo. De uitspraken van het EHRM over een recht op toegang tot overheidsinformatie dat voortvloeit uit art. 10 EVRM zijn relatief nieuw. Het is daarom nog niet duidelijk wat de consequenties hiervan kunnen zijn op de toepassing van de Wob. In de literatuur bestaat nog geen eenduidigheid over het antwoord op de vraag of de Wob in iedere situatie de toets van art. 10 EVRM kan doorstaan en zo niet, op welke punten de Wob op die gronden aan heroverweging toe is. In deze scriptie zal ik een poging doen om een heldere lijn te vinden in de toepassing van de Wob in het licht van Europese mensenrechten, zodat de onduidelijkheden voor de praktijk – advocaten, overheidsorganen, rechtelijke macht enzovoorts – zo veel mogelijk worden weggenomen.

Daarnaast is het wetsvoorstel Woo momenteel aanhangig bij de Eerste Kamer. Ten tijde van behandeling in de Tweede Kamer is gesproken over artikel 10 EVRM en de consequenties daarvan op het openbaarheidsregime in Nederland. Deze behandeling vond plaats in de periode voor 2015. Sindsdien zijn er relevante ontwikkelingen geweest in de EHRM doctrine over het recht op toegang tot overheidsinformatie, met als hoogtepunt een van de meest verhelderende uitspraken over dit onderwerp door de Grote Kamer van het EHRM op 8 november 2016 (*Magyar Helsinki Bizottsag t. Hongarije*). De Eerste Kamer is bij uitstek geschikt vanuit haar functie als ‘*Chambre de Reflection*’ om zorgvuldig na te gaan of het aanhangige wetsvoorstel overeenstemt met Europese mensenrechten. Middels deze scriptie hoop ik een grotere mate van duidelijkheid te verschaffen over de vraag in hoeverre het wetsvoorstel voldoet aan de Europese eisen. In het kader van gefundeerde politieke besluitvorming kan dit onderzoek dan ook een relevante rol vervullen.

Tot slot is een adequate informatievoorziening van de overheid essentieel in een goed functionerende democratie. De tijd waarin we nu leven kenmerkt zich door politieke onzekerheid en verlies van vertrouwen in de democratie en de onafhankelijke traditionele media. Een transparante overheid en de ‘*public watchdog*’-gedachte kunnen juist in deze tijden hun waarde bewijzen. De duidelijkheid die ik hoop te verschaffen over de rechten, plichten en juridische grenzen daartussen met betrekking tot het recht op toegang tot overheidsinformatie kan daar wellicht een steentje aan bijdragen.

1.4. Wetenschappelijke verantwoording

Het onderzoek zal voor een groot deel bestaan uit het raadplegen en analyseren van jurisprudentie van zowel het EHRM als de Afdeling. Om de jurisprudentie op een goede manier te analyseren zullen alle uitspraken waarin het EHRM het recht op toegang tot overheidsinformatie uit art. 10 EVRM heeft besproken, bij de analyse worden betrokken. Alle uitspraken van het EHRM zijn gepubliceerd op de online jurisprudentie database hudoc.echr.coe.int/. In de database is gezocht doormiddel van de filter ‘art. 10’ te combineren met “*acces to information*” (51 resultaten) en “*Tarsasag a Szabadsagjogokert*” (33 resultaten).¹⁹ Het overzichtelijke aantal zaken dat de uitkomst van de zoekactie was, zijn doorgelezen om te achterhalen of het recht op toegang tot overheidsinformatie een significante rol speelt in de uitspraak. Verder wordt er in de rechtswetenschappelijke literatuur vaak

¹⁹ Dit is de naam van de appelland in de eerste zaak waar het recht werd toegewezen. In latere zaken waar het recht op toegang tot overheidsinformatie een rol speelt, verwijst het EHRM steeds naar deze uitspraak.

Hoofdstuk I

verwezen naar relevante uitspraken. Een enkele uitspraak is niet uit de zoekactie gekomen, maar wel in de literatuur genoemd. Het gaat om de eerste zaak waar het EHRM een inmenging constateerde in art. 10 EVRM door een weigering van een informatie verzoek aan de overheid, te weten *Makty t. Tjehie* uit 2006. Door deze zoekacties en het raadplegen van de literatuur is aannemelijk geworden dat alle relevante EHRM uitspraken zijn gevonden. In het kader van het analyseren van de jurisprudentie zijn alle zaken samengevat. Deze samenvattingen zullen niet in deze scriptie worden opgenomen, maar spelen een belangrijke rol in het onderzoek omdat het de basis vormt van de analyse van de jurisprudentie. De nationaal rechtelijke uitspraken waar het recht op toegang tot overheidsinformatie uit art. 10 EVRM een rol spelen zijn gezocht via www.rechtspraak.nl. Hierbij is de zoekterm '10 EVRM Wob' gebruikt en gefilterd op de zaken van na 2007 van de Afdeling en de Rechtbanken in het rechtsgebied bestuursrecht (97 resultaten). Deze zaken zijn doorgespit en geselecteerd op relevantie voor dit onderzoek. Daarbij is geselecteerd op de zaken waar artikel 10 EVRM een rol speelde in de overwegingen van de Afdeling. De relevante Afdeling uitspraken zijn eveneens samengevat.

Bij enkele uitspraken van de Afdeling bleven er na het lezen van de overwegingen onduidelijkheden over. Om zo veel mogelijk valse aannames uit te sluiten is telefonisch- en mailcontact gezocht met de appellants in de betreffende zaken en gevraagd of bepaalde aspecten van de zaak konden worden bevestigd of ontkent. Mijn dank gaat hiervoor uit naar Stichting de Linkse Kerk²⁰ en mr. E.R.M. Holtz-Russel.²¹

De literatuur is gezocht op www.legalintelligence.nl, de online catalogus van de Bibliotheek van de Universiteit Leiden en de Universiteit van Amsterdam door middel van vele zoekacties met verschillende zoektermen.²² Verder is literatuur waarnaar is verwezen in de voetnoten van reeds gevonden literatuur opgezocht. Op officielebekendmakingen.nl en Statengeneraaldigitaal.nl is de wetsgeschiedenis van de huidige Wob achterhaald, alsmede de wetsgeschiedenis van het thans bij de Eerste Kamer ahangende Wet Open Overheid. Ten slotte is er een aanvullend kwalitatief onderzoek gedaan. Na het raadplegen van de jurisprudentie en de wetenschappelijke literatuur zijn vijf deskundigen op dit onderwerp wetenschappelijk geïnterviewd. Er is gebruik gemaakt van een semigestructureerd interview op basis van een interviewplan. Door dezelfde inhoudelijke vragen te stellen aan de deskundigen kan goed worden gezien in hoeverre er eenduidigheid bestaat in de rechtswetenschap over de toepassing van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit het EVRM in Nederland. Het accent van de interviews lag op de vraag of de Wob mogelijk in strijd komt met artikel 10 EVRM en op welke wijze dat het beste kan worden opgelost. Het interviewplan is opgesteld na het uitgebreide jurisprudentie- en literatuuronderzoek, zodat de juiste vragen in het interview aan bod konden komen. De interviews zijn opgenomen en uitgeschreven. Het interviewplan is als bijlage aan deze scriptie toegevoegd.

De deskundigen die zijn geïnterviewd zijn mr. Jan van der Grinten (advocaat van appellants in voor dit onderzoek relevante uitspraken²³ en docent Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden), prof. mr. Tom Barkhuysen (hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden) mr. Peter Stolk (Wob expert bij het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Raadsheer-plaatsvervanger bij de Centrale Raad van Beroep), prof. mr. Wouter Hins (hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit van Amsterdam en hoogleraar mediarecht aan de Universiteit Leiden), Elisabeth Pietermaat (Wob-specialist bij landsadvocaat Pels Rijcken & Drooglever Fortuijn). Ik ben hen allen ontzettend dankbaar dat

²⁰ Appellant in ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1315 (*Stichting Linkse Kerk*) (zie paragraaf 3.2.1).

²¹ Advocaat van appellants in ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1708 (zie paragraaf 3.2.1).

²² Zoektermen waren o.a.: 'wob', 'woo', 'artikel 10 EVRM', 'openbaarheid van bestuur', 'access to information held by public authorities'.

²³ Rb. Midden-Nederland 3 juni 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:3018 (MH-17 Wob-verzoek) en Rb. Midden-Nederland f19 augustus 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:4682 (Tentoonstelling de Krim).

Hoofdstuk I

zij in hun overvolle agenda's tijd hebben gevonden om een bijdrage te leveren aan deze scriptie. Tijdens de gesprekken merkte ik dat de deskundigheid van de geïnterviewde bijzonder groot is. De toegevoegde waarde van de interviews aan het onderzoek is daarom enorm.

De Wob voor waakhonden.

Hoofdstuk II

**Het recht op toegang tot overheidsinformatie
uit artikel 10 EVRM.**

Hoofdstuk II

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal een uiteenzetting worden gegeven van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. In het kader van de beantwoording van de hoofdvraag die is geformuleerd in hoofdstuk I is het essentieel om goed te begrijpen wat het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM precies inhoudt. De relatief nieuwe lijn in de jurisprudentie van het EHRM is slechts in een beperkt aantal zaken aan de orde gekomen. Het EHRM heeft zich nooit uitgelaten over een zaak die is beoordeeld op grond van de Wob of de Woo. Om iets zinnigs te kunnen zeggen over de toepassing van artikel 10 EVRM op de nationale rechtsorde is daarom een goede doorgronding van de redenering van het EHRM op dit rechtsterrein nodig. Alleen dan kan die redenering zodanig worden doorgetrokken naar de Nederlandse situatie dat er op een onderbouwde manier kan worden vastgesteld of er sprake is van eventuele strijdigheid met het Nederlandse recht.

Vrij recent is door de Grote Kamer van het EHRM een belangrijke uitspraak gedaan waar het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM uitgebreid en helder uiteen is gezet. Het gaat om de uitspraak van 8 november 2016, *Magyar Helsinki Bizottsag t. Hongarije*, waarin het EHRM in rechtsoverweging 156 stelt dat ‘*the time has come to clarify the classic principles*’.²⁴ De overwegingen van het EHRM in deze uitspraak zullen dan ook als leidend gelden in de uiteenzetting van het leerstuk in dit hoofdstuk. De overige uitspraken zullen in het kader worden geplaatst van het centrale leerstuk, om zo een duidelijk overzicht te geven van de stand van de jurisprudentie op dit moment. Ook zijn er bij enkele uitspraken *dissenting* en *concurring opinions* geschreven. Waar mogelijk zullen deze opinies worden betrokken bij de relevante leerstukken ter verduidelijking van de positie die het leerstuk inneemt in de rechtswetenschap.

11

Om de redenering van het EHRM goed te doorgronden, zal in paragraaf 2.2 eerst de achtergrond van de toekenning van het recht op toegang tot overheidsinformatie uiteen worden gezet. Daar zal worden ingegaan op wat voor soort redenering het EHRM gebruikt om een dergelijk recht in artikel 10 EVRM te lezen. Vervolgens zullen de criteria worden besproken die het EHRM gebruikt om een schending van het recht op toegang tot overheidsinformatie te constateren. Eerst moet er worden gezien wanneer er een beperking van de rechten onder 10 EVRM heeft plaatsgevonden. Dat wordt beoordeeld aan de hand van het doel van het informatieverzoek, (paragraaf 2.3), de aard van de informatie (paragraaf 2.4), de hoedanigheid van de verzoeker (paragraaf 2.5), de beschikbaarheid van de informatie (paragraaf 2.6) en het verzoek moet aan een publieke autoriteit zijn gedaan (paragraaf 2.7). Als de beperking is geconstateerd zal worden gezien of deze bij wet is voorzien (paragraaf 2.8) en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het licht van een legitiem doel (paragraaf 2.9) - de klassieke rechtvaardigingen van beperking op grondrechten. In het bijzonder zal ik per onderdeel ingaan op de aspecten die van belang zijn voor de vergelijking met het Nederlandse recht omtrent toegang tot overheidsinformatie. Deze aspecten zullen later in dit onderzoek terug komen. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een tussenconclusie.

2.2. Achtergrond

Het recht dat centraal staat in dit hoofdstuk betreft het recht op toegang tot informatie waarover de publieke autoriteiten beschikken (*EHRM: ‘the right to access information held by public authorities’*) dat voortvloeit uit art. 10 EVRM. Om nog wat preciezer te zijn gaat het om het recht op toegang tot dergelijke informatie *op verzoek*. In het kader van de leesbaarheid wordt het in de wetenschappelijke literatuur vaak ‘het recht op toegang tot overheidsinformatie’ genoemd. Gelet op de redactie van artikel 10 EVRM is het niet geheel vanzelfsprekend dat er een recht op toegang tot overheidsinformatie uit voortvloeit. Het artikel omvat in eerste instantie het recht op de uitingsvrijheid. Daar wordt meteen aan toegevoegd dat het recht mede

²⁴ EHRM 8 november 2016, 18030/11, AB 2017/1, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottsag t. Hongarije*).

Hoofdstuk II

inhoudt een recht om een mening te koesteren, alsmede het recht om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen zonder inmenging van openbaar gezag. In zoverre bevat het artikel daarom twee onderscheidenlijke rechten: het recht op het uiten van je mening en het recht op het ontvangen en het verstrekken van informatie van anderen zonder overheidsbemoediging.²⁵ Het recht op het ontvangen van informatie van de overheid kan niet uit de verdragsbepaling worden afgeleid door middel van een grammaticale interpretatie. Desalniettemin, zo stelt het EHRM, zijn er wel zwaarwegende redenen de bepaling zo te interpreteren dat het recht op toegang tot overheidsinformatie er wel uit voortvloeit.²⁶ Voor de toepassing van het recht op toegang tot overheidsinformatie maakt het EHRM gebruik van de *'living instrument doctrine'*, en de daaraan verbonden evolutieve interpretatie.²⁷ Dit houdt in dat de bepalingen in het EVRM worden geïnterpreteerd in het licht van de eigentijdse opvattingen, zodat het EVRM overeenstemt met nieuw ontwikkelde opvattingen in de verschillende lidstaten. Dit kan worden afgeleid uit overeenstemming in de nationale rechtspraak, het bestaan van andere Europese of internationale teksten of de rechtspraak van het EHRM zelf.²⁸ In het bijzonder zijn de doelstellingen van het EVRM leidend voor deze interpretatie.²⁹ Nauw verbonden hiermee is de *'practical and effective doctrine'*.³⁰ Deze doctrine stelt voorop dat het EVRM dient als instrument om de mensenrechten in de aangesloten staten te verzekeren. Om dat te bereiken moeten de bepalingen uit het verdrag zo worden geïnterpreteerd dat er een praktische en effectieve bescherming uit voortvloeit, die niet alleen in theorie bestaat maar ook in de praktijk kan worden afgedwongen.³¹

De methode van evolutieve interpretatie is geen vrijbrief om te pas en te onpas de werking van het EVRM uit te breiden. Gerards wijst erop dat de meningen uiteenlopen over de vraag waar precies de grenzen liggen van deze interpretatiemethode.³² Dat komt ook naar voren in een *dissenting opinion* van Judge Spano en Judge Kjølbros bij het arrest *Magyar Helsinki Bizzottság t. Hongarije*. Daar wordt opgemerkt dat er simpelweg geen tekstuele basis in het verdrag is die deze lezing ondersteunt, waardoor deze interpretatie in strijd komt met het rechtzekerheidsbeginsel. Er wordt gewezen op een relevant verschil tussen de tekst van artikel 10 EVRM ten opzichte van zijn equivalenten in andere mensenrechtenverdragen, zoals artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Vrijheden, het artikel 19 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens en het artikel 13 van het Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens. In die verdragen wordt gesproken over het recht om informatie en denkbeelden te garen (Eng: *to seek*), in plaats van te ontvangen (Eng: *to receive*). Het garen van informatie veronderstelt naar normaal taalgebruik een actieve houding door de persoon die informatie wil ontvangen, terwijl het ontvangen een passieve houding veronderstelt van een derde partij in een situatie waar twee personen vrijwillig informatie met elkaar uitwisselen. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM blijkt dat in de eerste conceptversies van het artikel 10 EVRM ook *to seek* werd gebruikt, maar dat die zinsnede later is aangepast naar de huidige redactie. Hoewel er uit de notulen niet is af te leiden wat het doel was van die aanpassing, kan er volgens Judge Spano en Judge Kjølbros niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de verdragsluitende partijen expliciet hebben gekozen voor een *right to seek information* en niet een *right to receive information*. Zij stellen,

12

²⁵ Gerards, in: Commentaar EVRM, art. 10.

²⁶ EHRM 8 november 2016, 18030/11, AB 2017/1, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 51.

²⁷ Concurring Opinion of Judge Sicilianos, joined by Judge Raimondi, bij: EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

²⁸ Gerards 2011, p. 35.

²⁹ EHRM 27 maart 1996, 7488/90 (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*).

³⁰ Gerards 2011, p. 36.

³¹ EHRM 8 november 2016, 18030/11, AB 2017/1, m.nt. Barkhuysen en van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 121. Zie ook Gerards 2011, p. 30. Zie over deze verschillende doctrines in het kader van het recht op toegang tot overheidsinformatie ook Brouwers 2011.

³² Gerards 2011, p. 40.

Hoofdstuk II

in andere worden, dat de evolutieve uitleg in dit leerstuk zou moeten wijken voor de 'primaire uitleggingsmethode': de gewone betekenis, het voorwerp, doel en de context.³³

Om toch over te kunnen gaan tot de evolutieve interpretatiemethode die tot een erkenning van het recht op toegang tot overheidsinformatie strekt, brengt het EHRM vier centrale argumenten naar voren.³⁴ Ten eerste is uit een *survey* gebleken dat een grote meerderheid van de verdragsstaten een soortgelijk recht erkent in het nationale recht. Ten tweede strekt de door haarzelf ontwikkelde jurisprudentielijn van vóór *Kenedi t. Hongarije* niet noodzakelijkerwijs tot het ontkennen van het recht, en de jurisprudentie sindsdien wijst wel in de richting van erkenning. Ten derde wordt overwogen dat ook de letterlijke tekst niet noodzakelijkerwijs strekt tot ontkenning, omdat er in de tekst staat '*shall include*', en er dus niet wordt uitgesloten dat er meerdere rechten onder vallen. Evenmin sluit de totstandkomingsgeschiedenis het recht op toegang tot overheidsinformatie uit, omdat er geen verklaring is gevonden voor de keuze om het woord *seek* te vervangen voor *receive*, zodat daaruit niet de conclusie kan volgen dat het de expliciete wil van de verdragsluitende staten is geweest om het garingsrecht uit te sluiten.³⁵ Ten slotte constateert het EHRM een internationale trend van erkenning van een recht op toegang tot overheidsinformatie. Die trend wordt afgeleid uit verschillende internationaalrechtelijke documenten. Het EHRM wijst op een *General Comment* van het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties bij artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten, waar het Mensenrechtencomité een recht op toegang tot overheidsinformatie voor de media erkent.³⁶ Daarnaast heeft het Mensenrechtencomité een aantal andere uitspraken gedaan op grond van dat artikel die eveneens strekken tot erkenning van dat recht.³⁷ Ook heeft de *UN-special reporter* in een rapport uit 2013 zich uitgesproken voor erkenning van het recht.³⁸ Ten slotte heeft de Raad van Europa in 2009 het Verdrag inzake toegang tot officiële documenten (hierna: verdrag van Tromsø) opgesteld, waar een verstrekkend recht op overheidsinformatie uit voortvloeit.³⁹ Dit verdrag is overigens nog niet inwerking getreden, omdat momenteel nog niet genoeg verdragsluitende staten het verdrag hebben geratificeerd.⁴⁰

Het EHRM leidt de eigentijdse opvattingen geheel in overeenstemming met de doctrine af uit nationale rechtspraktijken, de rechtspraak van het EHRM zelf en het bestaan van andere Europese of internationale teksten die strekken tot deze interpretatie. Het EHRM benadrukt dat het recht op toegang tot overheidsinformatie een 'instrumentele functie' heeft ter bescherming van het recht op het verstrekken en ontvangen van inlichtingen en denkbeelden.⁴¹ Op grond daarvan heeft de meerderheid van de Grote Kamer van het EHRM besloten dat de *living instrument doctrine* en de *practical and effective doctrine* er toe strekken dat er onder bepaalde omstandigheden een recht op toegang tot overheidsinformatie kan worden gelezen in artikel 10 EVRM. Om duidelijkheid te verschaffen over de vraag wanneer het recht op toegang tot overheidsinformatie instrumenteel kan zijn ter bescherming van de vrijheden uit artikel 10 EVRM formuleert het EHRM vier voorwaarden:

³³ Gerards 2011, p. 40. Dit argument wordt vaker gehanteerd door het EHRM.

³⁴ EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 138 e.v.

³⁵ Concurring Opinion of Judge Sicilianos, joined by Judge Raimondi, bij: EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

³⁶ General Comment nr. 34 on Article 19 of the ICCPR (Vrijheid van meningsuiting), Gepubliceerd op 12 September 2011. EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 38 & 140 e.v.

³⁷ Achtereenvolgens opgesomd in EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 39-141.

³⁸ Rapport van de UN-special rapporteur on the promotion and protection on the right to freedom of expression to the General Assembly on the right to freedom of information, 4 september 2013 (A/68/362). EHRM 8 november 2016, 18030/11 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 42 & 141.

³⁹ Verdrag van de Raad van Europa inzake toegang tot officiële documenten, van Tromsø 18 juli 2009 .

⁴⁰ <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/205/signatures>.

⁴¹ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 155-156.

Hoofdstuk II

- I. het doel van het verzoek moet gelegen zijn in het uitoefenen van de vrijheden die artikel 10 EVRM beschermt;
- II. de aard van de informatie moet maatschappelijk relevant zijn;
- III. de verzoeker moet een functie bekleden als ‘*public watchdog*’ (publieke waakhond), en;
- IV. de informatie moet bij de overheid beschikbaar zijn.

