

De Awb en de toegang tot informatie tijdens bestuursrechtelijke procedures

E.J. Daalder*

I Inleiding

De Awb voorziet op verschillende plaatsen in de verplichting voor bestuursorganen aan partijen in een bestuursrechtelijk geschil de bij het bestuursorgaan berustende informatie te verstrekken. Zo bepaalt artikel 7:4, tweede lid, Awb dat in de bezwaarfase de ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’ voor belanghebbenden ter inzage moeten worden gelegd. Artikel 7:18, tweede lid, Awb bevat een vergelijkbare bepaling in geval van administratief beroep. Ook in beroep bestaat voor het bestuursorgaan de verplichting de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de rechter te zenden (art. 8:42, eerste lid, Awb). Wordt voorafgaand aan het besluit de uniforme openbare voorbereidingsprocedure gevolgd, dan worden de stukken die betrekking hebben op het voorgenomen besluit die redelijkerwijs nodig zijn voor beoordeling van het ontwerp ter inzage gelegd (art. 3:11, tweede lid, Awb).¹

De verplichting de op de zaak betrekking hebbende stukken aan partijen te verstrekken is niet absoluut. Deze bestaat niet in het geval van gewichtige redenen (art. 7:4, zesde lid, 7:18, zesde lid en 8:29, eerste lid, Awb). Van gewichtige redenen is in ieder geval geen sprake wanneer op grond van de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan de informatie vervat in de documenten openbaar te maken (art. 7:4, zevende lid, 7:18, zevende lid en 8:29, tweede lid, Awb).

Hierbij spelen twee vragen:

- (1) wanneer is sprake van ‘op de zaak betrekking hebbende stukken’; en
- (2) onder welke omstandigheden verzetten gewichtige redenen zich tegen kennisgeving van de stukken.

Deze vragen zullen verderop in deze bijdrage worden besproken. Eerst besteed ik aandacht aan de relatie van de regeling in de Awb met het beginsel van een eerlijk proces.

* Mr. E.J. Daalder is advocaat bij Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn Advocaten en