Als aan deze voorwaarden is voldaan, kan het verzoek worden gezien als instrumenteel in het beschermen van de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM en strekt de effectieve bescherming daarvan tot inwilliging van het verzoek. Op de deze vier voorwaarden wordt in de hierna volgende paragrafen ingegaan.

2.3. Het doel van het informatieverzoek

Het doel van het verzoek tot toegang tot overheidsinformatie moet gelegen zijn in het uitoefenen van het recht op uitingsvrijheid of het ontvangen en verstrekken van inlichtingen en gegevens. Met andere woorden, het verzoek om informatie moet bedoeld zijn als instrument in het kader van het uitoefenen van de vrijheden die voortvloeien uit artikel 10 EVRM.⁴² Dit zal met name het geval zijn als het vergaren van de informatie kan worden aangemerkt als een essentiële voorbereidende journalistieke activiteit of een andersoortige activiteit die van belang is voor het creëren van een forum voor het publieke debat.⁴³ In het *Tarsasag a Szabadsagjokert (TASZ) t. Hongarije* arrest formuleert het EHRM in dit kader een interessante overweging. Daar wordt ter onderbouwing van dit criterium gesteld dat het openbaar gezag het publieke debat zou verstoren als zij een ‘informatie monopolie’ heeft en weigert die op te geven. In zo een situatie is er sprake van ‘indirecte censuur’.⁴⁴ Als het doel van het informatieverzoek is gelegen in het doorbreken van de informatie monopolie ten behoeve van het publieke debat, is daarmee voldaan aan het doel-criterium.⁴⁵ De *practical and effective-doctrine* is in dit criterium goed terug te zien. Dit criterium zorgt er immers voor dat het inwilligen van het informatieverzoek een instrumentele functie moet hebben ten aanzien van het beschermen van de rechten uit artikel 10 EVRM.

Het EHRM stelt bij dit criterium ook meteen een belangrijke grens. Het recht op overheidsinformatie komt een verzoeker alleen toe als hij die activiteit uitoefent met inachtneming van zijn verplichtingen en verantwoordelijkheden (‘*duties and responsibilities*’ volgt uit artikel 10 lid 2 EVRM) als journalist. De verplichtingen en verantwoordelijkheden van de pers in het uitvoeren van hun taak zijn in eerdere arresten van het EHRM aan bod gekomen. Zo gaat het EHRM in het arrest *Fressoz en Roire t. Frankrijk* in op de vraag in hoeverre journalisten bescherming genieten van artikel 10 EVRM in gevallen waar zij de strafwet overtreden. Het EHRM bepaalt dat artikel 10 EVRM journalisten in beginsel niet ontslaat van de verplichting om de strafwet te gehoorzamen. Het beschermt journalisten echter wel in situaties waar zij publiceren over kwesties van algemeen belang, op voorwaarde dat zij te goeder trouw handelen, op een feitelijke en accurate basis en betrouwbare en precieze informatie leveren in overeenstemming met journalistieke ethiek.⁴⁶ Als aan deze voorwaarden is voldaan, biedt artikel 10 EVRM bescherming. Aannemelijk is dat voor andere public

⁴² Barkhuysen en van Emmerik, AB 2017/1, onder 2.

⁴³ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 158/159.

⁴⁴ EHRM 14 april 2009, 37374/5, (*Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) t. Hongarije*) r.o. 27 en 28.

⁴⁵ Het begrip ‘informationmonopoly’ komt ook terug in EHRM 6 januari 2016, 70287/11 (*Weber t. Duitsland*), r.o. 23 en EHRM 28 november 2013, 39534/07 (*Osterreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines Wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes (OVESSG) t. Oostenrijk*), r.o. 41.

⁴⁶ EHRM 21 januari 1999, 29183/95, JB 1999/41, m.nt. A.W. Heringa (*Fressoz en Roire t. Frankrijk*) r.o. 52-56.

Hoofdstuk II

watchdogs dezelfde soort verplichtingen en verantwoordelijkheden gelden (zie paragraaf 2.5). Het doel-criterium is dan ook niet zonder grenzen. Als het doel van het verzoek gelegen is in het dienen van het publieke debat, maar het publiceren over het onderwerp de verplichtingen en verantwoordelijkheden van journalisten of public watchdogs te buiten gaat, dan zal de weigering van het informatieverzoek door de overheid geen beperking van artikel 10 EVRM inhouden.⁴⁷

2.4. De aard van de informatie

De informatie waar het verzoek op ziet moet informatie zijn waarvan openbaarmaking in het publiek belang ('*public interest*') is. Dat zal het geval zijn wanneer het informatie is die gaat over publieke aangelegenheden ('*public affairs*') of over onderwerpen in het publieke debat.⁴⁸ Het EHRM stelt dat bij dit criterium kan worden aangesloten bij eerdere jurisprudentie over de reikwijdte van deze begrippen.⁴⁹ In sommige gevallen zal evident zijn dat er sprake is van aangelegenheden van publiek belang, zoals bij politieke discussies of rechtszaken. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat dit begrip aanzienlijk ruimer is en meer omvat dan politieke discussie in enge zin.⁵⁰ Het Hof neemt relatief snel aan dat er sprake is van '*matters of public concern*'.⁵¹ Ter illustratie stellen Hins e.a. dat uit een bloemlezing van de jurisprudentie blijkt dat het onder meer kan gaan om de gevaren voor de volksgezondheid door het gebruik van magnetrons, de interpretatie van de geschiedenis, illegale praktijken bij de jacht op zeehonden, fraude in de bosbouw, de behandeling van dieren in de bio-industrie, de hoogte van de inkomens van *captains of industry*, doping in de sport, internationale drugshandel en de werkwijze van een groot concern als McDonalds.⁵²

Een relevant aspect in de beoordeling of er sprake is van een onderwerp dat het maatschappelijk debat dient is de vraag of het informatie over een individu betreft, en zo ja, wat de hoedanigheid van die individu is in het maatschappelijk leven.⁵³ In het kader van uitingsvrijheid onder artikel 10 EVRM worden er aan beperkingen op het leveren van kritiek aan de regering strengere voorwaarden verbonden dan aan kritiek op een politicus of ambtenaar. Op hun beurt is die maatstaf weer strenger dan de voorwaarden die worden verbonden aan beperkingen aan het leveren van kritiek op individuele burgers. Met betrekking tot het recht op toegang tot overheidsinformatie geldt omgekeerd hetzelfde.⁵⁴ Een voorbeeld hiervan is het arrest *TASZ t. Hongarije*. In die zaak zag het informatieverzoek op openbaarmaking van een verzoekschrift dat een parlementariër had ingediend bij het Hongaarse Constitutionele Hof over de toetsing van een aanhangig wetsvoorstel inzake liberalisering van het drugsbeleid. Juist omdat het constitutionele verzoekschrift van een parlementariër afkomstig was, was er sprake van een *matter of public concern*.⁵⁵

Onduidelijk is waar precies de grens ligt van dit criterium in de context van het recht op toegang tot overheidsinformatie. Informatie die relevant is voor wetenschappelijk onderzoek valt er al snel onder⁵⁶ en ook cijfers over onroerend goed transacties van agrarische- en natuurgronden

⁴⁷ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 159.

⁴⁸ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 160.

⁴⁹ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 163.

⁵⁰ Hins & Nieuwehuis, 2014, p. 136.

⁵¹ Zie Gerards, in: Commentaar EVRM, art. 10 voor een uiteenzetting van de jurisprudentie.

⁵² Hins & Nieuwehuis, 2014, p. 136.

⁵³ Hins & Nieuwehuis, 2014, p. 137.

⁵⁴ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 163.

⁵⁵ EHRM 14 april 2009, 37374/5 (*TASZ t. Hongarije*) r.o. 28.

⁵⁶ EHRM 26 mei 2009, 31475/05 *NJ* 2009/589 m. nt. B.J. Boon (*Kenedi t. Hongarije*) en EHRM 3 april 2012, 41723/06 *NJ* 2012, 621, m.nt. E.A. Alkema (*Gilbert t. Zweden*).

Hoofdstuk II

werden als zodanig aangemerkt omdat een NGO ze wilde gebruiken voor het opstellen van een advies over een wetsvoorstel.⁵⁷

2.5. De hoedanigheid van de verzoeker

Hoewel artikel 10 EVRM het recht op uitingsvrijheid en het recht om inlichtingen en denkbeelden te ontvangen toekent aan iedereen, komt niet iedereen in aanmerking voor een recht op toegang tot overheidsinformatie. Een informatieverzoeker komt alleen in aanmerking voor bescherming onder artikel 10 EVRM als hij kan worden aangemerkt als een public watchdog.⁵⁸ In eerste instantie komt de pers in aanmerking voor een dergelijke kwalificatie.⁵⁹ Door de essentiële rol van journalisten en de pers als maatschappelijke waakhond genieten zij extra bescherming. Als zij immers geen verstrekkende bescherming van hun recht op uitingsvrijheid en recht op het ontvangen en verstrekken van inlichtingen zouden krijgen, zouden zij onnodig worden belemmerd in het uitoefenen van hun taak.⁶⁰

Van belang is dat niet alleen de pers de functie als publieke waakhond bekleedt. Uit *Animal Defenders International t. Noorwegen* volgt dat ook een NGO als een waakhond kan worden aangemerkt als het onderwerpen van publiek debat onder de aandacht brengt op vergelijkbare wijze als de pers.⁶¹ Opvallend is dat het in de jurisprudentie over toegang tot overheidsinformatie bijzonder vaak gaat om NGO's. In het arrest *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije* ging het bijvoorbeeld om een NGO die misstanden in de rechtsbijstandverlening in Hongarije onderzocht. Ook in *Makty t. Tsjechie*,⁶² *YIHM t. Servie*,⁶³ *OVESSG t. Oostenrijk*⁶⁴ en *TASZ t. Hongarije*⁶⁵ werd het recht op toegang tot overheidsinformatie toegewezen aan NGO's die een waakhondfunctie uitoefenen.

Ook blijkt uit twee arresten dat een wetenschapper onder bepaalde omstandigheden een waakhondfunctie uitoefent. In het arrest *Kenedi t. Hongarije* werd een historisch onderzoeker als zodanig aangemerkt omdat hij onderzoek deed naar het functioneren van politieke politiediensten in het communistische Hongarije in de jaren '60.⁶⁶ Ook in *Gilbert t. Zweden* werd artikel 10 EVRM van toepassing verklaard op twee wetenschappers ('K' en 'E'), omdat zij wetenschappelijk onderzoek van Gilbert willen verifiëren.⁶⁷

Ten slotte blijkt uit een enkele opmerking van het EHRM dat wellicht ook *bloggers* en bepaalde *social media* gebruikers een waakhond functie kunnen uitoefenen.⁶⁸ Tot op heden is er nog geen arrest verschenen waar dit is gebeurd. In de literatuur is ook reeds geconstateerd dat '*public watchbloggers*' wellicht meer bescherming zouden krijgen onder 10 EVRM.⁶⁹ Een potentieel gevaar daarvan is dat 'bloggers', 'vloggers' of andere sociale media gebruikers vaak individueel optreden en geen verantwoording af hoeven te leggen. De ethische code's van journalisten, NGO's en wetenschappers (lees: de *duties and responsibilities*, zie paragraaf

⁵⁷ EHRM 28 november 2013, 39534/07 (*OVESSG t. Oostenrijk*).

⁵⁸ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 164.

⁵⁹ EHRM 26 november 1991, 13585/88 (*Observer & Guardian t. Verenigd Koninkrijk*).

⁶⁰ EHRM 10 december 1992, 21980/93 (*Bladet Tromsø and Stensaas t. Noorwegen*), zie ook EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*) r.o. 165-167.

⁶¹ Volgt ook uit EHRM 22 april 2014, 48876/08, (*Animal Defenders International t. Verenigd Koninkrijk*).

⁶² EHRM 10 juli 2006, 19101/03 (*Sdruženi Jihočeské Matky t. Tsjechië*).

⁶³ EHRM 25 juni 2013, 48135/06, (*Youth Initiative for Human Rights (YIHM) t. Servie*).

⁶⁴ EHRM 28 november 2013, 39534/07 (*OVESSG t. Oostenrijk*).

⁶⁵ EHRM 14 april 2009, 37374/5 (*TASZ t. Hongarije*).

⁶⁶ EHRM 26 mei 2009, 31475/05 (*Kenedi t. Hongarije*).

⁶⁷ EHRM 3 april 2012, 41723/06 (*Gilbert t. Zweden*).

⁶⁸ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 168.

⁶⁹ Oosterveld & Oostveen, *Mediaforum* 2013/6, p. 146-152.

Hoofdstuk II

2.3) zouden in sommige gevallen niet voor hen gelden. Het is daarom maar de vraag onder welke omstandigheden het recht op toegang tot overheidsinformatie ook voor deze groep geldt.⁷⁰ In de *‘Joined concurring opinion of Judges Sajo and Vucinic’* bij de uitspraak *YIHM t. Servië* wordt ook ingegaan op dit vraagstuk. De rechters stellen dat het verschil tussen journalisten en het publiek in een wereld met internet snel vervaagt. Zij trekken daaruit de conclusie dat de hoedanigheid van de verzoeker helemaal geen rol zou moeten spelen in het kader van recht op toegang tot overheidsinformatie. Daarbij wordt verwezen naar het reeds genoemde Verdrag van Tromsø, waar het recht op toegang tot overheidsinformatie ook wordt toegekend aan ‘een ieder’. Dit betreft een minderheidsstandpunt, maar het is mogelijk dat de ontwikkeling mettertijd in die richting zal gaan.⁷¹

2.6. De beschikbaarheid van de informatie

Tot slot moet de informatie waar om wordt verzocht wel beschikbaar zijn (*‘ready and available’*). Hoewel dit criterium op het eerste gezicht evident lijkt, is er in de jurisprudentie al enige discussie over ontstaan. In *Weber t. Duitsland* overweegt het EHRM dat het recht op toegang tot overheidsinformatie niet zo ver gaat dat het een positieve verplichting oplegt aan overheidsorganen om informatie eerst te verzamelen en vervolgens in een specifieke vorm toegankelijk te maken, zonder dat de verzoeker opdraait voor de kosten.⁷² De informatie kan dan niet als *ready and available* worden aangemerkt. Uit *OVESG t. Oostenrijk* blijkt dat artikel 10 EVRM daarentegen weer wel bescherming biedt als het honoreren van een verzoek een grote last mee brengt, maar die last aan het handelen van het bestuursorgaan zelf te wijten is.⁷³

Om te voorkomen dat nationale bestuursorganen onder hun openbaarheid verplichtingen uit komen waarschuwt het EHRM ervoor dat dit criterium niet te makkelijk kan worden ingeroepen. De *practical and effective doctrine* komt ook hier duidelijk naar voren. In het arrest *YIHM t. Servie* oordeelde het EHRM dat de stelling van de overheid dat de verzochte documenten niet tot zijn beschikking had, ongeloofwaardig was. Dit had te maken met de aard van de informatie – concrete cijfers over het aantal gesurveilleerde burgers – en met het feit dat het bevoegde bestuursorgaan bij het primaire verzoek op andere gronden openbaarheid had geweigerd. Het standpunt dat de informatie niet beschikbaar zou zijn werd pas ingenomen nadat het nationale bevoegde orgaan had geoordeeld dat het verzoek moest worden ingewilligd en de informatie openbaar gemaakt.⁷⁴

⁷⁰ Oosterveld en Oostveen concluderen overigens op grond van *TASZ t. Hongarije* dat een recht op nieuwsgaring onverkort voor *public watchdogs* geldt.

⁷¹ Voorhoof, MR 2013/4 en Hins 2013, p. 157.

⁷² EHRM 6 januari 2016, 70287/11 (*Weber t. Duitsland*).

⁷³ Zo wordt het arrest uitgelegd in EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 169.

⁷⁴ EHRM 25 juni 2013, 48135/06 (*YIHM t. Servie*).

2.7. Publieke autoriteiten

In *Magyar Helsinki Bizottsag t. Hongarije* noemt het EHRM alleen de hiervoor genoemde vier criteria als voorwaarde voor een beperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. Mijns inziens is er nog een vijfde impliciete voorwaarde waar aan voldaan moet worden: het verzoek moet gericht zijn aan de overheid. Het recht op toegang tot overheidsinformatie wordt niet beperkt als een informatieverzoek wordt geweigerd door een andere burger of een private instelling. Het EHRM spreekt in het algemeen over een recht op toegang tot informatie in het bezit van de publieke autoriteiten ('*held by public authorities*'). Dit begrip is op andere vlakken van het EVRM ruim uitgelegd, zoals bijvoorbeeld in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Er kan worden gewezen op *Wos t. Polen*, waar het EHRM stelt dat zij in het kader van de effectiviteit van rechtsbescherming een *materieel overheidsbegrip* voorstaat waarin niet de formele verhoudingen doorslaggevend zijn, maar de feitelijke situatie.⁷⁵ Relevant is bijvoorbeeld wat de bevoegdheden zijn, hoe de financiering loopt, wie de bestuurders kan benoemen en ontslaan en wat de controlemechanisme op de instelling zijn.⁷⁶

Het EHRM heeft zich tot op heden niet concreet uitgelaten over welke organen of instellingen een plicht hebben om toegang tot overheidsinformatie te verschaffen onder artikel 10 EVRM. In de literatuur wordt er vanuit gegaan dat het gaat om alle organen van de overheid.⁷⁷ Uit huidige jurisprudentie blijkt dat er in ieder geval informatie kan worden verzocht aan de decentrale bestuursorganen,⁷⁸ ministeries,⁷⁹ de rechterlijke macht,⁸⁰ politiekorpsen,⁸¹ en de geheime dienst.⁸² Vooralnog is niet gebleken dat het recht niet van toepassing zou zijn bij verzoeken aan bepaalde andere delen van de staat en dat is ook onwaarschijnlijk, gelet op de 'instrumentele functie' van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM en de *practical and effectiveness-doctrine*. (zie paragraaf 2.2 en 2.3) Immers, de vrijheden van public watchdogs die voortvloeien uit artikel 10 EVRM zullen bij indirecte censuur door alle organen van de staat evenzeer kunnen worden beperkt.

Als er op grond van de criteria uit paragraaf 2.3 tot en met 2.7 wordt geconcludeerd dat er sprake is van een beperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM, moet er worden bezien of de beperking gerechtvaardigd is. Uit het tweede lid van artikel 10 EVRM volgt dat die beperking is gerechtvaardigd als het bij wet voorzien is en noodzakelijk is in een democratische samenleving, in het licht van een legitiem doel.

2.8. Bij wet voorzien

In *Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk* wordt de betekenis van de voorwaarde 'bij wet voorzien' nader uitgelegd. Er moet sprake zijn van een regel die voldoet aan de criteria *foreseeability and accessibility*.⁸³ Uitgangspunt is daarbij dat de betrokkene op basis van het geldende recht redelijkerwijs kan voorzien wat de juridische consequentie van zijn handelen

⁷⁵ EHRM 1 maart 2005, 22860/02, AB 2006/258, m.nt. T Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Wos t. Polen*).

⁷⁶ Van Emmerik, O&A 2010/6, p. 69.

⁷⁷ Groothuis 2014, p. 78.

⁷⁸ EHRM 28 november 2013, 39534/07 (*OVESG t. Oostenrijk*).

⁷⁹ EHRM 26 mei 2009, 31475/05 (*Kenedi t. Hongarije*).

⁸⁰ EHRM 14 april 2009, 37374/5 (*TASZ t. Hongarije*).

⁸¹ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

⁸² EHRM 25 juni 2013, 48135/06 (*YIHM t. Servie*).

⁸³ EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

zal zijn en wanneer de overheid zijn recht zal beperken.⁸⁴ Ook wanneer een nationaal bevoegd orgaan een uitspraak heeft gedaan over de openbaarheidsverplichtingen voor het openbaar gezag en het openbaar gezag de uitspraak niet honoreert, zal niet zijn voldaan aan dit criterium. Dat was onder andere het geval bij *Kenedi t. Hongarije*, *Gilbert t. Zweden* en *Roşianu v. Romania*.⁸⁵ Nu in het kader van dit onderzoek de Wob zal gelden als wettelijke basis voor een beperking, hoeft dit criterium niet verder te worden uitgediept.

2.9. Noodzakelijk in een democratische samenleving en een legitiem doel

Een beperking van artikel 10 EVRM is alleen gerechtvaardigd als de beperking noodzakelijk is in een democratische samenleving en een legitiem doel dient. De legitieme doelen zijn uitputtend geregeld in het tweede lid van artikel 10 EVRM. Gerards wijst er op dat het EHRM vaak snel oordeelt dat de beperking een legitiem doel dient.⁸⁶ Dat zal in het kader van toegang tot overheidsinformatie ook het geval zijn. Ter illustratie kan worden gewezen op het feit dat in *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije* het EHRM slechts één zin wijdt aan het legitieme doel.⁸⁷

Om te bepalen of de beperking van artikel 10 EVRM ook noodzakelijk is in een democratische samenleving, heeft het EHRM een uitgebreide jurisprudentie ontwikkeld. Er moet in ieder geval een dringende maatschappelijke behoefte voor de beperking bestaan, de beperking moet proportioneel zijn ten opzichte van het legitieme doel en de aangevoerde redenen moeten *relevant and sufficient* zijn.⁸⁸ Ook moet er rekening worden gehouden met een *margin of appreciation* – een zekere marge waarbinnen de Staten de vrijheid hebben om zelf te bepalen hoe aan de verplichtingen uit het EVRM toepassing wordt gegeven.⁸⁹ Gelet op deze criteria, zal het niet verbazen dat de beoordeling van de noodzakelijkheid van een beperking sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

Uit de jurisprudentie over het recht op toegang tot overheidsinformatie kan een aantal overwegingen van het EHRM handvatten bieden over de toepassing van dit criterium op het recht op toegang tot overheidsinformatie. Zoals in paragraaf 2.4 al is aangestipt, ging het EHRM in het arrest *TASZ t. Hongarije* in op de vraag of een weigering van een verzoek tot openbaarmaking van een verzoekschrift van een parlementariër aan het Constitutionele Hof van Hongarije is toegestaan in het licht van artikel 10 EVRM. Het EHRM maakte een afweging tussen de belangen van het recht op privéleven van de parlementariër enerzijds en het belang van de verzoeker als publieke waakhond anderzijds. Het EHRM concludeerde dat het onder deze omstandigheden fataal zou zijn voor de vrijheid van meningsuiting en het recht op het verstrekken en ontvangen van inlichtingen en gegevens als bekende figuren zoals politici met een beroep op de bescherming van hun privéleven het publieke debat indirect zouden kunnen censureren. Het EHRM achtte hierbij van belang dat het onwaarschijnlijk is dat er informatie over het privéleven van de parlementariër in het constitutionele verzoekschrift zou staan. Het feit dat zijn politieke opvatting over een maatschappelijk onderwerp wel uit het verzoekschrift zal blijken, kan niet leiden tot de conclusie dat de beperking noodzakelijk is. Er is immers sprake van een *public figure*. Het EHRM achtte daarom de beperking niet proportioneel ten opzicht van het doel daarvan.⁹⁰

⁸⁴ Gerards, in: Commentaar EVRM, art. 10.

⁸⁵ EHRM 24 juni 2014, 27329/06 (*Roşianu t. Roemenie*).

⁸⁶ Gerards, in: Commentaar EVRM, art. 10.

⁸⁷ EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 186.

⁸⁸ Gerards, in: Commentaar EVRM, art. 1. Volgt ook uit EHRM 8 november 2016, 18030/11, (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), r.o. 187.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 7 december 1976, 5493/72, (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 48.

⁹⁰ EHRM 14 april 2009, 37374/5 (*TASZ t. Hongarije*), r.o. 36 e.v.

Hoofdstuk II

Verder oordeelde het EHRM in het arrest *OVESSG t. Oostenrijk* dat de weigering van een verzoek tot openbaarmaking van informatie niet noodzakelijk kon worden geacht als de enige reden is dat het anonimiseren van de persoonsgegevens in de documenten een grote last voor het bestuursorgaan zou betekenen. Hierbij waren twee argumenten doorslaggevend. Ten eerste had de NGO voorgesteld zelf de kosten van het anonimiseren te betalen, waardoor het anonimiseren het bestuursorgaan geen geld zou kosten. Ten tweede ging het om informatie waarvan het in de rede had gelegen dat het bestuursorgaan het uit eigen beweging zelf al eerder had openbaargemaakt. Het ging immers om besluiten over *civil rights* in de zin van artikel 6 EVRM en andere soortgelijke instanties hadden wel uit eigen beweging de informatie openbaar gemaakt. De grote last van het anonimiseren was dus aan het bestuursorgaan zelf te wijten. De aangevoerde redenen waren daarom wellicht *relevant*, maar niet *sufficiënt*.

Ook in het arrest *Magyar Helsinki Bizottsag t. Hongarije* ging het EHRM ook in op de vraag of de beperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie noodzakelijk was in een democratische samenleving. De Hongaarse NGO deed onderzoek naar het functioneren van de rechtsbijstand in Hongarije. In dat kader werd verzocht om een overzicht van welke advocaten door welke politiekorpsen werden aangewezen om verdachten bij te staan. Twee politiekorpsen weigerden door (onder meer) te wijzen op de bescherming van de persoonsgegevens van rechtsbijstandsverleners. Het EHRM overwoog dat de het recht op rechtsbijstand zowel onder het Hongaarse recht als onder het EVRM een fundamenteel recht is. Het onderzoek naar het functioneren daarvan raakt de kern van artikel 10 EVRM, omdat het in grote mate kan bijdragen aan het maatschappelijk debat over een maatschappelijk relevant onderwerp. Daar komt bij dat de persoonsgegevens van de rechtsbijstandsverleners in principe niet geheim waren. Het ging immers met name om statistische gegevens, waarbij alleen de naam in verband kon worden gebracht met het beroep en het aantal keer dat die persoon rechtsbijstand heeft verleend. Het EHRM overwoog dat het Hongaarse recht door de weigering in deze omstandigheden geen blijk geeft van een effectieve en betekenisvolle beoordeling van de rechten uit artikel 10 EVRM (*'to exclude any meaningful assessment'*), terwijl de NGO als publieke waakhond wordt beperkt in het uitoefenen van zijn rol en het bijdragen aan een maatschappelijk debat en die beperkingen juist de grootst mogelijke nauwkeurigheid (*'the utmost scrutiny'*) vereisen. De bescherming van de persoonsgegevens van de rechtsbijstandsverleners werd dan ook disproportioneel geacht ten opzichte van het te dienen doel.

Het criterium van noodzakelijkheid is, zoals blijkt uit deze uitspraken, casuïstisch en sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het is aan de hand van deze uitspraken en andere artikel 10 EVRM gerelateerde uitspraken wel mogelijk om een inschatting te maken van de omstandigheden waar het EHRM waarde aan hecht. Zo zullen beperkingen bij het verstrekken van gegevens over *public figures* minder snel noodzakelijk worden geacht dan bij andere burgers. Ook zal het weigeren van informatie die bijdraagt aan het publieke debat over gewichtige onderwerpen, zoals *civil rights* of het recht op verdediging uit artikel 6 EVRM eerder strijdig zijn met het recht op toegang tot overheidsinformatie dan andersoortige informatie. Het lijkt er daarom op alsof het criterium 'de aard van de informatie' voor de toepassing van het eerste lid (paragraaf 2.4) een dubbele rol speelt: de proportionaliteit en de noodzakelijkheid van de beperking worden er ook door beïnvloed. Ook blijkt dat het EHRM een verband legt tussen de noodzakelijkheid van het openbaren van informatie op verzoek en het openbaren van informatie uit eigen beweging. Als er mag worden verwacht dat informatie uit eigen beweging wordt openbaar gemaakt, is de grote last van het openbaren op verzoek in ieder geval geen geldig argument om openbaarmaking te weigeren. Ten slotte verwacht het EHRM een grote mate van nauwkeurigheid van de nationale rechtsordes in het opleggen van de beperkingen en heeft tot op heden de *margin of appreciation* nog geen doorslaggevende betekenis gehad in een concreet arrest.

2.10. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is een uiteenzetting gegeven van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. Er is geconstateerd dat het EHRM gebruik heeft gemaakt van de *practical and effective doctrine* en de daarmee gepaarde *living instrument doctrine* om het recht op het garen van informatie te lezen in artikel 10 EVRM. Daaruit volgt dat het recht op toegang tot overheidsinformatie een instrumentele functie heeft. De beschikbaarheid van maatschappelijk relevante informatie stimuleert het maatschappelijke debat en daarmee de rechten en vrijheden die volgen uit artikel 10 EVRM. Die instrumentele functie wordt gewaarborgd door een vijftal criteria die het EHRM in het leven heeft geroepen om een beperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie te constateren: Er moet een (i) verzoek worden gedaan aan een public authority, (ii) het doel van het informatieverzoek moet gelegen zijn in het uitoefenen van de rechten en vrijheden die voortvloeien uit artikel 10 EVRM, (iii) het onderwerp van het verzoek dient een *matter of public concern* te zijn, (iv) de indiener van het verzoek moet als public watchdog worden aangemerkt en (v) de informatie moet beschikbaar zijn. Als aan die voorwaarden is voldaan zal het EHRM in het kader van de noodzakelijkheidstoets een belangenafweging maken om te beoordelen of de beperking proportioneel is en de argumenten *relevant and sufficient* zijn. Hoewel de uitkomst van die afweging zeer casuïstisch is, is wel geconstateerd dat de aard van de informatie ook hier een belangrijke rol inneemt. Het onderwerp van het verzoek in de omstandigheden van het geval kan doorslaggevend zijn.

Nu het leerstuk van recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM in dit hoofdstuk uiteen is gezet zal in het volgende hoofdstuk worden gezien of, en zo ja in hoeverre de huidige toepassing van de Wob in strijd kan komen met het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM.

De Wob voor waakhonden.

Hoofdstuk III

Spanningen tussen artikel 10 EVRM en de Wob.

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden besproken welke aspecten van de Wet openbaarheid van bestuur op gespannen voet lijken te staan met het leerstuk van toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. Die aspecten zullen worden uiteengezet en worden vergeleken met hetgeen besproken in hoofdstuk II. Op die manier kan goed worden geanalyseerd waar en op wat voor wijze Wob-bepalingen op dit moment problematisch kunnen uitpakken in het licht van artikel 10 EVRM.

Niet alle juridische aspecten van de Wob zullen worden besproken. Er zal uitsluitend worden ingegaan op de aspecten die relevant zijn in het kader van dit onderzoek. Relevantie kan in dit opzicht twee dingen betekenen: een aspect waarvan na onderzoek is gebleken dat het in bepaalde situaties strijdigheid met artikel 10 EVRM kan opleveren, of een aspect dat op gespannen voet met artikel 10 EVRM lijkt te staan, maar waarvan na onderzoek is gebleken dat de rechtssystemen niet strijdig zijn. Aspecten van de Wob die niets te maken hebben met artikel 10 EVRM zullen buiten beschouwing blijven. Twee voorbeelden van aspecten van de Wob waarover veel wordt geschreven maar die te ver weg staan van artikel 10 EVRM om een rol te spelen in dit onderzoek zijn de vraagstukken rondom milieu-informatie⁹¹ en de recent veel besproken dwangsomproblematiek.⁹² Verder zal vooral worden ingegaan op het leerstuk van passieve openbaarheid uit art. 3 Wob, en zal actieve openbaarheid uit artikel 8 Wob achterwege worden gelaten. Passieve openbaarheid betekent openbaarheid op verzoek van een burger en actieve openbaarheid geschiedt ambtshalve, dat wil zeggen uit eigen beweging van het bestuursorgaan. Zoals ook blijkt uit paragraaf 2.2, ziet het leerstuk van recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM in beginsel alleen op informatie op verzoek. Hoewel het openbaar maken van informatie uit eigen beweging wel een rol kan spelen in de noodzakelijkheidstoets (zie paragraaf 2.9), heeft actieve openbaarmaking te weinig raakvlakken met artikel 10 EVRM om een rol te spelen in het kader van dit onderzoek.

Eerst zal het leerstuk van passieve openbaarheid uit artikel 3 Wob in het algemeen worden uiteengezet om een goed begrip te krijgen van de werking van de Wob (paragraaf 3.2). Daar zal worden besproken wie een verzoek mag indienen (paragraaf 3.2.1), het onderwerp van het verzoek (paragraaf 3.2.2) en aan wie het verzoek kan worden gedaan (paragraaf 3.2.3). Vervolgens zullen de absolute weigeringsgronden (paragraaf 3.3), de relatieve weigeringsgronden (paragraaf 3.4) en de persoonlijke beleidsopvattingen (paragraaf 3.5) worden besproken. Ten slotte zal de balans worden opgemaakt in een tussenconclusie (paragraaf 3.6).

3.2. Passieve openbaarheid algemeen

Het beginsel van passieve openbaarheid is opgenomen in artikel 3 Wob. Het artikel luidt (voor zover hier van belang) als volgt.

1 Een ieder kan 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.

[...]

3 De verzoeker behoeft bij zijn verzoek geen belang te stellen.

[...]

5 Een verzoek om informatie wordt ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11.

⁹¹ Art. 1 onder g juncto 10 lid 7 & 8 en art. 11 lid 4 Wob.

⁹² Zie o.a. Ortlep, *JBplus* 2014/1.

3.2.1. De indiener van het verzoek

Op grond van de Wob heeft een ieder het recht om een Wob-verzoek in te dienen, zonder daarbij een belang te stellen. Uit standaardoverwegingen in de jurisprudentie en de considerans bij de Wob blijkt dat de Wob uitsluitend het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering dient.⁹³ Gelet daarop is het irrelevant wie de verzoeker is en welk belang hij vertegenwoordigt. In paragraaf 3.4 zal hier in het kader van relatieve weigeringsgronden verder op worden ingegaan.

In paragraaf 2.5 is besproken dat de hoedanigheid van de verzoeker als public watchdog een noodzakelijke voorwaarde is voor het constateren van een beperking van artikel 10 EVRM. Op dit punt is de reikwijdte van de Wob aanzienlijk groter dan de reikwijdte van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM.

Opvallend is dat de Afdeling tot voor kort dit verschil in reikwijdte niet leek te onderkennen. In verschillende uitspraken over Wob-verzoeken werd beslist dat het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM een rol kan spelen in het geschil, zonder dat de Afdeling overwoog of er sprake was van een public watchdog.⁹⁴ Bij nadere beschouwing blijkt ook dat de verzoekers in die zaken waarschijnlijk niet als zodanig konden worden aangemerkt. Zo was de verzoeker in de *Stichting Linkse Kerk-zaak* – de eerste uitspraak van de Afdeling over artikel 10 EVRM en de Wob – een sociaal-cultureel centrum die geen journalistieke activiteiten of wetenschappelijk of maatschappelijk onderzoeken uitvoert en derhalve geen functie als publieke waakhond bekleedt.⁹⁵ Ook de appellant in ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1708 hield zich niet bezig met dergelijke activiteiten.⁹⁶ De hoedanigheid van de appellant was in deze uitspraken geen onderwerp van geschil. Door het recht op toegang tot overheidsinformatie toe te kennen aan ‘een ieder’, leek de Afdeling op de lijn te zitten van Judges Sajo and Vucinic in de *concurring opinion* bij *YIHM t. Servië* (zie paragraaf 2.5). In de noot bij de uitspraak van de Afdeling van 14 mei 2014 constateren ook Daalder en Bontjes dat deze benadering wenselijker is.⁹⁷

De hierboven genoemde uitspraken van de Afdeling zijn beide van vroegere datum dan *Magyar Helsinki Bizottsag t. Hongarije*, dat op dit punt veel duidelijkheid heeft verschaft. Uit een recente uitspraak lijkt te volgen dat de Afdeling van haar eerdere lijn is teruggekomen. In een uitspraak van 22 februari 2017 wordt overwogen dat de appellant in die zaak geen recht op toegang tot overheidsinformatie aan artikel 10 EVRM kan ontleen, omdat hij niet gelijk te stellen is met een ‘journalist, social watchdog of public interest group’ zoals bedoeld in *Magyar Helsinki Bizottsag t Hongarije*.⁹⁸ Aannemelijk is dan ook dat de Afdeling voortaan dit criterium zal hanteren in de vraag of een appellant aanspraak kan maken op een recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. Het verschil in benadering met de Wob op dit punt lijkt daarmee grotendeels te zijn opgelost.

⁹³ Zie onder andere ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2566.

⁹⁴ ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1708, AB 2014/225, m.nt. E.J. Daalder en N. Bontje, r.o. 5 en noot. Zie ook ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1315, AB 2011/148, m.nt. E.J. Daalder, r.o. 2.3.2, en punt 3-4 noot.

⁹⁵ ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1315, AB 2011/148, m.nt. E.J. Daalder. Blijkt uit telefonische navraag. Zie ook Schreuder, *NRC* 11 april 2008.

⁹⁶ De identiteit van appellant in blijkt niet uit de uitspraak. Uit navraag bij de advocaat van appellant blijkt dat ook in deze zaak de appellant een burger was die geen journalistiek, wetenschappelijk of maatschappelijk onderzoek deed en derhalve niet als public watchdog kan worden aangemerkt.

⁹⁷ Daalder & Bontje, AB 2014/225, onder 8.

⁹⁸ ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS: 2017:498, AB 2017/147, m.nt. J. Tingen, r.o. 8.1.

3.2.2. De bestuurlijke aangelegenheid

Het Wob-verzoek kan alleen betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid. Uit artikel 1 sub b blijkt dat een bestuurlijke aangelegenheid wordt gedefinieerd als 'een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan'. Dit begrip begrenst de werkingssfeer van de Wob, in die zin dat een Wob-verzoek niet zal worden ingewilligd als het verzoek ziet op informatie die niet gaat over een bestuurlijke aangelegenheid.⁹⁹ Van belang is daarom te onderzoeken of de werkingssfeer van de Wob door dit begrip zodanig wordt begrenst dat er een inmenging in artikel 10 EVRM kan plaatsvinden.

De Afdeling legt het begrip bestuurlijke aangelegenheid extensief uit. Als de aangelegenheid bestuurlijk relevant is of anderszins ziet op de uitvoering van een publieke taak, dan kan het worden aangemerkt als een bestuurlijke aangelegenheid.¹⁰⁰ De aangelegenheid kan zowel intern als extern beleid betreffen en zelfs voldoende is dat de informatie aanleiding kan geven tot beleid. Documenten afkomstig van derden in het bezit van de overheid zullen in de regel ook een bestuurlijke aangelegenheid betreffen, omdat de overheid doorgaans met documenten iets doet, moet doen of zou kunnen doen.¹⁰¹ Pas als de informatie geen enkele relatie tot beleid heeft zal het geen bestuurlijke aangelegenheid zijn. Daalder wijst er bij wijze van voorbeeld op dat een brief van een burger aan de burgemeester om hem te feliciteren met zijn verjaardag geen bestuurlijke aangelegenheid zal zijn. Als er echter in die brief ook een klacht tegen de burgemeester wordt geuit, dan zal de brief er wel onder vallen omdat het op behoorlijke wijze omgaan met klachten een bestuurlijke aangelegenheid is.¹⁰² Een illustratief voorbeeld uit de jurisprudentie is een zaak waar een Wob-verzoek bij de Deken van de Orde van Advocaten werd ingediend over de juridische grondslag van een bevoegdheid van de Deken tot het leggen van beslag. De Afdeling stelde dat dit slechts een algemene rechtsvraag betreft en niet tot het beleid van Deken kan worden gerekend. Het verzoek betrof daarom geen bestuurlijke aangelegenheid.¹⁰³

In het kader van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM is in paragraaf 2.4 besproken dat de aard van de informatie waar om wordt verzocht een *matter of public concern* moet zijn. Het is zeer onwaarschijnlijk dat een enkele felicitatiebrief als zodanig zal worden aangemerkt. Een klacht tegen de burgemeester zal eerder een *public affaire* kunnen zijn, omdat het uiten van kritiek tegen de burgemeester als *public figure* meer maatschappelijke relevantie heeft. Ook is onwaarschijnlijk dat een algemene rechtsvraag, zoals het hiervoor genoemde verzoek aan de Deken, als een *matter of public concern* zal worden aangemerkt, omdat openbaarmaking van weinig publiek belang is. Het is immers een juridische vraag die in principe al openbaar is. Ook het doel van het verzoek zal in dat geval overigens in de weg staan aan het constateren van een beperking van artikel 10 EVRM, omdat er geen sprake is van een informatiemonopolie van de overheid (zie paragraaf 2.3). In het algemeen is zeer onwaarschijnlijk dat informatie die niet bestuurlijk relevant is en niet ziet op een uitvoering van een publieke taak, wel als *matter of public concern* zal worden aangemerkt. Er kan daarom worden geconstateerd dat het zeer onwaarschijnlijk is dat een weigering van een informatieverzoek op grond van de Wob omdat het geen bestuurlijke aangelegenheid betreft, om die reden wél zal leiden tot een inmenging in art. 10 EVRM.

⁹⁹ Daalder 2015, p. 185.

¹⁰⁰ Daalder 2015, p. 189.

¹⁰¹ ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6722.

¹⁰² Daalder 2015, p. 186.

¹⁰³ ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF0976, *Gst* 2009/4, m.nt. S.A.J. Munneke.

3.2.3. *Het bestuursorgaanbegrip*

Van belang is om vast te stellen of het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM op dezelfde overheidsorganen van toepassing is als de Wob. Als er immers wordt geconstateerd dat de Wob een kleinere reikwijdte heeft dan artikel 10 EVRM, kan er een inbreuk op het recht op toegang tot overheidsinformatie plaatsvinden bij een verzoek aan bepaalde overheidsorganen. In artikel 1a Wob is limitatief opgenomen op welke bestuursorganen de Wob van toepassing is. Die bepaling luidt als volgt.

- 1 Deze wet is van toepassing op de volgende bestuursorganen:
- a. Onze Ministers;
 - b. de bestuursorganen van provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie;
 - c. bestuursorganen die onder de verantwoordelijkheid van de onder a en b genoemde organen werkzaam zijn;
 - d. andere bestuursorganen, voor zover niet bij algemene maatregel van bestuur uitgezonderd.

Het bestuursorgaan-begrip uit de Wob is gelijk gesteld met het bestuursorgaan-begrip uit artikel 1:1 Awb.¹⁰⁴ Dat betekent dat bijvoorbeeld de rechterlijke macht, de Eerste en Tweede Kamer, de Algemene Rekenkamer en andere in artikel 1:1, tweede lid, Awb genoemde organen in het geheel van de Wob zijn uitgesloten. Ook andere overheidsorganen die niet binnen de Awb-definitie van bestuursorgaan vallen, zijn uitgesloten van de Wob. Het gaat dan bijvoorbeeld om het Kabinet van de Koning,¹⁰⁵ de Directeur van het Koninklijk Huisarchief¹⁰⁶ en de Vereniging Nederlandse Gemeenten.¹⁰⁷ De organen bedoeld in artikel 1a sub c Wob zijn bijvoorbeeld het Openbaar Ministerie en de Raad voor de Kinderbescherming, beide werkzaam onder de Minister van Veiligheid en Justitie.¹⁰⁸ De AMvB waar in sub d naar wordt verwezen is het Besluit bestuursorganen Wno en Wob. Uit artikel 1 van dat besluit blijkt dat drie bestuursorganen in de uitvoering van de daar genoemde werkzaamheden zijn uitgesloten, te weten de NOS, de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten.

In paragraaf 2.7 is reeds besproken dat het EHRM zich in jurisprudentie niet heeft uitgelaten over de vraag welke overheidsorganen een rechtmatig verzoek om toegang tot overheidsinformatie moeten inwilligen, maar dat aannemelijk is dat het gaat om alle organen van de overheid (public authorities), waarbij een materieel overheidsbegrip wordt gehanteerd. In het algemeen zal de definitie uit artikel 1:1, eerste lid, onder a en b, Awb grotendeels dezelfde overheidsorganen bevatten.¹⁰⁹ Dit betekent dat de uitgezonderde organen uit artikel 1:1, tweede lid, Awb ook onder dat begrip kunnen vallen. Uit *TASZ t. Hongarije* is gebleken dat de rechterlijke macht niet wordt uitgezonderd van de plicht om in bepaalde gevallen toegang tot overheidsinformatie te bieden. Het informatieverzoek van TASZ had onder dezelfde omstandigheden in Nederland in ieder geval worden afgewezen, nu het een uitgezonderd orgaan is in de zin van artikel 1:1, tweede lid, Awb.¹¹⁰ Dit had geresulteerd in een schending van artikel 10 EVRM. Ook valt vanuit dit perspectief niet in te zien waarom gerechtvaardigd zou zijn dat de Eerste en Tweede Kamer integraal zijn uitgezonderd van informatie op verzoek. Het zijn immers bij uitstek een organen die informatie bezitten over

¹⁰⁴ Zie bijvoorbeeld ABRvS 3 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AA6767, AB 1996/474.

¹⁰⁵ ABRvS 6 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6497, AB 2008/143, m.nt. H Peters.

¹⁰⁶ ABRvS 1 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1288.

¹⁰⁷ ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5933, AB 2011/233, m.nt. H. Peters.

¹⁰⁸ Daalder 2015, p. 185.

¹⁰⁹ Volgt uit interview T. Barkhuysen. Zie ook Barkhuysen & van Emmerik 2017, p. 15 e.v.

¹¹⁰ Vlg. Hins AA 2011/5, p. 334-335 en toespraak van A.W. Hins in *Handelingen I* 2015/16, 33328, B, p. 16.

'*matters of public concern*' (zie paragraaf 2.4) en zonder meer als public authority kunnen worden aangemerkt. Ook is de uitzondering van de NOS, de Nederlandsche bank en de AFM is vanuit dit perspectief lastig te rechtvaardigen, nu ook deze public authorities onder omstandigheden een informatiemonopolie omtrent *matters of public concern* kunnen hebben. Hierbij kan worden gedacht aan de hoogte van de inkomens van kopstukken van deze door publiekgeld gefinancierde instellingen.¹¹¹ Dit betekent dat de Wob wellicht onvoldoende bescherming biedt aan informatiezoekers in concrete gevallen waar het verzoek voldoet aan de voorwaarden genoemd in paragraaf 2.3 t/m 2.9. Op dit punt staat de Wob derhalve op gespannen voet met het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM.

De Afdeling is in 2011 geconfronteerd met de vraag of de Vereniging Nederlandse Gemeente (VNG) op grond van artikel 10 EVRM onderworpen is aan een plicht om toegang te verschaffen tot informatie.¹¹² De Afdeling constateert eerst dat de VNG een privaatrechtelijke rechtspersoon is zonder bevoegdheidsgrondslag in de wet. De VNG valt niet onder het bestuursorgaanbegrip uit de Awb c.q. de Wob. Artikel 10 EVRM doet hier niets aan af, zo stelt de Afdeling, omdat het artikel niet van toepassing is op 'niet-overheidsinstellingen'. Dit is mogelijk een verwijzing naar het public authority-begrip.

Als er is geconstateerd dat een Wob-verzoek over een bestuurlijke aangelegenheid is gedaan aan een bestuursorgaan dat onder de reikwijdte van de Wob valt, zal het verzoek worden ingewilligd met inachtneming van de weigeringsgronden uit artikel 10 en 11 Wob.¹¹³ Uit die bepalingen volgen onderscheidenlijk absolute en relatieve weigeringsgronden en de weigering van persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad. Hierna zullen de weigeringsgronden en beperkingen worden besproken en zal er worden ingegaan op de vraag hoe die zich verhouden tot het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM.

3.3. Absolute weigeringsgronden

Het systeem van absolute weigeringsgronden volgt uit artikel 10 lid 1 Wob.

Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit:

- a. de eenheid van de Kroon in gevaar zou kunnen brengen;
- b. de veiligheid van de Staat zou kunnen schaden;
- c. bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;
- d. persoonsgegevens betreft als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wet bescherming persoonsgegevens, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt.

De absolute weigeringsgronden worden geacht van zodanig zwaarwegend belang te zijn dat het belang van openbaarheid te allen tijde moet wijken. Als er wordt geconstateerd dat er aan een van de genoemde gronden is voldaan, dan weigert het bestuursorgaan de informatie te verstrekken zonder enige belangenafweging. De weigering geschiedt alleen voor zover er aan een van de gronden is voldaan, dat wil zeggen alleen voor dat gedeelte van de informatie waarvan de weigeringsgronden feitelijk aan de orde zijn.¹¹⁴ In de praktijk worden er doorgaans woorden, zinnen, zinsdelen of alinea's zwartgelakt zodat de informatie in strijd met de weigeringsgronden onleesbaar wordt.¹¹⁵

¹¹¹ Ter vergelijking: EHRM 21 januari 1999, 29183/95, JB 1999/41, m.nt. A.W. Heringa (*Fressoz en Roire t. Frankrijk*) over 'captains of industry' (ook genoemd in paragraaf 2.4).

¹¹² ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5944, AB 2011/233, m.nt. H. Peters.

¹¹³ Artikel 3, vijfde lid, Wob.

¹¹⁴ Daalder 2015, p. 331.

¹¹⁵ Zie bijvoorbeeld Veenstra, NRC 10 februari 2016.

In paragraaf 2.9 is besproken dat een inperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie alleen gerechtvaardigd is als dat noodzakelijk is in een democratische samenleving. Aan de hand van de omstandigheden van het geval dient er te worden beoordeeld of de beperking proportioneel is ten opzichte van het doel. Die proportionaliteitstoets houdt onder andere een belangenafweging in. In de literatuur is er op gewezen dat het systeem van absolute weigeringsgronden – waar een belangenafweging per definitie ontbreekt – zich niet verhoudt met de noodzakelijkheidstoets bij een inperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM.¹¹⁶ Immers, als een absolute weigeringsgrond wordt geconstateerd, worden de omstandigheden van het geval niet meegewogen en is er dus in theorie een situatie mogelijk waar artikel 10 EVRM openbaarheid eist die op grond van artikel 10, eerste lid, Wob niet wordt geboden.

Toch betekent het gebrek aan een belangenafweging in nationaal recht niet direct dat er strijd met artikel 10 EVRM is. Als het belang van de absolute gronden zodanig zwaar is dat er nooit een situatie zal voorkomen waar het EHRM die afweging in het voordeel van openbaarheid zou laten uitvallen, kan er ook geen strijd zijn met artikel 10 EVRM. Het EHRM kan daarnaast gevoelig zijn voor het feit dat de democratisch gelegitimeerde wetgever een keuze heeft gemaakt om de in artikel 10, eerste lid, Wob genoemde weigeringsgronden een absoluut karakter toe te kennen en daarmee een afweging gemaakt tussen het belang van openbaarheid en het belang van geheimhouding, zij het een afweging in abstracto.¹¹⁷ Tot op heden zijn er geen voorbeelden uit de jurisprudentie waar een beroep op artikel 10 EVRM een absolute weigeringsgrond uit de Wob heeft gerelativeerd. In het kader van dit onderzoek is van belang te onderzoeken of er situaties kunnen voorkomen waarin de afweging in door de wetgever gemaakte afweging in abstracto mogelijk tot een andere uitkomst kan leiden dan een afweging in een concreet geval.

3.3.1. De eenheid van de Kroon

De ‘sub a’-weigeringsgrond voor informatie die de eenheid van de Kroon in gevaar zou kunnen brengen vloeit voort uit artikel 42 Grondwet, de onschendbaarheid van de Koning en de ministeriele verantwoordelijkheid. Gelet op de ‘twee-eenheid’ die van de Koning en de Ministers is noodzakelijk dat onderling overleg vertrouwelijk blijft. De weigeringsgrond ziet dan ook uitsluitend op onderlinge correspondentie bij de ‘twee-eenheid’, om te voorkomen dat bijvoorbeeld een meningsverschil tussen de Koning en de ministers aan het licht komt.¹¹⁸ De Afdeling legt de grond vrij ruim uit. Een briefwisseling tussen de Kroonprins – de vermoedelijke opvolger van de Koning – en de Minister-President werd ook onder de reikwijdte van de uitzonderingsgrond geschaard.¹¹⁹

In een expertmeeting over het wetsvoorstel Woo in de Eerste Kamer gaat Hins in op een situatie waar deze absolute weigeringsgrond op gespannen voet staat met artikel 10 EVRM.¹²⁰ Hij stelt dat de extensieve uitleg van de Afdeling – die ertoe leidt dat ook de Kroonprins door de weigeringsgrond wordt beschermd – wellicht een te ver gaande bescherming biedt. Onder verwijzing naar een uitspraak van het Britse Supreme Court omtrent de ‘*black spider memo*’s’ laat Hins zien dat de bescherming van de Kroonprins niet overal even ver gaat als onder de Wob.¹²¹ De verhouding tussen de Kroonprins en de regering wordt niet grondwettelijk

¹¹⁶ Groothuis 2014, p. 79. zie ook Voorhoof, *Juristenkrant* 2016/338 en Hins, AA 2011/5, p. 334-335.

¹¹⁷ Interview A.W. Hins, zie ook paragraaf 4.3 en 4.3.1.

¹¹⁸ Daalder 2015, p. 340.

¹¹⁹ ABRvS 25 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AA4098, AB 2000/393, m.nt. Zijlstra.

¹²⁰ *Handelingen I* 2015/16, 33328, B, p. 17.

¹²¹ Booth & Taylor, *The Guardian* 13 mei 2015.

gewaarborgd en zal tevens snel een *matter of public concern* zijn, nu het duidelijk gaat om een *public figure* (zie paragraaf 2.4). Het belang van openbaarmaking zal daarom veel gewicht toe komen (zie paragraaf 2.9 over de dubbele rol van de aard van de informatie), waardoor de kans dat de belangenafweging in de richting van openbaarheid zal uitvallen aanwezig kan zijn.

3.3.2. De veiligheid van de Staat

De 'sub-b'-weigeringsgrond ziet op informatie die de nationale veiligheid in gevaar kan brengen. Het is in beginsel aan het bestuursorgaan om te bepalen in welke omstandigheden dat gevaar zich voordoet, maar dat moet wel deugdelijk gemotiveerd worden: het bestuursorgaan mag niet alleen op grond van eigen inzicht de weigeringsgrond inroepen.¹²² Er zal dus een beroep moeten worden gedaan op een veiligheidsdeskundige. Als er een risico wordt geconstateerd voor de nationale veiligheid bij openbaarmaking van bepaalde informatie, kan de absolute weigeringsgrond worden ingeroepen. Onder deze grond valt onder andere de bescherming van de democratische rechtsorde en de daarbij betrokken instituties, personen en goederen, het belang van het tegengaan van terrorisme, militaire geheimen en documenten die inzicht geven in de werkwijze van de Koninklijke Marachaussee.¹²³

Ook bij deze grond stelt Hins dat het absolute belang van de weigeringsgrond niet altijd vanzelfsprekend is.¹²⁴ Hij verwijst daarbij naar een resolutie die in 2013 is aangenomen door de Parliamentary Assembly van de Raad van Europa inzake de Nationale Veiligheid en toegang tot informatie.¹²⁵ Daar worden vijf voorbeelden gegeven van situaties waar de nationale veiligheid in beginsel vertrouwelijkheid eist, maar het publieke belang van openbaarheid toch onder omstandigheden kan prevaleren. Het gaat om – kort gezegd – informatie over verouderd beleid, de productie van wapens of militaire systemen, specifieke veiligheidsmaatregelen ter voorkoming van sabotage, de werkwijze van inlichtingendiensten en informatie over veiligheidsmaatregelen verkregen door andere staten. Dergelijke situaties eisen natuurlijk niet direct openbaarheid, maar de Parliamentary Assembly stelt dat het belang van vertrouwelijkheid niet te alle tijden hoeft te prevaleren. Bij een verzoek om informatie van grote *public concern* is derhalve ook hier denkbaar dat de belangenafweging door het EHRM in het voordeel van openbaarheid uitvalt.

3.3.3. De bedrijfs- en fabricagegegevens

De 'sub-c'-weigeringsgrond strekt tot de bescherming van bedrijven die (al dan niet vrijwillig) concurrentiegevoelige informatie verstrekken aan de overheid. Als bedrijven er onvoldoende van verzekerd zijn dat de informatie die zij verstrekken vertrouwelijk blijft, zullen zij minder geneigd zijn openheid van zaken te geven, zo is de gedachte.¹²⁶ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt expliciet dat de grond ook geldt in situaties waar er gevaar kan dreigen voor 'leven en gezondheid'; de weigeringsgrond is immers absoluut.¹²⁷ Verder blijkt uit jurisprudentie dat niet alle door bedrijven verstrekte gegevens als bedrijfs- en fabricagegegevens kunnen worden aangemerkt. Het moet gaan om informatie of gegevens waaruit wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de

¹²² ABRvS 15 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9049, AB 2006/307, m.nt. P.J. Stolk.

¹²³ Voor een uitgebreid overzicht van de jurisprudentie kan worden verwezen naar Daalder 2015, p. 343-349.

¹²⁴ *Handelingen I* 2015/16, 33328, B, p. 17.

¹²⁵ Raad van Europa (Parliamentary Assembly) Resolution no. 13293: National Security and Acces to Information, p. 17.

¹²⁶ Daalder 2015, p. 343-356.

¹²⁷ Een amendement voor een uitzondering werd door de Kamer verworpen: *Handelingen II* 1990/91, 4, p. 129.

technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers.¹²⁸

Met betrekking tot deze absolute weigeringsgrond stelt Daalder dat het een ‘vreemde eend in de bijt’ is, nu deze van andere orde is dan de overige absolute weigeringsgronden.¹²⁹ Het Nederlandse recht staat dan ook alleen in het absolute belang van deze weigeringsgrond.¹³⁰ Zoals ook in paragraaf 2.4 naar voren kwam, wordt de werkwijze van grote bedrijven vaak aangemerkt als *matter of public concern*. Met name bij gevaar voor leven en gezondheid zal het publieke belang zeer groot zijn.¹³¹ Hoewel het belang van de vertrouwelijkheid van concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens groot is, lijkt het lastig vol te houden dat het belang van openbaarheid nimmer kan prevaleren.

3.3.4. De bijzondere persoonsgegevens

De laatste absolute grond, de ‘sub d’-grond, is de bescherming van persoonsgegevens zoals bedoeld in paragraaf 2, hoofdstuk 2 van de Wbp. Het gaat om bijzondere persoonsgegevens zoals gegevens betreffende iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, alsmede persoonsgegevens betreffende het lidmaatschap van een vakvereniging, strafrechtelijke persoonsgegevens en persoonsgegevens over onrechtmatig of hinderlijk gedrag in verband met een opgelegd verbod naar aanleiding van dat gedrag.¹³² Een belangrijke nuancering blijkt uit de wettekst zelf: de persoonsgegevens blijven achterwege, ‘tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt’.

Uit het kleine aantal rechterlijke uitspraken over bijzondere persoonsgegevens blijkt dat deze weigeringsgrond niet vaak leidt tot een juridisch conflict. Dit kan te maken hebben met het feit dat Wob-verzoekers in de praktijk vaak begrip hebben voor het belang van privacy als het gaat om dit soort gevoelige gegevens over andere burgers.¹³³ Bij beroep op het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM in een procedure over een verzoek tot openbaarmaking van bijzondere persoonsgegevens zal een botsing van grondrechten plaatsvinden tussen artikel 10 EVRM en het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM. Uit bijvoorbeeld het arrest *Eternit t. Frankrijk* blijkt dat het EHRM het gewicht van het belang van privacy afhankelijk stelt van de aard van de gegevens.¹³⁴ Het belang van artikel 8 EVRM bij een verzoek om openbaarmaking van deze bijzondere persoonsgegevens zal daarom een groot gewicht toe komen.

In zowel *Magyar Helsinki Bizottsag t. Hongarije* als *TASZ t. Hongarije* vindt de afweging plaats tussen het belang van geheimhouding van persoonsgegevens en het belang van openbaarheid. In *TASZ t. Hongarije* kwalificeren de gegevens waar om wordt verzocht als bijzondere persoonsgegevens, te weten gegevens over de politieke gezindheid. In die concrete situatie oordeelt het EHRM dat de gegevens over politieke gezindheid van een

¹²⁸ ARRvS 30 september 1985, ECLI:NL:RVS:1985:AM9150, AB 1987/43. Voor een uitgebreid overzicht van de jurisprudentie kan worden verwezen naar Daalder 2015, p. 360-361.

¹²⁹ Daalder 2015, p. 369.

¹³⁰ Daalder wijst ter illustratie naar Verdrag van Tromsø en de EuroWob.

¹³¹ Het belang van de bescherming van het milieu door openbaarmaking van milieu-informatie kan al wel een rol spelen, zie artikel 10 lid 4 Wob.

¹³² Artikel 16 Wbp.

¹³³ Volgt uit deskundige interviews.

¹³⁴ EHRM 18 april 2012, 20041/10 (*Eternit t. Frankrijk*). In dat arrest gaat het op medische gegevens, hetgeen onder bijzondere persoonsgegevens valt. In deze zaak vindt overigens een botsing plaats tussen het recht op privéleven uit artikel 8 en het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM.

parlementariër op grond van artikel 10 EVRM openbaar moeten worden gemaakt (zie paragraaf 2.9). Bij een soortgelijke situatie zouden Nederlandse parlementariërs mogelijk een beroep kunnen doen op de absolute weigeringsgrond, waardoor de gegevens over politieke gezindheid geweigerd moeten worden.¹³⁵ Het lijkt echter aannemelijk dat in een dergelijk geval de genoemde ‘tenzij-clausule’ uit de bepaling zou worden ingeroepen.¹³⁶ Nu de politieke gezindheid van parlementariërs bekend is en het de kern is van hun publieke optreden, zou openbaarmaking daarvan kennelijk geen inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer. In algemene zin wijzen de geïnterviewde experts er op dat het zeer onwaarschijnlijk is dat een weigering van het openbaar maken van bijzondere persoonsgegevens in een concrete situatie zal leiden tot strijdigheid met artikel 10 EVRM.¹³⁷

3.4. *Relatieve weigeringsgronden*

In het tweede lid van artikel 10 Wob zijn de relatieve weigeringsgronden opgenomen. De bepaling luidt als volgt.

2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:
 - a. de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties;
 - b. de economische of financiële belangen van de Staat, de andere publiekrechtelijke lichamen of de in artikel 1a, onder c en d, bedoelde bestuursorganen;
 - c. de opsporing en vervolging van strafbare feiten;
 - d. inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;
 - e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
 - f. het belang, dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie;
 - g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Het verschil tussen de absolute en relatieve weigeringsgronden schuilt in de belangenafweging bij de relatieve weigeringsgronden. Zoals blijkt uit de aanhef van de bepaling dient het belang van het verstrekken van informatie te worden afgewogen tegen het belang dat wordt gediend door de weigeringsgronden. Uit vaste jurisprudentie en de considerans van de Wob blijkt dat het belang van het verstrekken van informatie gelegen is in een goede democratische bestuursvoering.¹³⁸ Dat is volgens de Afdeling een op zich zelf staand ‘voorondersteld belang’, waardoor het onderwerp, de hoedanigheid van de indiener van het informatieverzoek of zijn motieven in beginsel irrelevante gegevens zijn voor de belangenafweging.¹³⁹ Het vooronderstelde belang van openbaarheid is derhalve in elke situatie even groot en wordt afgewogen tegen de belangen van de weigeringsgronden, die aan de hand van de inhoud van de informatie wel in zwaarte kunnen variëren.

Omdat er een belangenafweging plaatsvindt, lijkt er in ieder geval op het eerste gezicht meer overeenstemming met de noodzakelijkheidstoets bij het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM, dan bij de absolute weigeringsgronden het geval is. Toch schuilt er een belangrijk verschil in het type afweging dat wordt gemaakt. In tegenstelling tot onder de Wob, komt bij de afweging op grond van artikel 10 EVRM wel relevantie toe aan

¹³⁵ Nog even daargelaten dat het verzoek werd gedaan aan een rechterlijke instantie waardoor de Wob niet van toepassing zou zijn. Zie paragraaf 3.2.3.

¹³⁶ Interview A.W. Hins.

¹³⁷ O.a. Interview T. Barkhuysen en interview A.W. Hins.

¹³⁸ Zie onder andere ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2566, AB 2009/102.

¹³⁹ ABRvS 17 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL4132, AB 2010/92, m.nt. P.J. Stolk. ‘In beginsel’, omdat de Afdeling in de uitspraak ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3559 er éénmalig vanaf lijkt te zijn gestapt, zonder dit verder te motiveren. Zie paragraaf 4.3.3.

het onderwerp van het verzoek, ofwel de aard van de informatie. Zoals overwogen in paragraaf 2.9, lijkt de aard van de informatie bij het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM een dubbele rol te spelen: niet alleen is het van belang voor de constatering van de beperking, ook de rechtvaardiging van de beperking is in de jurisprudentie afhankelijk van de aard van de informatie. Als de informatie waar om wordt verzocht van grote relevantie is voor het maatschappelijk debat – bijvoorbeeld omdat het gaat om een belangrijke *matter of public concern* of het een *public figure* betreft – dan zal de belangenafweging eerder in het voordeel van openbaarheid uitvallen. Nu de aard van de informatie bij een belangenafweging op grond van relatieve weigeringsgronden uit de Wob geen rol speelt, lijkt de Wob op dit punt op gespannen voet te staan met artikel 10 EVRM.

Toch betekent het voorgaande nog niet dat het systeem van relatieve weigeringsgronden strijdig is met artikel 10 EVRM. Een eventuele strijdigheid zou zich alleen in concrete situaties kunnen voordoen waar de belangenafweging door de Afdeling op grond van de Wob een andere uitkomst heeft dan de afweging die het EHRM op grond van artikel 10 EVRM zou maken onder dezelfde omstandigheden. Het betekent vooral dat strijdigheid in ieder geval niet kan worden uitgesloten.

De Afdeling heeft een aantal keer overwogen of artikel 10 EVRM een doorslaggevende betekenis toekwam in een concrete zaak met betrekking tot relatieve weigeringsgronden. In geen van alle leidde het beroep op artikel 10 EVRM tot een andere uitkomst dan waartoe de uitzonderingsgronden van de Wob strekken. In de eerder genoemde *Stichting Linkse Kerk* uitspraak overwoog de Afdeling met betrekking tot (onder andere) artikel 10, tweede lid, onder g – de relatieve weigeringsgrond ‘onevenredige benadeling of bevoordeling’ – dat voldaan was aan de noodzakelijkheidstoets, nu artikel 10 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. De Wob voorziet in een dergelijke beperking, waardoor is voldaan aan het vereiste dat de inbreuk noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de rechten van anderen.¹⁴⁰ Deze redenering is naderhand door de Afdeling ook vaker gehanteerd.¹⁴¹

Hoewel niet met zekerheid is vast te stellen wat de precieze betekenis is van deze redenering,¹⁴² lijkt het er op dat de Afdeling hiermee stelt dat als er naar nationaal recht een rechtmatig beroep kan worden gedaan op de Wob, de daaruit voortvloeiende beperkingen van het recht op toegang tot overheidsinformatie *als regel* in overeenstemming is met artikel 10 EVRM.¹⁴³ Dit zou betekenen dat een beroep op artikel 10 EVRM om de uitkomst van de belangenafweging te beïnvloeden in principe nooit een doorslaggevende betekenis kan hebben. Onder andere de Rechtbank Midden-Nederland lijkt deze mening toegedaan. In de zaak MH17 Wob-verzoek wordt in algemene zin gesteld dat de beperkingen van artikel 10 en 11 van de Wob – de weigeringsgronden en de persoonlijke beleidsopvattingen – voldoen aan

¹⁴⁰ ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1315, r.o. 2.3.2, AB 2011/148, m.nt. Daalder.

¹⁴¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 14 mei 2014 ECLI:NL:RVS:2014:1708, AB 2014/225, m.nt. E.J. Daalder en N. Bontje, r.o. 5 en ABRvS 30 mei 2012 ECLI:NL:RVS:2012:BW6945, r.o. 2.5.1.

¹⁴² In interview J.H.A. van der Grinten, interview T. Barkhuysen en interview A.W. Hins stellen de deskundigen dat het lastig te duiden is wat de Afdeling met deze redenering bedoeld. Er valt te beargumenteren dat de redenering wellicht strikt genomen niet dwingt tot de conclusie dat er nooit een situatie kan voor komen waarin artikel 10 EVRM een doorslaggevende betekenis heeft.

¹⁴³ Zie noot Daalder, overweging 10.

Hoofdstuk III

de eisen van artikel 10, tweede lid, EVRM, hetgeen betekent dat 'niet iedere concrete weigering rechtstreeks aan artikel 10 EVRM dient te worden getoetst'.¹⁴⁴

Als de Afdeling inderdaad de lijn hanteert zoals de Rechtbank Midden-Nederland hem verstaat, betekent dat dat de Afdeling kennelijk van mening is dat de belangenafweging uit de Wob en uit artikel 10, tweede lid, EVRM in alle gevallen zullen leiden tot de zelfde uitkomst. Mocht dat in concrete situaties met alle omstandigheden van dien niet het geval zijn in de ogen van het EHRM, dan zou op dit punt een conflict kunnen ontstaan tussen de Wob en het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. Opgemerkt zij dat een recente uitspraak van de Afdeling enigszins in een andere richting lijkt te wijzen. In de eerder genoemde uitspraak van 22 februari 2017 stelt de Afdeling dat de appellante geen recht op toegang tot overheidsinformatie toekomt omdat hij geen functie als publieke waakhond bekleedt.¹⁴⁵ Men zou kunnen stellen dat als de Afdeling van mening zou zijn dat artikel 10 EVRM inderdaad geen afzonderlijke betekenis heeft in Wob-procedures, zij ook geen reden zou hebben om onderscheid te maken naar gelang de hoedanigheid van verzoekers. Het blijft daarom onduidelijk hoe de Afdeling nu zou omgaan met een beroep op artikel 10 EVRM in een Wob-procedure over (relatieve) weigeringsgronden.

3.5. *Persoonlijke beleidsopvattingen*

Uit artikel 11 Wob volgt dat geen informatie wordt verstrekt over persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad

33

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

2 Over persoonlijke beleidsopvattingen kan 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.

Om de vertrouwelijkheid van interne beraadslaging en de ongestoorde uitwisseling van opvattingen in het ambtelijk apparaat te beschermen, heeft de wetgever er voor gekozen in beginsel geen openbaarheid te verschaffen over persoonlijke beleidsopvattingen van ambtenaren.¹⁴⁶ De individuele opvattingen van ambtenaren zijn staatsrechtelijk niet relevant, waardoor het van belang is dat zij niet te makkelijk bij de politieke discussie kunnen worden betrokken. Ook de bewindspersonen hebben het recht om met hun ambtgenoten vrijelijk te communiceren zonder daar achteraf mee te worden geconfronteerd. Voor de ministeriele verantwoordelijkheid van bewindspersonen zijn slechts die opvattingen staatsrechtelijk relevant die zij voor hun rekening willen en kunnen nemen, en niet de gedachtewisseling die daaraan vooraf gaat.¹⁴⁷ Onder documenten ten behoeve van intern beraad vallen onder meer nota's van ambtenaren aan hun politieke en ambtelijke chefs, correspondentie tussen onderdelen van een ministerie en tussen ministeries onderling, conceptstukken, agenda's, notulen, samenvattingen en conclusies van interne besprekingen en rapporten van ambtelijke adviescommissies.¹⁴⁸ In die documenten worden alle woorden, zinsdelen, zinnen of alinea's waar een persoonlijke beleidsopvatting uit voortvloeit als regel niet openbaar gemaakt. Hier geldt een omkering van het uitgangspunt: waar het uitgangspunt in artikel 3 juncto artikel 10 Wob is dat er wordt openbaar gemaakt tenzij er een weigeringsgrond van toepassing is, geldt

¹⁴⁴ Rb. Midden-Nederland 3 juni 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:3018, r.o. 6 (MH-17 Wob-verzoek). Een soortgelijke redenering in Rb. Midden-Nederland 19 augustus 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:4682 (Tentoonstelling de Krim).

¹⁴⁵ ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS: 2017:498, AB 2017/147, m.nt. J. Tingen.

¹⁴⁶ Standaard overweging uit onder andere ABRvS 8 oktober 2003 ECLI:NL:RVS:2003:AL7678.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1987/88, 19859, nr. 6, p. 9.

¹⁴⁸ Daalder 2015, p. 288 zie voor een uitgebreid overzicht van de jurisprudentie p. 294 t/m 297.

bij artikel 3 juncto artikel 11 Wob dat er in beginsel niet wordt openbaar gemaakt als er sprake is van een persoonlijke beleidsopvatting in een document ten behoeve van intern beraad.¹⁴⁹ Als het bestuursorgaan constateert dat er sprake is van informatie bedoeld in artikel 11, eerste lid, Wob kan openbaarheid zonder belangenafweging worden geweigerd.

Uit artikel 11, tweede lid, Wob volgt dat het bestuursorgaan *kan* beslissen de informatie alsnog te verstrekken in niet tot personen herleidbare vorm met het oog op een goede en democratische bestuursvoering. Het bestuursorgaan heeft hierin grote discretionaire bevoegdheid. De Afdeling toets slechts marginaal en controleert of het bestuursorgaan niet onredelijk motiveert.¹⁵⁰ In de praktijk komt het slechts zelden voor dat het een beroep op artikel 11, tweede lid, Wob leidt tot meer openbaarheid.¹⁵¹ Verder mag het bestuursorgaan persoonlijke beleidsopvattingen in tot personen herleidbare vorm alleen vrijgeven als de persoon in kwestie daar toestemming voor geeft. Dit betekent dat als er sprake is van een tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvatting ten behoeve van intern beraad en de persoon in kwestie geen toestemming geeft, er zonder belangenafweging moet worden geweigerd. In zoverre heeft deze grond dus een absoluut karakter.¹⁵²

Evenals bij de relatieve weigeringsgronden heeft de Afdeling in een aantal uitspraken overwogen of artikel 10 EVRM doorslaggevende betekenis had bij een verzoek om informatie die geweigerd werd op grond van artikel 11 Wob. In geen van de uitspraken bleek dit het geval. De redenering van de Afdeling uit de *Stichting Linkse Kerk*-zaak geldt ook voor het systeem van persoonlijke beleidsopvattingen, zodat de Afdeling er vanuit lijkt te gaan dat artikel 11 Wob te alle tijden voldoende waarborgen biedt om een strijdigheid met artikel 10 EVRM te voorkomen. Dit is opvallend, nu hier – evenals bij het systeem van absolute weigeringsgronden (zie paragraaf 3.3) – de afwezigheid van een inhoudelijke belangenafweging op gespannen voet lijkt te staan met het noodzakelijkheidsvereiste uit het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM (paragraaf 2.9). Dat betekent wederom nog niet dat er een strijdigheid met het EVRM hoeft plaats te vinden. Het is mogelijk dat het belang van beleidsintimiteit zodanig zwaar weegt dat er in de praktijk nooit een situatie voor komt waarbij dat belang van beleidsintimiteit door het EHRM ondergeschikt zal worden geacht aan het belang van openbaarheid in een concreet geval.

Het is niet onwaarschijnlijk dat het EHRM gevoelig zal zijn voor het argument dat het geheimhouden van tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen in veel gevallen noodzakelijk is, gelet op het grote belang dat vrije beraadslaging bij de overheid toekomt.¹⁵³ Toch zijn er situaties denkbaar waarin dit niet een gegeven hoeft te zijn. Zo kan worden gedacht aan persoonlijke beleidsopvattingen tijdens interne beraadslaging van een flink aantal jaren geleden. Het is immers onwaarschijnlijk dat interne beraadslaging anders zal verlopen doordat opvattingen in de verre toekomst mogelijk openbaar worden gemaakt.¹⁵⁴ In dergelijke situatie staat het absolute karakter van persoonlijke beleidsopvattingen in tot personen herleidbare vorm op gespannen voet met artikel 10 EVRM.

Daarnaast is de marginale rechterlijke toetsing bij de mogelijkheid om persoonlijke beleidsopvattingen in niet tot personen herleidbare vorm te verstrekken mogelijk problematisch. Het EHRM overwoog in *OVESSE t. Oostenrijk* dat (onder andere) de weigering

¹⁴⁹ Daalder 2015, p. 303.

¹⁵⁰ ABRvS 14 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0116, AB 2009/390, m.nt. Stolk.

¹⁵¹ Daalder 2015, p. 323, o.a. Interview J.H.A. van der Grinten.

¹⁵² Interview J.H.A. van der Grinten. Als er sprake is van milieu-informatie wordt deze grond overigens ook gerelativeerd.

¹⁵³ Interview A.W. Hins, interview T. Barkhuysen.

¹⁵⁴ Interview A.W. Hins.

Hoofdstuk III

om informatie te anonimiseren reden was om een schending van het recht op toegang tot overheidsinformatie aan te nemen (zie paragraaf 2.9). Hoewel het in die zaak niet ging om namen van ambtenaren, illustreert het wel dat de mogelijkheid om informatie in niet tot personen herleidbare vorm te verstrekken een rol kan spelen in de belangenafweging in het kader van artikel 10, tweede lid, EVRM. De aard van de informatie speelt geen rol in de marginale rechterlijke toets bij artikel 11, tweede lid, Wob. Die toets ziet alleen op de vraag of het bestuursorgaan deugdelijk motiveert dat verstrekking van de (geanonimiseerde) informatie met het oog op goede democratische bestuursvoering niet nodig is. Nu bestuursorganen niet vaak gebruik maken van deze mogelijkheid en door rechters daar zelden voor worden teruggefloten, is ook op dit punt een conflict tussen de Wob en artikel 10 EVRM niet uitgesloten.

3.6. *Tussenconclusie*

In dit hoofdstuk is uiteen gezet welke aspecten van de Wob in welke situaties op gespannen voet staan met artikel 10 EVRM. Er is geconstateerd dat het zeer lastig is om aan te geven of en wanneer de toepassing van de Wob in strijd komt of kan komen met artikel 10 EVRM. De rechtvaardiging van de beperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie (artikel 10 lid 2 EVRM) vereist altijd een belangenafweging in een concreet geval. Toch is er bij een aantal aspecten van de Wob geconstateerd dat het mogelijk in concrete situaties problemen kan opleveren. Zo is de reikwijdte van de Wob kleiner dan de reikwijdte van het artikel 10 EVRM met betrekking tot de overheidsorganen die aan de informatieverzoeken onderworpen zijn. Ook is geconstateerd dat de absolute weigeringsgronden uit artikel 10, eerste lid, Wob en het absolute karakter van tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen wellicht niet altijd een belang vertegenwoordigen dat te allen tijde zal prevaleren aan het belang van openbaarheid. Verder wordt bij de belangenafweging bij relatieve weigeringsgronden geen rekening gehouden met de aard van de informatie in een concreet geval. Daardoor kunnen er situaties voordoen waar het EHRM onder dezelfde omstandigheden tot een andersluidend oordeel kan komen. Ten slotte zou de beleidsvrijheid van bestuursorganen in het al dan niet anonimiseren van persoonlijke beleidsopvattingen in het licht van de noodzakelijkheidstoets uit artikel 10 EVRM ook problematisch kunnen zijn.

De Afdeling lijkt met de overweging uit de *Stichting Linkse Kerk*-uitspraak niet bereid te zijn om meer informatie vrij te geven in een Wob-procedure door een beroep op artikel 10 EVRM. Dit zou daarom voor Nederlandse public watchdogs kunnen betekenen dat zij minder bescherming genieten van hun rechten uit artikel 10 EVRM dan hen toekomt op grond van de interpretatie van het EHRM. Dit zou in concrete gevallen kunnen leiden tot een schending van het EVRM. Tot op heden is onduidelijk of de Afdeling deze lijn in de jurisprudentie inderdaad zo strikt hanteert. Als dat het geval is, zullen de hierboven genoemde aspecten van de Wob problemen kunnen opleveren. In het volgende hoofdstuk zal worden ingegaan op de vraag hoe deze problemen kunnen worden opgelost.

De Wob voor waakhonden.

Hoofdstuk IV

**Het voorkomen van strijdigheid tussen
artikel 10 EVRM en de Wob.**

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden besproken hoe kan worden voorkomen dat toepassing van de Wob leidt tot strijdigheid met artikel 10 EVRM. In het hoofdstuk III is uiteen gezet welke aspecten van de Wob problematisch kunnen zijn in het licht van artikel 10 EVRM. Kort gezegd gaat dat om de reikwijdte van de Wob (i), het absolute karakter van absolute weigeringsgronden en niet tot personen herleidbare persoonsgegevens (ii), de grote discretionaire ruimte voor bestuursorganen in het al dan niet anonimiseren van persoonlijke beleidsopvattingen (iii) en het voorondersteld belang van openbaarheid bij relatieve weigeringsgronden (iv). In dit hoofdstuk zal worden besproken hoe deze problemen kunnen worden opgelost, zodat de nationale openbaarheidswetgeving *EVRM-proof* is.

Het onderzoek dat is voorafgegaan aan het schrijven van dit hoofdstuk bestaat hoofdzakelijk uit het interviewen van deskundigen op het gebied van de Wob en/of artikel 10 EVRM. De oplossingen die in dit hoofdstuk zullen worden aangedragen zijn de conclusies die zijn getrokken tijdens de interviews met de deskundige, alsmede de conclusies die zijn getrokken na het goed bestuderen en onderling vergelijken van de uitgeschreven versies van de interviews. Daarnaast is aanvullende literatuur geraadpleegd over het algemeen staatsrecht en algemeen bestuursrecht ter verzekering van een juist juridisch kader van de conclusies en oplossingen.

In het algemeen zijn er twee oplossingsrichtingen mogelijk: het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM rechtstreeks toepassen op grond van artikel 94 van de Grondwet, of middels een wetwijziging de eisen van artikel 10 EVRM implementeren in nationale wetgeving. Eerst zal worden ingegaan op de toepassing van artikel 94 van de Grondwet. Om uiteindelijk antwoord te geven op de hoofdvraag is van belang op uiteen te zetten op welke manier aan de eisen van artikel 10 EVRM tegemoet kan worden gekomen zonder dat de formele wet te veel buiten toepassing wordt gelaten. De vraag is immers uitsluitend waartoe artikel 10 EVRM *noopt*. Het is van belang om op zoek te gaan naar een interpretatie van de Wob en nationale regelgeving die in het kader van artikel 10 EVRM voldoende bescherming biedt, maar het recht op overheidsinformatie ook niet verder uitbreidt dan nodig is.

In de eerste paragrafen zal worden ingegaan op de manier waarop de rechtstreekse werking van artikel 10 EVRM kan worden ingezet om de problematische aspecten van de Wob op te lossen. In paragraaf 4.2 wordt besproken hoe de reikwijdte van Wob EVRM-conform kan worden geïnterpreteerd. In paragraaf 4.3 zal worden besproken hoe de noodzakelijkheidstoets uit artikel 10 EVRM een rol kan spelen in Wob-procedures. Vervolgens zal de mogelijkheid van een wetwijziging worden onderzocht. Eerst zal in paragraaf 4.4 worden stilgestaan bij het wetsvoorstel Wet open overheid (Woo) als alternatieve openbaarheidswetgeving. In paragraaf 4.5. wordt vervolgens een mogelijke andere wetwijziging besproken. In het volgende hoofdstuk zal een samenvatting van het gehele onderzoek worden gegeven en een concluderend antwoord op de hoofdvraag. Het is daarom niet noodzakelijk om aan het einde van dit hoofdstuk een tussenconclusie te geven.

4.2. Van Wob-bestuursorgaan naar public authority

Zoals in paragraaf 3.2.3 uiteen is gezet omvat het bestuursorgaan-begrip uit de Wob een minder groot gedeelte van de overheid dan het public authority-begrip uit het EVRM. Hierdoor is een situatie denkbaar dat bij een bepaald informatieverzoek naar nationaal recht volledig geweigerd mag worden, maar op grond van artikel 10 EVRM wel bepaalde informatie moet worden vrij gegeven. Om een potentiële veroordeling door het EHRM te voorkomen, zal de informatieverzoeker zijn recht op informatie in een dergelijke situatie in Nederland moeten

Hoofdstuk IV

kunnen verzilveren.¹⁵⁵ Artikel 10 EVRM schrijft niet voor op welke wijze dat dient te gebeuren. De wijze waarop burgers een op de overheid rustende verplichting uit het EVRM in rechte kunnen afdwingen, varieert. Als er sprake is van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb kan de bestuursrechter de rechten uit het EVRM toepassen. De bestuursrechter is in beginsel immers alleen bevoegd in een procedure waar een belanghebbende beroep instelt tegen een besluit in de zin van de Awb.¹⁵⁶ Indien nodig kan de bestuursrechter bij strijdigheid met het EVRM bepaalde nationale (formeel wettelijke) bepalingen in het voorliggende geval buiten toepassing verklaren. Eén van de voorwaarden van een Awb-besluit is dat het wordt genomen door een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. De weigering van een verzoek tot informatie kan daarom alleen kwalificeren als een Awb-besluit als het is gericht aan een Awb-bestuursorgaan. Als er geen sprake is van een Awb-besluit kan de civiele rechter als 'restrechter' de overheid verplichten om een feitelijke handeling uit te voeren, zo nodig op straffe van een dwangsom.¹⁵⁷

Er dient daarom in het kader van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM een onderscheid te worden gemaakt tussen de Awb-bestuursorganen die uitgesloten zijn van de Wob en de overheidsorganen die niet als Awb-bestuursorganen worden aangemerkt maar wel als public authorities. Zoals opgemerkt in paragraaf 3.2.3 kunnen de DNB, de AFM en de NOS onder de eerste groep vallen. Als een verzoek tot informatie aan die bestuursorganen leidt tot een schending van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM, kan de bestuursrechter artikel 1, eerste, tweede of derde lid van het Besluit bestuursorganen Wno en Wob buiten toepassing laten. Ter verduidelijking zij opgemerkt dat er bij deze bestuursorganen uitsluitend een recht op toegang tot overheidsinformatie kan worden afgedwongen als er een schending van artikel 10 EVRM wordt geconstateerd *in een concreet geval*. Bij het verzoek zelf en de bezwaarfase bij het bestuursorgaan zal de informatieverzoeker al moeten aantonen dat hij een functie als publieke waakhond bekleedt, dat hij ten doel heeft het publieke debat aan te zwengelen, er sprake is van een *matter of public concern*, het overheidsorgaan de informatie heeft en dat de beperking geen legitiem doel dient of niet noodzakelijk is in een democratische samenleving (paragraaf 2.3 t/m 2.9). Als dat in het concrete geval lukt, zal de Wob van toepassing zijn. Als de Wob vervolgens EVRM-conform wordt geïnterpreteerd (zie paragraaf 4.3), zou daarmee het spanningsveld tussen het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM en het nationale recht ten aanzien van die bestuursorganen zijn opgelost en zou de informatieverzoeker met een beroep op artikel 10 EVRM bestuursrechtelijk zijn recht kunnen verzilveren.¹⁵⁸

Onder de tweede groep kunnen de overheidsorganen vallen die op grond van artikel 1:1, tweede lid, Awb zijn uitgezonderd van het Awb-bestuursorgaan begrip. Het gaat in ieder geval om de Eerste en Tweede Kamer en de rechterlijke macht. Ten aanzien van die organen ligt het niet voor de hand om een recht op toegang tot informatie af te dwingen bij de bestuursrechter, omdat zij niet als Awb-bestuursorgaan worden aangemerkt. De informatieverzoeker die toch zijn recht wil afdwingen is daarom aangewezen op de burgerlijke rechter als restrechter¹⁵⁹ en zal zich moeten beroepen op een schending van het burgerlijke recht of een schuldvordering in de zin van art. 112 van de Grondwet.¹⁶⁰ De informatieverzoeker kan na een weigering van zijn verzoek een onrechtmatige daadsactie instellen op grond van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. Hij zal dan de rechter kunnen verzoeken de Staat te bevelen als feitelijke handeling bepaalde informatie openbaar te maken.¹⁶¹ In zo een situatie zijn de Wob en de bijbehorende weigeringsgronden in het geheel niet van toepassing en zal

¹⁵⁵ Vloeit voort uit de rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen in internationale verdragen, artikel 94 Grondwet.

¹⁵⁶ Artikel 8:1 Awb.

¹⁵⁷ Vlemminx & Meuwese, in: *Commentaar Grondwet*, art. 94, onder 8.

¹⁵⁸ Volgt ook uit interview A.W. Hins.

¹⁵⁹ Schlössel & Zijlstra 2010, p. 304.

¹⁶⁰ Volgt uit HR 31 december 1915, *NJ* 1916, 407 (*Guldmond/Noordwijkerhout*).

¹⁶¹ Volgt uit o.a. interview J.H.A. van der Grinten.

Hoofdstuk IV

de rechter materieel uitsluitend het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM als toetsingskader nemen.¹⁶² Als de burgerlijke rechter de weigering van het informatieverzoek beoordeelt aan de hand van de criteria die zijn genoemd in paragraaf 2.3 t/m 2.9, zal ook op dit punt het spanningsveld tussen het recht op toegang tot overheidsinformatie en het nationale recht grotendeels zijn opgelost.

4.3. De noodzakelijkheidstoets in Wob-procedures

In de gevallen waar de Wob het toetsingskader van een informatieverzoek is, zal ook rekening moeten worden gehouden met de materiele invloed van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. In paragraaf 3.3, 3.4 en 3.5 is besproken op welke punten de weigeringsgronden en beperkingen van de Wob op gespannen voet staan met artikel 10 EVRM. Om strijdigheid met artikel 10 EVRM te voorkomen, zal in concrete gevallen de 10 EVRM-toets moeten worden geïntegreerd in de afwegingen die worden gemaakt op grond van de Wob. Op die manier zal de instrumentele functie van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM worden gehonoreerd en zal strijdigheid met artikel 10 EVRM in concrete gevallen worden voorkomen.

Als een Wob-verzoeker een beroep doet op artikel 10 EVRM in een procedure zal allereerst moeten worden getoetst of er sprake is van een beperking van het recht uit artikel 10, eerste lid, EVRM. Het bestuursorgaan of de bestuursrechter zal met de criteria die zijn besproken in paragraaf 2.3 t/m 2.5 in het concrete geval moeten toetsen of het informatie verzoek instrumenteel is aan het beschermen van de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM (zie paragraaf 2.2). Kort gezegd zal de verzoeker moeten worden aangemerkt als public watchdog die informatie wil ontvangen over een *matter of public concern*, met als doel het stimuleren van het maatschappelijk debat. Het criterium uit paragraaf 2.6 – de beschikbaarheid van de informatie – is in dit kader minder relevant. Een Wob-verzoek is immers niet mogelijk als het bestuursorgaan niet over de informatie beschikt, zodat in dit stadium altijd aan dit criterium is voldaan. Als er wordt geconstateerd dat er niet is voldaan aan één of meer van de andere criteria, komt de informatieverzoeker geen recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM toe en kan het bestuursorgaan of de bestuursrechter onverkort de Wob toepassen. In een enkele zaak van Afdeling is dit al eens voorgekomen.¹⁶³ Als er daarentegen wordt geconstateerd dat het concrete geval aan alle criteria voldoet, zal er een beperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM worden geconstateerd. Deze beperking zal moeten worden getoetst aan artikel 10, tweede lid, EVRM. Bij Wob-procedures zal er voldaan zijn aan het criterium bij wet voorzien (paragraaf 2.8). Ook zal het doel van een weigering op grond van weigeringsgronden of beperkingen uit de Wob een legitiem doel zijn.¹⁶⁴ De toets uit artikel 10, tweede lid, EVRM zal in voorkomende gevallen dus een noodzakelijkheidstoets zijn (zie paragraaf 2.9).

In paragraaf 3.3, 3.4 en 3.5 is opgemerkt dat de afweging die wordt gemaakt bij noodzakelijkheidstoets uit artikel 10 EVRM niet altijd tot dezelfde conclusie hoeft te leiden als de afwegingen die worden gemaakt bij de absolute en relatieve weigeringsgronden en de beperking ten aanzien van persoonlijke beleidsopvattingen. Op dit punt kan een rol zijn weg gelegd voor de *margin of appreciation* (zie paragraaf 2.9). Hoewel het EHRM niet eerder bij de noodzakelijkheidstoets met betrekking tot het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM een doorslaggevende rol heeft toegekend aan de *margin of appreciation*, lijkt

¹⁶² Volgt uit o.a. interview J.H.A. van der Grinten.

¹⁶³ Zie bijvoorbeeld ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS: 2017:498, AB 2017/147, m.nt. J. Tingen.

¹⁶⁴ Zie bijvoorbeeld Daalder & Bontje, AB 2014/255, onder 2. Volgt ook uit Interview A.W. Hins.

het niet uitgesloten dat dit onder omstandigheden wel het geval kan zijn.¹⁶⁵ De democratisch gelegitimeerde wetgever heeft in de Wob expliciet bepaalde keuzes gemaakt over het al dan niet openbaren van informatie. Als de Staat duidelijk kan aantonen dat er zorgvuldig is nagedacht over de afwegingen die besloten liggen in de Wob, zal het EHRM daar waarschijnlijk een zwaarwegend belang aan hechten.¹⁶⁶ De Nederlandse bestuursrechter zal hier in concrete gevallen ook rekening mee moeten houden. Er kan daarom worden verondersteld dat een beroep op artikel 10 EVRM dat leidt tot meer openbaarheid dan waartoe op grond van de Wob verplicht is, alleen in uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen voorkomen.¹⁶⁷ De Wob-verzoeker die met zijn recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM méér informatie wil ontvangen zal de schijn tegen hebben. Hij zal met sterke argumenten moeten aantonen dat het voorliggende concrete geval een uitzonderlijke situatie betreft, waarin weigering van bepaalde informatie het publieke debat en zijn rechten en vrijheden die artikel 10 EVRM beschermt zodanig in gevaar zal brengen, dat de Wob en de daarin besloten afwegingen simpelweg niet volstaan.

4.3.1. De EVRM-proof interpretatie absolute weigeringsgronden

Om de Wob *EVRM-proof* te maken, is nodig om de Wob zo te interpreteren dat ook in die uitzonderlijke omstandigheden een Wob-verzoek tot een uitkomst leidt die de toets van artikel 10 EVRM doorstaat. Met betrekking tot de absolute weigeringsgronden en de tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen zal het absolute karakter daarvan geen stand kunnen houden (zie paragraaf 3.3 en 3.5). Bij een beperking van artikel 10, eerste lid, EVRM zal een bestuursorgaan niet alleen moeten motiveren dat bepaalde informatie onder de absolute weigeringsgrond of beperking valt, maar ook dat in de concrete omstandigheden van het geval de weigering gerechtvaardigd is in de zin van artikel 10, tweede lid, EVRM. Het bestuursorgaan zal moeten motiveren waarom het absolute belang van de weigeringsgrond of beperking die door de wetgever *in abstracto* is toegekend, ook *in concreto* kan worden gehandhaafd. Dit met inachtneming van het belang van de informatie verzoeker bij het stimuleren van het maatschappelijk debat en het uitoefenen van zijn rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM. Dit kan worden verzekerd door een aanvullende motiveringsplicht voor het bestuursorgaan, die door de bestuursrechter kan worden getoetst. Deze toetsing hoeft mijns inziens niet noodzakelijkerwijs een volle belangenafweging door de rechter in te houden. Gelet op de *margin of appreciation* zal de bestuursrechter vooral streng moeten controleren of het bestuursorgaan goed motiveert dat het concrete geval niet zo uitzonderlijk is dat de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM onvoldoende worden beschermd. In de situaties waar het bestuursorgaan daar niet in slaagt, zal er sprake zijn van een uitzonderlijk geval waarin de absolute weigeringsgrond zal moeten wijken voor het belang van openbaarmaking ten behoeve van het beschermen van de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM. Aangezien de bestuursrechter dan alleen de motivering toetst zal het bestuursorgaan bij die afweging het voordeel van te twijfel toekomen, maar zullen de schrijvende gevallen waar de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM in het geding komen, toch hun recht kunnen verzilveren.

4.3.2. De EVRM-proof interpretatie van niet tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen

Met betrekking tot de niet tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen is in paragraaf 3.5 geconstateerd dat de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan om al dan niet geanonimiseerd informatie te verstrekken er toe leidt dat bestuursorganen zelden worden teruggefloten. Deze vergaande bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen is met het oog op beleidsintimiteit een bewuste keuze geweest van de wetgever. De *margin of*

¹⁶⁵ Interview T. Barkhuysen, interview J.H.A van der Grinten, interview A.W. Hins.

¹⁶⁶ O.a. Interview Hins, onder verwijzing naar EHRM 22 april 2014, 48876/08, (*Animal Defenders International t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁶⁷ O.a. Interview A.W. Hins, interview J.H.A van der Grinten.

appreciation zal daarom ook hier een grote rol spelen.¹⁶⁸ Toch maakt de grote discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan logischerwijs de kans groter dat er in een concreet uitzonderlijk geval informatie niet wordt verstrekt, terwijl er een beperking van artikel 10 EVRM plaatsvindt die de noodzakelijkheidstoets niet zou doorstaan. Om een schending van artikel 10 EVRM te voorkomen, ligt mijns inziens voor de hand dat het uitgangspunt wordt omgedraaid. Het bestuursorgaan moet in beginsel persoonlijke beleidsopvattingen die anonimiseerbaar zijn openbaar maken, tenzij het zwaarwegend belang van geanonimiseerde beleidsintimiteit zich daar tegen verzet. Waar het bestuursorgaan in reguliere Wob-procedures alleen moet motiveren waarom het de verstrekking van de niet tot personen herleidbare persoonsgegevens niet nodig acht, zal het bij een beperking van artikel 10, eerste lid, EVRM moeten motiveren waarom in het concrete geval het belang van openbaarheid in het kader van de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM niet zodanig zwaar weegt dat er openbaar moet worden gemaakt. De bestuursrechter zal dan ook in concrete gevallen een actievere houding moeten aannemen ten aanzien van de beoordeling van de mogelijkheid van het anonimiseren van de persoonlijke beleidsopvattingen.¹⁶⁹ Als die mogelijkheid is geconstateerd, zal de bestuursrechter vervolgens kunnen toetsen of het bestuursorgaan in redelijkheid die afweging heeft gemaakt. Op die manier zullen de Wob-verzoekers in uitzonderlijke gevallen waar openbaarheid in het licht van artikel 10 EVRM geboden is hun recht kunnen verzilveren en zal er toch recht worden gedaan aan de bewuste keuze van de wetgever om het belang van beleidsintimiteit vergaand te beschermen.

4.3.3. De EVRM-proof interpretatie van relatieve weigeringsgronden

41

In tegenstelling tot de absolute weigeringsgronden en de persoonlijke beleidsopvattingen heeft de wetgever bij relatieve weigeringsgronden geen afweging *in abstracto* gemaakt, waardoor de *margin of appreciation* minder groot zal zijn. In paragraaf 3.4 is geconstateerd dat de belangenafweging op grond van de relatieve weigeringsgronden uit de Wob van andere aard is dan de belangenafweging op grond van de noodzakelijkheidstoets uit artikel 10, tweede lid, EVRM. Om te voorkomen dat er in een concrete situatie informatie op grond van een relatieve weigeringsgrond wordt geweigerd terwijl die weigering de toets van artikel 10 EVRM niet zou doorstaan, zal het bestuursorgaan of de bestuursrechter bij het maken van de belangenafweging rekening moeten houden met de noodzakelijkheidstoets. In dit kader zal het vooronderstelde belang van openbaarheid geen stand kunnen houden (zie paragraaf 3.4). Bij een geconstateerde beperking van artikel 10, eerste lid, EVRM zal het onderwerp van het verzoek, meer in het bijzonder de relevantie voor het maatschappelijk debat en de publieke interesse, moeten worden mee gewogen in de belangenafweging. De Afdeling heeft in een niet-artikel 10 EVRM gerelateerde zaak al eens laten zien dat dit geen onmogelijke opgave is.¹⁷⁰ In die zaak wordt het belang van openbaarmaking groot geacht omdat het onderwerp waar het verzoek op ziet 'regelmatig tot maatschappelijke discussies leidt'. In de literatuur¹⁷¹ en jurisprudentie¹⁷² wordt deze overweging gezien als incidenteel – een *slip of the pen*.¹⁷³ Mijns inziens zou deze overweging juist als voorbeeld kunnen dienen voor hoe bestuursorganen en bestuursrechters na een constatering van een beperking van artikel 10, eerste lid, EVRM de relatieve weigeringsgronden EVRM-proof kunnen afwegen tegen het belang van openbaarheid. Door dit aspect in voorkomende gevallen een rol te laten spelen in de

¹⁶⁸ Interview T. Barkhuysen, interview A.W. Hins.

¹⁶⁹ Volgt ook uit interview J.H.A. van der Grinten.

¹⁷⁰ ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3559, r.o. 4.3.

¹⁷¹ Daalder 2015, p. 207.

¹⁷² Rb. Midden-Nederland 3 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3018 (MH-17 Wob-verzoek), r.o. 7.

¹⁷³ Interview J.H.A. van der Grinten.

belangenafweging wordt verzekerd dat juist de belangen die artikel 10 EVRM beschermd een doorslaggevende rol kunnen spelen.

4.4. *Het wetsvoorstel Wet Open Overheid als alternatief?*

In deze en de hierna volgende paragrafen zal worden onderzocht wat voor wetswijziging kan bijdragen aan het oplossen de problemen die zijn geconstateerd in hoofdstuk III. Zoals reeds in hoofdstuk I is geconstateerd is de wetgever op moment van schrijven bezig met de behandeling van een wetsvoorstel om de Wob te actualiseren: het wetsvoorstel Wet open overheid (de Woo).¹⁷⁴ Als een van de redenen om de Wob te actualiseren noemen de initiatiefnemers de internationale ontwikkelingen zoals op het gebied van artikel 10 EHRM.¹⁷⁵ Het lijkt er daarom op dat de initiatiefnemers middels dit wetsvoorstel het nationale recht over openbaarheid van overheidsinformatie onder andere in grotere mate in overeenstemming willen brengen met het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. In het kader van dit onderzoek zal daarom worden onderzocht of, en zo ja in hoeverre bepalingen uit Woo kunnen bijdragen aan een wetswijziging om tegemoet te komen aan de eisen uit artikel 10 EVRM.

Om het wetsvoorstel Woo op waarde te schatten is van belang om stil te staan bij recente ontwikkelingen in het wetgevingsproces. Het wetsvoorstel is op 19 april 2016 door de Tweede Kamer aangenomen en is op moment van schrijven aanhangig bij de Eerste Kamer. Tijdens de parlementaire behandeling bij de Tweede Kamer stelde Minister Plasterk dat een reële inschatting van de kosten en uitvoeringslasten van de Woo ontbrak.¹⁷⁶ Desondanks werd de Woo in de Tweede Kamer aangenomen. Bij een expertmeeting in de Eerste Kamer uitte Jan Lonink¹⁷⁷ zijn zorgen over het ontbreken van een volledige impact analyse om de kosten en uitvoerbaarheid van het wetsvoorstel in beeld te krijgen.¹⁷⁸ De Eerste Kamer, en in navolging daarvan Minister Blok, zag hierin aanleiding om toch nog een impact analyse te laten uitvoeren en tot die tijd de behandeling van het wetsvoorstel aan te houden.¹⁷⁹ Op 13 december 2016 is het eerste deel van de impact analyse verschenen. De harde conclusie luidde: 'de Woo is onuitvoerbaar en zal tot hoge kosten leiden waarvoor in de meerjarencijfers geen dekking bestaat'.¹⁸⁰ Te verwachten is dat die kosten zullen oplopen tot ruim een miljard euro's aan extra kosten.

Er is op moment van schrijven nog geen reactie van de indieners of het kabinet gekomen op het rapport. Gelet op de stevige kritiek, is onzeker of de Woo de eindstreep gaat halen. De vijf geïnterviewde deskundigen gaven allen aan niet te verwachten dat de Woo in de huidige vorm de Eerste Kamer zal passeren. Door veel betrokken partijen bij het wetgevingsproces is steeds bevestigd dat zij het doel van de Woo onderschrijven. Als de Woo niet zal worden aangenomen, ligt op den duur een wetswijziging daarom wel voor de hand. Dat kan de Woo in aangepaste vorm zijn of een wijziging van de Wob.¹⁸¹ De bepalingen in de Woo kunnen in het kader van dit onderzoek daarom uitsluitend fungeren als een concreet voorbeeld van een alternatieve openbaarheidsregeling. Per onderdeel zal worden besproken of en zo ja, in hoeverre de relevante bepalingen uit Woo zouden bijgedragen aan het bieden van een oplossing voor de problematiek om zo te achterhalen wat voor wetswijziging nodig is om de problematiek uit hoofdstuk III zo veel mogelijk op te lossen.

¹⁷⁴ Dossier wetsvoorstel Wet open overheid, *Kamerstukken II* 2013/14, 33328.

¹⁷⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 10.

¹⁷⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 33328, nr. 35.

¹⁷⁷ Jan Lonink is burgemeester van Terneuzen en plaatsvervangend voorzitter van de Commissie Bestuur en Veiligheid van de VNG. Bij de expertmeeting sprak hij namens VNG, het IPO en de Unie van Waterschappen.

¹⁷⁸ *Kamerstukken I* 2015/16, 33328, B, p. 3.

¹⁷⁹ *Kamerstukken I* 2015/16, 33328, D.

¹⁸⁰ *Kamerstukken I* 2015/16, 33328, F.

¹⁸¹ Uit de interviews bleek dat alle vijf de deskundigen het hier over eens zijn.

Hoofdstuk IV

De relevante bepalingen in dit kader uit de Woo zijn artikel 2.2 (de reikwijdte), artikel 5.1, tweede lid, onder c, (bedrijfs- en fabricagegegevens), artikel 5.3 (informatie ouder dan vijf jaren) en artikel 5.7 (toegang tot niet-openbare informatie ten behoeve van onderzoek). Met uitzondering van artikel 5.7 moet in algemene zin over deze bepalingen het volgende worden opgemerkt. De bepalingen uit de Woo gelden – evenals bepalingen uit de Wob – voor een ieder, zonder dat men daar een belang bij hoeft te stellen. Het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM komt alleen toe aan informatie verzoekers met een functie als publieke waakhond, die zich ten doel stellen het publieke debat te stimuleren met bij maatschappelijk relevante informatie. De Woo-bepalingen gaan daarmee verder dan strikt noodzakelijk op grond van artikel 10 EVRM. Het staat de wetgever uiteraard vrij om ook in andere gevallen informatiezoekers meer openbaarheid te bieden dan onder de Wob, maar er kan niet worden gezegd dat artikel 10 EVRM daartoe noopt.

4.4.1. Het Woo-bestuursorgaan

Artikel 2.2 Woo luidt als volgt.

1. De hoofdstukken 3, 4 en 5 van deze wet zijn van toepassing op:
 - a. bestuursorganen;
 - b. de Kamers en de verenigde vergadering der Staten-Generaal;
 - c. de Raad voor de rechtspraak en het College van afgevaardigden;
 - d. de Raad van State, tenzij de Raad het koninklijk gezag uitoefent, en met uitzondering van de Afdeling bestuursrechtspraak;
 - e. de Algemene Rekenkamer;
 - f. de Nationale ombudsman en de substituut-ombudsmannen als bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de Wet Nationale ombudsman, en ombudsmannen en ombudscommissies als bedoeld in artikel 9:17, onderdeel b, van de Algemene wet bestuursrecht;
 - g. de commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, bedoeld in artikel 64 van de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002;
 - h. besturen van koepelorganisaties van openbare lichamen.
2. Voor de toepassing van deze wet worden de organen, personen en colleges, bedoeld in het eerste lid, onderdelen b tot en met h, die op grond van de Algemene wet bestuursrecht geen bestuursorgaan zijn, gelijk gesteld met een bestuursorgaan.¹⁸²

Met deze bepaling zou de reikwijdte van de nationale algemene openbaarheidswet aanzienlijk worden uitgebreid ten aanzien van onder de Wob. De reikwijdte van deze bepaling komt beter overeen met de reikwijdte van artikel 10 EVRM. Ten eerste zouden de DNB, AFM en NOS onder de reikwijdte van de Nederlandse algemene openbaarheidsregeling vallen, waardoor de nationale wet niet in bepaalde gevallen buiten toepassing hoeft te worden gelaten. Daarnaast zouden een aantal niet-bestuursorganen onder de reikwijdte van de wet worden gebracht, met inbegrip van de Eerste en Tweede Kamer. Aangezien zij op grond van het tweede lid gelijk zouden worden gesteld met een bestuursorgaan, zou bestuursrechtelijk bezwaar en beroep open staan. Over het algemeen zou de Woo met betrekking tot de reikwijdte vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM daarom een aanzienlijke verbetering opleveren en de instrumenten bieden om de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM grotendeels te garanderen.

Toch zijn er in het kader van dit onderzoek ook aspecten op deze bepaling aan te merken. Zo is de rechterlijke macht nog steeds uitgesloten. Hierdoor is de informatieverzoeker nog steeds aangewezen op de civiele rechter om zijn recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM ten aanzien van de rechterlijke macht te verzilveren. Er zou dan nog steeds gebruik worden gemaakt van de rechtstreekse werking van artikel 10 EVRM.

¹⁸² *Kamerstukken I 2015/16, nr. 33328, A.*

4.4.2. De relativering van bedrijfs- en fabricagegegevens

In het wetsvoorstel Woo staat een aantal bepalingen die kunnen bijdragen aan een EVRM-proof algemene openbaarheidswet met betrekking tot de weigeringsgronden en beperkingen. Ten eerste volgt uit artikel 5.1, tweede lid, onder c Woo dat de absolute weigeringsgrond bedrijfs- en fabricagegegevens uit de Wob wordt gerelativeerd. Volledige relativering is uiteraard een effectieve manier om de bezwaren vanuit artikel 10 EVRM op het absolute karakter van een weigeringsgrond weg te nemen. Door invoering van deze bepaling zou de afweging *in abstracto* door de wetgever niet langer een gegeven zijn. Reeds is geconstateerd dat – gelet op de *margin of appreciation* – een aanvullende motiveringsplicht voor het bestuursorgaan waarschijnlijk voldoende waarborgen biedt om te voldoen aan de eisen van artikel 10 EVRM in situaties waar de wetgever wel zo een afweging heeft gemaakt. Vanuit dat perspectief is de volledige belangenafweging door de rechter een vrij drastische maatregel, omdat aannemelijk is dat openbaarmaking van dergelijke gegevens dan niet uitsluitend in uitzonderlijke gevallen zal plaatsvinden. Het voert in het kader van dit onderzoek te ver om in te gaan op de juridische en politieke wenselijkheid van deze uitbreiding van openbaarmaking van bedrijfs- en fabricagegegevens. Er kan worden volstaan met het opmerken dat artikel 10 EVRM niet noodzakelijkerwijs noopt tot het invoeren van een volledige belangenafweging door de rechter bij absolute weigeringsgronden, zoals volgt uit deze bepaling.

4.4.3. De persoonlijke beleidsopvattingen ouder dan vijf jaar

Verder volgt uit artikel 5.3. Woo dat (o.a.) persoonlijke beleidsopvattingen ouder dan vijf jaar openbaar wordt gemaakt, tenzij het bestuursorgaan motiveert waarom het belang dat wordt beschermd ondanks het tijdsverloop nog steeds groter is dan het belang van openbaarmaking. Hierdoor vervalt het absolute karakter van de tot personen herleidbare persoonsgegevens na verloop van tijd en wordt deze vervangen door een aanvullende motiveringsplicht. In paragraaf 3.5 is reeds opgemerkt dat juist het verloop van tijd er voor kan zorgen dat het absolute karakter van deze informatie in het licht van artikel 10 EVRM problematisch kan zijn. Deze aanvullende motiveringsplicht zou mijns inziens hiervoor de oplossing kunnen bieden. Nu er nog steeds niet noodzakelijkerwijs een volledige belangenafweging door de rechter bij deze beperking plaatsvindt, is deze nuancering minder vergaand dan de hiervoor besproken relativering van bedrijfs- en fabricagegegevens als weigeringsgrond.

4.4.4. het recht op inzage onder geheimhouding t.b.v. onderzoek

Tot slot is in het kader van dit onderzoek artikel 5.7 een opvallende bepaling. Die bepaling luidt als volgt.

1. Een bestuursorgaan kan ten behoeve van historisch, statistisch, wetenschappelijk of journalistiek onderzoek toegang bieden tot informatie
 - a. die ingevolge de artikelen 5.1 en 5.2 niet openbaar gemaakt kan worden, of
 - b. waarvan de vaststelling of deze informatie ingevolge de artikelen 5.1 en 5.2 openbaar gemaakt kan worden een onevenredige inspanning vergt.
2. Het bestuursorgaan kan aan het verlenen van toegang voorwaarden verbinden.
3. De toegang tot informatie overeenkomstig het eerste lid wordt in ieder geval verleend onder de voorwaarde dat degene aan wie toegang wordt verleend, de verkregen informatie niet verder verspreidt zonder voorafgaand besluit van het bestuursorgaan waarin de informatie met toepassing van de artikelen 5.1 en 5.2 openbaar gemaakt wordt

Deze bepaling biedt voor bestuursorganen de mogelijkheid om historische, statistische, wetenschappelijke of journalistieke onderzoekers meer informatie te bieden dan waartoe de Woo verplicht. Het betreft echter een recht op inzage onder voorwaarden van geheimhouding. In de praktijk komt dit momenteel al voor, zonder dat daar een rechtsgrond voor is. Deze

Hoofdstuk IV

bepaling kan worden gezien als een codificering van die reeds bestaande praktijk.¹⁸³ In paragraaf 2.5 is geconstateerd dat het EHRM het recht op toegang tot overheidsinformatie uitsluitend aan informatieverzoekers met een functie als publieke waakhond toekent. Daaronder verstaat zij tot nu toe vooral journalisten, NGO's en wetenschappers. Het zal dus in de praktijk grotendeels gaan om dezelfde groep van informatiezoekers.

Zoals ondertussen duidelijk zal zijn, ziet recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM op een recht op algemene openbaarmaking van de informatie. Om het publieke debat te stimuleren moet de maatschappelijk relevante informatie voor iedereen beschikbaar zijn. De geheimhoudingsverplichting die gepaard gaat met het toepassen van deze bepaling lijkt daarmee in strijd. Daar lijkt uit voort te vloeien dat deze bepaling niet bijdraagt aan een EVRM-conforme openbaarheidswetgeving.¹⁸⁴ Toch is niet uitgesloten dat deze bepaling kan bijdragen aan het voorkomen van een veroordeling door het EHRM. Door inzage te verschaffen krijgen de publieke waakhonden immers de mogelijkheid om goed onderzoek te doen naar *matters of public concern*. De praktijk wijst uit dat de onderzoekers vaak in staat zijn de concrete informatie te abstraheren en zo in overleg met het bestuursorgaan om de geheimhoudingsverplichting heen te werken. Zo kunnen bijvoorbeeld conclusies van een onderzoek openbaar worden gemaakt, terwijl de documenten waaruit die conclusies volgen geheim blijven. Hiermee zouden de waakhonden alsnog met hun maatschappelijk relevante bevindingen het publieke debat kunnen stimuleren, waardoor deze bepaling als instrument kan dienen bij het beschermen van de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM.

Toch moet mijns inziens de waarde van deze bepaling in het licht van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM niet worden overschat. Als het bestuursorgaan weigert toe te staan dat bepaalde informatie wordt gepubliceerd, terwijl de onderzoeker juist die informatie relevant acht, zijn we terug bij af. Er kan worden geconcludeerd dat artikel 5.7 Wob er voor kan zorgen dat publieke waakhonden de mogelijkheid krijgen om hun taak beter uit te oefenen en het maatschappelijk debat beter te stimuleren – hetgeen in het kader van artikel 10 EVRM uiteraard wenselijk is – maar dat het te ver voert om te stellen dat artikel 10 EVRM noopt tot het invoeren een soortgelijke bepaling in de Wob.

4.5. Een potentiële wetswijziging

In paragraaf 3.2 t/m 3.6 is geconstateerd op welke punten de huidige Wob problematisch kan zijn in het licht van artikel 10 EVRM. In paragraaf 4.2 en 4.3 is geconstateerd wat de consequenties hiervoor zijn met toepassing van artikel 94 van de Grondwet. Een nadeel daarvan is dat er op die manier steeds een 'juridisch commentaartje' moet worden geschreven bij de besluiten en uitspraken op grond van de Wob waar artikel 10 EVRM een rol speelt, voordat kan worden gekeken naar de inhoudelijke vraagstukken.¹⁸⁵ In het kader van de duidelijkheid en rechtszekerheid zou een wetswijziging ook de voorkeur hebben. Een bijkomend voordeel zou kunnen zijn dat door een wetswijziging de Nederlandse staat overtuigend kan aantonen dat er goed is nagedacht en afgewogen hoe sterk informatierechten in het kader van het maatschappelijk debat kunnen zijn. Mocht er in een concreet geval toch nog een situatie voordoen waarbij het EHRM strikt genomen liever de belangenafweging een andere kant op had zien uitvallen, zal de Nederlandse staat een sterk argument hebben om veroordeling alsnog te voorkomen. De *margin of appreciation* zal daarom zo groot zijn dat een veroordeling in Straatsburg dan nagenoeg is uitgesloten. Het zij opgemerkt dat die wetswijziging uiteraard ook een kwestie van politieke voorkeur is. Het staat de wetgever vrij om een verdergaand recht op openbaarmaking toe te kennen, met een grotere reikwijdte dan wordt geëist op grond van het EVRM. Het ingaan op die keuze zou de grenzen van de

¹⁸³ *Kamerstukken II 2013/14*, 33328, nr. 9, p. 83. Volgt ook uit interview T. Barkhuysen.

¹⁸⁴ Interview A.W. Hins, onder verwijzing naar EHRM 26 mei 2009, 31475/05 (*Kenedi t. Hongarije*), waar artikel 10 EVRM juist was geschonden vanwege een geheimhoudingsverklaring.

¹⁸⁵ Interview A.W. Hins.

Hoofdstuk IV

afbakening door de hoofdvraag te buiten gaan. Hieronder zal worden ingegaan om een *minimumeis* waartoe artikel 10 EVRM noopt.

Nu is gezien wat de voor- en nadelen zijn van de bepalingen in de Woo, kan worden bepaald hoe in grote lijnen een wetswijziging er uit zou moeten zien. In dit onderzoek voert het te ver om een concreet voorstel te doen voor een wijziging van de Wob om het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM te implementeren in de formele wet. Wel kan er worden uiteengezet welke gezichtspunten die wijziging zou moeten hebben. De wijziging van de wet moet er in ieder geval toe strekken dat informatieverzoekers die door het EHRM zullen worden aangemerkt als public watchdogs en zich ten doel stellen de door hen verzochte informatie openbaar te maken ten behoeve van het maatschappelijk debat een verdergaande aanspraak hebben op openbaarmaking van maatschappelijk relevante informatie dan reguliere Wob-verzoekers. Daarmee zou er een uitzondering in het leven worden geroepen van het uitgangspunt in de Wob dat eenieder een Wob-verzoek ingewilligd kan zien zonder daarbij een belang te stellen, zoals neergelegd in artikel 3, eerste en derde lid Wob. De aanspraak van die specifieke groep Wob-verzoekers zou zowel een formele uitbreiding, als enkele materiele uitbreidingen moeten bewerkstelligen ten opzichte van de reguliere toepassing van de Wob.

Met betrekking tot de formele uitbreiding zouden ten eerste de bestuursorganen die ingevolge artikel 1a, eerste lid, onder d, Wob van de toepassing van de Wob zijn uitgezonderd, niet langer integrale uitzondering genieten. Ook zouden de overheidsorganen die wel als public authority, maar niet als Awb-bestuursorganen kunnen worden aangemerkt, naar het voorbeeld van artikel 2.2, tweede lid, Woo voor de toepassing van de Wob met Awb-bestuursorganen worden gelijkgesteld.

Met betrekking tot de materiele uitbreiding zou ten eerste het absolute karakter van de weigeringsgronden uit artikel 10, eerste lid, Wob en de beperking van artikel 11, eerste lid, Wob moeten worden genuanceerd. Die nuancering zou moeten inhouden dat in bijzondere gevallen het belang van het stimuleren van het maatschappelijk debat toch zodanig zwaar kan wegen dat het absolute karakter geen stand kan houden. Naar het voorbeeld van artikel 5.3. Woo zou het verloop van een aantal jaren bij sommige weigeringsgronden en beperkingen een rol kunnen spelen in de kwalificatie van zo een bijzonder geval. Daarnaast zou de uitbreiding ervoor moeten zorgen dat de discretionaire ruimte van het bestuursorgaan met betrekking tot het al dan niet anonimiseren van persoonlijke beleidsopvattingen wordt beperkt. Daardoor kan de bestuursrechter indringender toetsen wat de mogelijkheden zijn om bepaalde niet tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen openbaar te maken, gelet op het belang van maatschappelijk debat. Ten slotte zou de uitbreiding kunnen bewerkstelligen dat het gewicht van het onderwerp in het maatschappelijk debat een rol krijgt in de belangenafweging bij relatieve weigeringsgronden. Opgemerkt zij dat er in de huidige Wob niet is gecodificeerd dat het 'vooronderstel belang' altijd even zwaar weegt. Er is daarom discussie mogelijk over de noodzaak van deze uitbreiding. Het belang van het individuele onderwerp komt in het kader van artikel 10 EVRM relevantie toe, zodat codificering in ieder geval duidelijkheid kan bieden.

De Wob voor waakhonden.

Hoofdstuk V

**Samenvatting en concluderend antwoord op de
hoofdvraag**

Beantwoording van de hoofdvraag.

De vraag die in dit onderzoek centraal staat is: ‘hoopt het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM tot wijzigingen in de Nederlandse wetgeving of jurisprudentie?’ In dat kader is in het eerste hoofdstuk vastgesteld dat er ontwikkelingen in de jurisprudentie van het EHRM hebben plaatsgevonden die mogelijk implicaties kunnen hebben voor de Wob. Nu de Afdeling tot op heden geen uitspraken heeft gedaan waarin goed wordt uiteengezet wat die implicaties (kunnen) zijn, bestaat er veel onduidelijkheid over dit punt. Deze onduidelijkheid is niet alleen onaangenaam voor de toepassing van de Wob in de rechtspraak, ook voor de beraadslaging over wijzigingen in de nationale openbaarheidswetgeving is van belang om eventuele spanningen goed in kaart te hebben.

Om tot een antwoord op die vraag te kunnen komen, is allereerst van belang om het leerstuk van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM goed te doorgronden. In hoofdstuk II is daarom eerst het leerstuk goed uiteen gezet. Er is geconstateerd dat het EHRM de *practical and effective-doctrine* en het daarmee gepaard gaande *living instrument-doctrine* heeft toegepast om het recht op toegang tot overheidsinformatie te lezen in de EVRM-bepaling. Het recht op toegang tot overheidsinformatie moet worden gezien als een noodzakelijk instrument om de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM effectief en in de praktijk te beschermen.

Om te toetsen of die instrumentele functie van het recht op toegang tot overheidsinformatie onder druk staat, heeft het EHRM een viertal criteria geformuleerd. Ten eerste moet het doel van het verzoek gelegen zijn in het uitoefenen van de rechten en vrijheden uit artikel 10 EVRM. Dat zal met name het geval zijn als het vergaren van de informatie een voorbereidende handeling is voor een activiteit die het maatschappelijk debat stimuleert. Ten tweede moet de openbaarmaking van de informatie in het publieke belang zijn. Dat is het geval als het onderwerp van het verzoek een *matter of public concern* betreft. Ten derde moet de informatieverzoeker kunnen worden aangemerkt als *public*. Tot op heden zijn journalisten, wetenschappers en NGO's als zodanig aangemerkt. Onder bepaalde gevallen vallen waarschijnlijk ook *bloggers* en bepaalde sociale media gebruikers onder dit begrip. Ten vierde moet de informatie waar om wordt verzocht beschikbaar zijn bij de overheid. Dit betekent dat de overheid in beginsel de informatie niet eerst zelf moet verzamelen. Anderzijds betekent het feit dat het een grote last voor het bestuursorgaan is om gegevens te anonimiseren niet dat dit criterium kan worden tegengeworpen. Ten slotte is opgemerkt dat er een soort vijfde impliciet criterium bestaat: het verzoek moet worden gedaan aan een public authority.

Als aan deze criteria is voldaan, is er sprake van een beperking van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10, eerste lid, EVRM. Deze beperking kan ingevolge het tweede lid alleen gerechtvaardigd zijn als die bij wet is voorzien, een legitiem doel dient en noodzakelijk is in een democratische samenleving. Aan de eerste twee voorwaarden zal in dit kader vaak snel zijn voldaan. Er is geconstateerd dat bij de ‘noodzakelijkheidstoets’ een belangenafweging en een proportionaliteitstoets wordt gedaan, waar ook de *margin of appreciation* een rol in zou kunnen spelen. Inhoudelijk wegen alle omstandigheden van het geval mee, maar met name de mate waarin de aard van de informatie waar om is verzocht een rol speelt in het maatschappelijk debat vaak doorslaggevend kan zijn.

Het leerstuk van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM is vervolgens in hoofdstuk III afgeschilderd tegen de Wob. Het leerstuk van passieve openbaarmaking uit de Wob is uiteengezet en vergeleken met de overlappende aspecten uit artikel 10 EVRM. Er is geconstateerd dat er een aantal spanningen bestaat tussen de Wob en artikel 10 EVRM die problematisch kunnen zijn.

Hoofdstuk V

Ten eerste is de reikwijdte van de Wob kleiner dan de reikwijdte van artikel 10 EVRM. Hierdoor kunnen bepaalde overheidsorganen onder omstandigheden op grond van artikel 10 EVRM verplicht zijn om informatie te openbaren, terwijl zij op grond van de Wob hetzelfde verzoek integraal zouden kunnen afwijzen. Het gaat om onder andere de DNB, het AFM, de NOS, de Eerste en Tweede Kamer en de rechtelijke macht. Ten tweede geldt dat het systeem van absolute weigeringsgronden uit artikel 10, eerste lid, Wob problematisch kan zijn. Er is geconstateerd dat er situaties denkbaar zijn waarin het belang van de eenheid van de Kroon, de veiligheid van de Staat of de bescherming van bedrijfs- of fabricagegegevens het bij de noodzakelijkheidstoets zou kunnen afleggen tegen het belang van openbaarmaking van bepaalde informatie in het kader van artikel 10 EVRM. Geconstateerd is verder dat de tot personen herleidbare persoonlijk beleidsopvattingen uit artikel 11, eerste lid, Wob ook een absoluut karakter hebben. Daarvoor geldt hetzelfde: niet in alle gevallen hoeft dat belang op te wegen tegen het belang van openbaarheid. Ten derde is geconstateerd dat de grote keuzevrijheid voor bestuursorganen en de terughoudendheid van de rechterlijke toetsing in het al dan niet anonimiseren van persoonlijke beleidsopvattingen ook voor besluiten kan zorgen die niet in overeenstemming zijn met artikel 10 EVRM. Ten slotte gaat de belangenafweging bij relatieve weigeringsgronden uit van een voorondersteld belang, die onafhankelijk is van de aard van de informatie. Hierdoor verschilt die afweging significant van de belangenafweging bij de noodzakelijkheidstoets van artikel 10 EVRM, zodat ook dit punt problematisch kan zijn.

Verder is geconstateerd dat de wijze waarop de Afdeling omspringt met een beroep op artikel 10 EVRM in Wob-procedures wijst op de veronderstelling dat er geen situaties kunnen voordoen waarin artikel 10 EVRM meer openbaarheid eist dan waartoe het bestuursorgaan op grond van de Wob verplicht is. Dit kan er toe leiden dat in die situaties waar dat wél het geval is, er een schending van artikel 10 EVRM zal zijn. Kort en bondig kan op dit punt al worden geconcludeerd dat het antwoord op de hoofdvraag daarom moet zijn: ja, het recht op toegang tot overheidsinformatie noopt tot wijzigingen in de Nederlandse wetgeving of jurisprudentie.

Om het antwoord volledig te maken, is in hoofdstuk IV ingegaan op welke wijzigingen in Nederlandse wetgeving of jurisprudentie de geconstateerde problemen het beste oplossen. Er is geconstateerd dat artikel 94 van de Grondwet en de daaruit voortvloeiende rechtstreekse werking van artikel 10 EVRM kan zorgen voor wijzigingen in de jurisprudentie om een veroordeling in Straatsburg te voorkomen. Er zal dan in een concreet geval eerst moeten worden geconstateerd dat er sprake is van een beperking van artikel 10, eerste lid, EVRM. Als dat het geval is, kan dat formele en materiele gevolgen hebben voor het informatieverzoek. Met betrekking tot het formele gevolg kan artikel 1a, eerste, tweede of derde lid van het Besluit bestuursorganen Wno en Wob buiten toepassing worden gelaten, waardoor de DNB, AFM of de NOS onder de reikwijdte van de Wob zullen vallen. Met betrekking tot de overige public authorities die niet onder de Wob vallen, zal de informatieverzoeker zich moeten wenden tot de civiele rechter om daar zijn recht op toegang tot overheidsinformatie af te dwingen. Het materiele gevolg zal zijn dat de noodzakelijkheidstoets een rol moet spelen in de besluitvorming rondom de Wob. Daarbij is aandacht besteed aan de *margin of appreciation* die de Nederlandse staat toekomt. De *margin of appreciation* zorgt er voor dat het vooral buiten kijf moet staan dat er goed is nagedacht over de afwegingen die zijn gemaakt. Het absolute karakter van de absolute weigeringsgronden en de tot personen herleidbare persoonlijke beleidsopvattingen moet daarom worden aangevuld met een verzwaarde motiveringsplicht voor het bestuursorgaan. Het bestuursorgaan zal zelf de afweging moeten maken of in het concrete geval het belang van openbaarheid in het kader van de rechten en vrijheden die voortvloeien uit artikel 10 EVRM van het uitgangspunt van weigering kan worden afgeweken. De bestuursrechter kan die afweging dan terughoudend toetsen, om toch de democratisch

Hoofdstuk V

gelegitimeerde keuze van de wetgever te honoreren. Met betrekking tot de grote discretionaire ruimte voor het bestuursorgaan in het al dan niet anonimiseren zal het uitgangspunt moeten worden omgedraaid, zodat persoonlijke beleidsopvattingen die anonimiseerbaar zijn in beginsel openbaar worden gemaakt. Het bestuursorgaan zal (discretionair) moeten afwegen of openbaarheid in het concrete geval prevaleert aan het zwaarwegende belang van geanonimiseerde beleidsintimiteit. Tot slot zal bij relatieve weigeringsgronden moeten worden afgeweken van het vooronderstelde belang van openbaarmaking. De aard van de informatie en de mate waarin die informatie een rol speelt in het publieke debat zal moeten worden meegewogen in de afweging.

De indieners van het wetsvoorstel Woo hebben al een voorschotje genomen op een codificering van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. Er is echter geconstateerd dat de kans groot is dat de Woo in huidige vorm niet de eindstreep gaat halen en bovendien dat de codificering van het leerstuk niet volledig is. Om het recht op toegang tot overheidsinformatie in de formele wet te implementeren ligt het voor de hand om de Wob te wijzigen. Die wijziging zou een afwijking van artikel 3, eerste en derde lid, Wob moeten inhouden, waarbij public watchdogs die zich ten doel stellen de door hen verzochte informatie openbaar te maken ten behoeve van het stimuleren van het maatschappelijk debat, een aanvullend verdergaand recht op openbaarheid hebben. Dat aanvullende recht zou bestaan uit de codificering van de formele en materiele gevolgen die zojuist zijn genoemd. Het staat de wetgever tot slot uiteraard vrij om meer openbaarheid te bieden dan waartoe artikel 10 EVRM noopt.

Daarmee is een volledig antwoord gegeven op de vraag of het recht op toegang tot overheidsinformatie noopt tot wijzigingen in de Nederlandse wetgeving of jurisprudentie. Dat is inderdaad het geval. De rechten van de Nederlandse Wobbende waakhonden staan onder druk. Bij onverkorte handhaving van de bestaande openbaarheidswetgeving en de interpretaties daarvan, zou Nederland een veroordeling in Straatsburg in een concreet geval riskeren. De Wob is op dit moment niet *EVRM-proof*.

Ik beveel dan ook aan om op korte termijn door rechtstreekse werking van artikel 10 EVRM op de hiervoor omschreven wijze een rol te laten spelen in Wob-procedures. Door wijziging van de jurisprudentie op korte termijn ontloopt Nederland het risico van een schending van artikel 10 EVRM. Het nadeel van het gebruik maken van de rechtstreekse werking is dat er minder rechtszekerheid en wettelijke duidelijkheid voor burgers zal zijn. Er zal immers uitsluitend uit de jurisprudentie en/of literatuur blijken dat artikel 10 EVRM mogelijk een verdergaande openbaarheid eist, onder welke voorwaarden dat het geval is en hoe dat moet worden toegepast op een Wob-verzoek. Ook zal de bestuursrechter steeds een aantal overwegingen moeten wijden aan de manier waarop artikel 10 EVRM moet worden geïnterpreteerd en toegepast in het concrete geval. Door een wettelijke verankering van het recht op toegang tot overheidsinformatie kan dit nadeel worden opgeheven.

Voor de middellange termijn beveel ik aan om het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM op den duur te codificeren. Nu reeds is geconstateerd dat de Wob waarschijnlijk binnenkort een wijziging zal ondergaan – doormiddel van invoering van de Woo of op een andere manier - ligt voor de hand om dan ook direct het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM te codificeren. Door dit leerstuk gecodificeerd in de wet op te nemen gelijktijdig met een grote wijziging van het hele openbaarheidsregime in Nederland, heeft de wetgever de kans om deze wijziging goed af te stemmen op andere wijzigingen. Ook kunnen er direct politieke keuzes worden gemaakt over bijvoorbeeld de wenselijkheid van een verdergaand recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM voor uitsluitend informatiezoekers die een publieke waakhondfunctie bekleden. Denkbaar is dat de wetgever kiest om dit verdergaande recht bij maatschappelijk relevante

Hoofdstuk V

Wob-verzoeken ten behoeve van het publieke debat aan een ieder toe te kennen. De wetgever mag immers verdergaande bescherming bieden, als dat wenselijk wordt geacht. Het is aan de wetgever om goed te beraadslagen over hoe het recht op toegang tot overheidsinformatie in de formele wet dient te worden verankerd.

Ik sluit af met de volgende opmerkingen. Van oudsher heeft Nederland een traditie van transparantie van de overheid. Met dit onderzoek heb ik willen aantonen dat Nederland op dit punt internationaal is ingehaald. De Nederlandse publieke waakhonden verdienen meer. Nu de rechters in Straatsburg hebben gesproken, ligt de bal bij Nederland. Het afwachten van een veroordeling zou zonde zijn van een eens zo mooie traditie.

Jake Tingen

Literatuurlijst

Handboeken:

Barkhuysen & van Emmerik 2017

T. Barkhuysen, en M.L. van Emmerik, *Mastermonografieën: Europese grondrechten en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2017.

Daalder 2015

E.J. Daalder, *Handboek Openbaarheid van Bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011.

Hins & Nieuwehuis 2014

A.W. Hins en A.J. Nieuwehuis, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014.

Schlössel & Zijlstra 2010

R.J.N. Schlössel & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtstaat*, Deventer: Kluwer 2010.

Schuijt 2006

G.A.I. Schuijt, *Vrijheid van nieuwsgaring*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Bundels:

Gerards, in: Commentaar EVRM, art. 10

J.H. Gerards, in: *Commentaar op Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*, art. 10 EVRM, Den Haag: Sdu (online, bijgewerkt tot 15-06-2015).

Groothuis 2014

M. Groothuis, 'Openbaarheid van overheidsinformatie. Recente rechtsontwikkelingen in Nederland en Europa', in: K. Leus e.a. *Preadviezen 2014*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 69-103.

Hins 2011

A.W. Hins, 'Openbaarheid van documenten als Grondrecht' in: J.H. Reestman en C. Zoethout, *Rechterlijk activisme: opstellen aangeboden aan prof.mr. J.A. Peters*, Nijmegen: Aers Aequi Libri 2011, p. 109-120.

Hins 2013

AW. Hins, De toegang tot overheidsinformatie. In M.J. Geus, A.W. Hins, Q.R. Kroes, A.J. Nieuwenhuis, E.C. Pietermaat, C.J. Turner & D. Voorhoof (Eds.), *25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel: 25 jaar rechtspraak media- en communicatierecht*. Amsterdam: Otto Cramwinckel 2013, p. 151-159.

De Meij 1969

J.M. de Meij, 'Het recht op informatie van de burger', in: B. de Goede en H.Th.J.f. van Maarseveen (red.), *Hoe openbaar wordt ons openbaar bestuur*, Den Haag: Vuga-Boekerij 1969, p. 216-242.

Vlemminx & Meuwese, in: Commentaar Grondwet, art. 94

F.M.C. Vlemminx en A.C.M. Meuwese, Commentaar op artikel 94 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2017(www.Nederlandrechtsstaat.nl).

Tijdschriften:

Barkhuysen & van Emmerik, AB 2017/1

T. Barkhuysen en van M.L. Emmerik, annotatie bij: EHRM 8 november 2016, 18030/11, *AB* 2017/1 (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*)

Daalder & Bontje, AB 2014/225

E.J. Daalder en N. Bontje, annotatie bij: ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1708, *AB* 2014/255.

Van Emmerik, O&A 2016/6

M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en het EVRM: het grensvlak van privaats- en publiekrecht', *O&A* 2016/6

Hins, NJB 2006/38

A.W. Hins, 'Openbaarheid van bestuur krijgt steun uit Straatsburg', *NJB* 2006/38, p. 2185-2186

Hins, AA 2011/5

A.W. Hins 'Wob op de schop', *AA* 2011/5, p. 334-335

Hins, Mediaforum 2014/4

A.W. Hins 'Het wetsvoorstel Wet Open Overheid in het licht van artikel 10 EVRM', *Mediaforum* 2014/4, p. 110

Klingenberg AA 2017/1

A. Klingenberg, 'Tijd voor verandering: leidt de wet open overheid tot meer openbaarheid?', *AA* 2017-1, p. 20-24

Oosterveld & Oostveen, Mediaforum 2013/6

M. Oosterveld & M. Oostveen, 'Van 'public watchdog' naar 'public watchblog': het EHRM en journalistieke weblogs', *Mediaforum* 2013/6, p. 146-152

Ortlep, JBplus 2014/16

R. Ortlep, 'Dwangsommetje scoren: misbruik dwangsomregeling door middel van oneigenlijke Wob-verzoeken', *JBplus* 2014/16, 4

Voorhoof, Mediaforum 2006/10

D. Voorhoof, 'Europese Mensenrechtshof maakt (eindelijk) toepassing van artikel 10 EVRM in het kader van openbaarheid van bestuur en toegang tot bestuursdocumenten', *Mediaforum* 2006/10, p. 290-294

Voorhoof, MR 2013/41

D. Voorhoof, 'Article 10 of the Convention includes the right of access to data held by an intelligence agency', *MR* 2013/41

Voorhoof, Juristenkrant 2016/338

D. Voorhoof, 'Wobben is een mensenrecht', *De Juristenkrant* 2016/338

Krantenberichten

Booth & Taylor, *The Guardian* 13 mei 2015

R. Booth & M. Taylor, 'Prince Charles's 'black spider memos' show lobbying at highest political level' *The Guardian* 13 mei 2015

Schreuder, *NRC* 11 april 2008

A. Schreuder, 'De Linkse Kerk mag geen glaasje schenken, *NRC* 11 april 2008

Veenstra, *NRC* 10 februari 2016

J. Veenstra, 'Rechtszaak over ■■■■ documenten ■■■■ MH-17 die minister wil ■■■■' *NRC* 10 februari 2016

Overig:

Brouwers 2011

A.C. Brouwers, '*Toegang tot overheidsinformatie als grondrecht? Een kritische analyse van de toepasselijkheid van art. 10 EVRM op openbaarheid van bestuur binnen Europa en Nederland*' (Masterscriptie Amsterdam UvA), 2011

Jurisprudentieoverzicht:

- EHRM 7 december 1976, 5493/72, (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 26 april 1979, 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 26 maart 1986, 9248/81 (*Leander t. Zweden*)
- EHRM 7 juli 1989, 10454/83, NJ 1991/659 m.nt. E.J. Dommering (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 26 november 1991, 13585/88 (*Observer & Guardian t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 10 december 1992, 21980/93 (*Bladet Tromsø and Stensaas t. Noorwegen*)
- EHRM 27 maart 1996, 7488/90 (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 19 februari 1998, 16483/12, NJ 1999/690 m.nt. E.J. Dommering (*Guerra e.a. t. Italië*)
- EHRM 21 januari 1999, 29183/95 JB 1999/41 m.nt A.W. Heringa (*Fressoz en Roire t. Frankrijk*)
- EHRM 15 juni 2004, 73562/01 (*Sirbu e.a. t. Moldavië*)
- EHRM 1 maart 2005, 22860/02, AB 2006/258, m.nt. T Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Wos t. Polen*)
- EHRM 10 juli 2006, 19101/03 IRIS 2006-9:2/1 m.nt. Dirk Voorhoof (*Sdruženi Jihočeské Matky t. Tsjechië*)
- EHRM 14 april 2009, 37374/5, ECHR, 2009/74 m.nt. Hins (*Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) t. Hongarije*)
- EHRM 26 mei 2009, 31475/05 NJ 2009/589 m. nt. B.J. Boon (*Kenedi t. Hongarije*)
- EHRM 3 april 2012, 41723/06 NJ 2012, 621, m.nt. E.A. Alkema (*Gilbert t. Zweden*)
- EHRM 18 april 2012, 20041/10 (*Eternit t. Frankrijk*).
- EHRM 25 juni 2013, 48135/06, (*Youth Initiative for Human Rights (YIHM) t. Servie*).
- EHRM 28 november 2013, 39534/07 (*Osterreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines Wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes (OVESSEG) t. Oostenrijk*)
- EHRM 22 april 2014, 48876/08, (*Animal Defenders International t. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 24 juni 2014, 27329/06 (*Roșianu t. Roemenie*)
- EHRM 6 januari 2016, 70287/11 (*Weber t. Duitsland*)
- EHRM 8 november 2016, 18030/11, AB 2017/1 m.nt. Barkhuysen en van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*)
- HR 31 december 1915, NJ 1916, 407 (*Guldemonde/Noordwijkerhout*)
- ARRvS 30 september 1985, ECLI:NL:RVS:1985:AM9150, AB 1987/43
- ABRvS 3 oktober 1996, ECLI:NL:RVS:1996:AA6767, AB 1996/474
- ABRvS 25 november 1999, ECLI:NL:RVS:1999:AA4098, AB 2000/393, m.nt. Zijlstra
- ABRvS 8 oktober 2003 ECLI:NL:RVS:2003:AL7678
- ABRvS 15 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9049, AB 2006/307, m.nt. P.J. Stolk
- ABRvS 1 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ1288
- ABRvS 6 juni 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6497, AB 2008/143 m.nt H Peters
- ABRvS 17 september 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BF0976, Gst 2009/4, m.nt. S.A.J. Munneke.
- ABRvS 11 februari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH2566
- ABRvS 14 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0116, AB 2009/390, m.nt. Stolk
- ABRvS 16 december 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK6722
- ABRvS 17 februari 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL4132, AB 2010/92, m.nt. P.J. Stolk.
- ABRvS 3 maart 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BL6245, AB 2010/109, m.nt. P.J. Stolk
- ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1315 *Mediaforum* 2014-4, m.nt. A.W. Hins, AB 2011/148 m.nt. E.J. Daalder (*Stichting Linkse Kerk*)
- ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5944, AB 2011/233, m.nt. H. Peters
- ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BW6954

- ABRvS 14 mei 2014 ECLI:NL:RVS:2014:1708, *AB* 2014/255 m.nt. E.J. Daalder en N. Bontje.
- ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3559
- ABRvS 22 februari 2017, ECLI:NL:RVS: 2017:498, *AB* 2017/147, m.nt. J. Tingen
- Rb. Midden-Nederland 3 juni 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:3018 (MH-17 Wob-verzoek)
- Rb. Midden-Nederland 19 augustus 2016 ECLI:NL:RBMNE:2016:4682 (Tentoonstelling de Krim)

Bijlage I: interviewplan.

Interviewplan deskundige interview

Doel van het interview is verdiepend in gaan op de stof die tot nu toe is onderzocht en zoeken naar een oplossing van de problemen die zijn geconstateerd. Door middel van het interviewen van een aantal deskundige op dit gebied, kan worden vastgesteld of er een bepaalde mate van wetenschappelijke consensus is over bepaalde aspecten van het onderzoek. De belangrijke thema's uit het onderzoek zullen naar voren komen en per onderdeel zal specifiek moeten worden gevraagd of er een probleem, hoe dat kan worden opgelost en of de deskundige verwacht dat dit zal worden opgelost.

Het interview zal een half gestructureerd interview zijn. Per onderdeel zal eerst de centrale vraag in algemene zin worden gesteld. Aan de hand van het antwoord zal moeten worden bepaalt welke vervolgvragen relevant zijn. Per vraag zijn daarom een aantal potentiële vervolgvragen genoemd die, afhankelijk van het antwoord op de centrale vraag, zullen worden gesteld.

Inleiding.

- Uitleg over het onderzoek
- Uitleg over de keuze om deskundige te interviewen
- Uitleg over de (deel)onderwerpen die aan bod zullen komen

De public watchdog:

1 Het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM komt (vooralnog) alleen toe aan 'public watchdogs' en alleen in bepaalde gevallen. Waarom denkt u dat het EHRM voor deze invulling heeft gekozen?

Potentiële vervolgvragen:

- Hoe verhoudt dat zich tot het Verdrag van Tromso?
- In hoeverre is het onderscheid tussen public watchdogs en andere burgers in een internet tijdperk naar uw mening nog haalbaar?
- In een recente uitspraak van de Afdeling (BRvS 22 februari 2017 ECLI:NL:RVS:2017:498) stelt zij voor de eerste keer dat een recht op toegang tot overheidsinformatie van 10 EVRM niet toekomt aan een appellant, omdat de appellant geen public watchdog is. Wat vindt u hier van?
- Hoe verhoudt dit zich tot Stichting Linkse Kerk uitspraak en navolgende uitspraken, waar de hoedanigheid van de verzoeker geen rol speelt?

De gerechtvaardigde beperking:

2 De Afdeling stelt in o.a. de *Stichting Linkse Kerk*-uitspraak het volgende.

'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. [...] 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 [...] 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.

De Afdeling lijkt de (afwegingen in de) Wob te zien als een gerechtvaardigde beperking van artikel 10 EVRM, in die zin dat áls er voldaan is aan de Wob, er óók voldaan is aan 10 EVRM. Bent u het wel of niet eens bent met deze (mijn) interpretatie van de Afdelingsjurisprudentie en waarom wel/niet? Bent u het eens met deze jurisprudentielijn en waarom wel/niet?

Potentiele vervolgvragen:

- De criteria voor het constateren van een beperking artikel 10 EVRM zijn streng, maar als er een beperking is geconstateerd, wordt die zelden geacht gerechtvaardigd te worden door het tweede lid (uitzondering: *Makty t. Tsjechië*). De reikwijdte van de Wob is juist zeer groot, maar weigeringsgronden worden vaak toegepast. De Afdeling lijkt de reikwijdte van het recht op toegang tot overheidsinformatie op grond van artikel 10 EVRM extensiever uit te leggen (zie vraag 1), maar betekent dat ook dat de beperkingen eerder gerechtvaardigd kunnen worden?
- De uitspraken waar de Afdeling deze overweging maakt dateren van voor 8 november 2016 (het Magyar Helsinki Bizzotsag-arrest). Verwacht u dat de Afdeling nu een andere overweging zou maken? Waarom wel/niet?

Overheidsorganen:

3 Het EHRM heeft artikel 10 EVRM van toepassing verklaart op informatie ‘held by public authorities’. Dat begrip lijkt breder dan het bestuursorgaan-begrip uit de Wob. Hoe zouden we in het Nederlandse recht hiermee om moeten gaan?

Potentiele vervolgvragen:

- In ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5944, AB 2011/233, m.nt. H. Peters stelt de Afdeling dat de Vereniging Nederlandse Gemeenten geen bestuursorgaan in de zin van de Awb en Wob is en (daarom?) ook artikel 10 EVRM niet van toepassing is. Hoe is dat te rijmen met de interpretatie van het EHRM omtrent het recht op toegang tot overheidsinformatie?
- Als een Nederlandse journalist een maatschappelijke relevant Wob-verzoek zou indienen bij de Tweede Kamer of de AFM, dan zou het verzoek op grond van de Wob moeten worden afgewezen, terwijl de journalist wel het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM toekomt. Betekent dit dat er direct een schending van artikel 10 EVRM zal intreden?
- Het wetsvoorstel Wet open overheid kent een breder bestuursorgaan begrip en kan ook op semi publieke instellingen van toepassing worden verklaard door middel van een AMvB. Hoe verhouden deze bepalingen zich tot het ‘public authorities’- begrip?
- Hoe is een eventuele schending van art. 10 EVRM op dit punt te voorkomen?
-

Absolute weigeringsgronden

4 Hoe verhoudt het systeem van absolute weigeringsgronden uit de Wob zich tot het noodzakelijkheidsvereiste c.q. proportionaliteitstoets uit artikel 10 EVRM?

Potentiele vervolgvragen:

- Is er een situatie denkbaar waar het belang van de eenheid van de kroon ondergeschikt zal zijn aan het belang van openbaarheid?
- Hoe zit dat met de veiligheid van de staat?
- Hoe zit dat met de bescherming van bedrijfs- en fabricagegegevens?
- Hoe zit dat met de bescherming van bijzondere persoonsgegevens?

- In de Woo is de bescherming van bedrijfs- en fabricagegegevens een relatieve weigeringsgrond geworden, maar de andere gronden blijven absoluut. Hoe verklaart u die keuze van de wetgever?
- Verwacht u dat de Afdeling eigenhandig de absolute weigeringsgronden zal relativeren als dat nodig is?
- Hoe zou een eventuele strijdigheid (verder) kunnen worden voorkomen?

Relatieve weigeringsgronden

5 Bij relatieve weigeringsgronden wordt een belangenafweging gemaakt tussen het algemeen belang van goede en democratische bestuursvoering en het belang dat de weigeringsgrond vertegenwoordigt, waarbij het onderwerp en de hoedanigheid van de verzoeker geen rol speelt in de afweging. Hoe verhoudt deze afweging zich naar uw mening tot de belangenafweging die het EHRM maakt in het kader van de noodzakelijkheidstoets uit art. 10, tweede lid, EVRM?

Potentiele vervolgvragen

- Zijn er situaties denkbaar waarin de belangenafweging door de Afdeling op grond van de Wob onder dezelfde omstandigheden tot een andere conclusie zal leiden dan de belangenafweging van het EHRM op grond van art. 10 lid 2 EVRM?
- Hoe verhoudt zich dat tot ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3559, waar de Afdeling (eenmalig?) het onderwerp van het verzoek wel lijkt te hebben mee genomen in de overweging?
- Hoe is een eventuele strijdigheid te voorkomen?
-

Persoonlijke beleidsopvattingen

6 Als er wordt geconstateerd dat bepaalde informatie kan worden aangemerkt als een persoonlijke beleidsopvatting ten behoeve van intern beraad, dan geldt er een omkering van het uitgangspunt van openbaarheid: de openbaarmaking van de informatie wordt geweigerd, tenzij het bestuursorgaan verstrekking (in geanonimiseerde vorm) in het belang van goede en democratische bestuursvoering acht. Het bestuursorgaan heeft daarbij een grote discretionaire bevoegdheid. Hoe verhoudt dat zich tot het uitgangspunt bij art. 10 EVRM dat (mits is voldaan aan de criteria) informatie openbaar gemaakt moet worden, tenzij de beperking gerechtvaardigd is op grond van het tweede lid?

Potentiele vervolgvragen:

- Is er een situatie denkbaar waarin het EHRM het belang van interne beraadslaging minder zwaarwegend acht dan het belang van openbaarmaking?
- Is de marginale toets bij het al dan niet anonimiseren van gegevens voldoende in het licht van art. 10 EVRM?
- Hoe kan een eventuele strijdigheid worden voorkomen?

Overig

7 Verwacht u dat de invloed van artikel 10 EVRM op het gebied van toegang tot overheidsinformatie groter zal worden?

Potentiele vervolgvragen:

- Zal de Afdeling haar koers wijzigen?
- Zullen journalisten/public watchdogs meer gaan 'wobben'?
- Zal de wet worden aangepast?

8 Verwacht u dat de Wet open overheid op korte termijn door de Eerste Kamer zal worden aangenomen? Is dat een goede of een slechte zaak en waarom?

9 Zijn er verder nog zaken die u relevant acht voor dit onderzoek die niet in dit interview aan bod zijn gekomen?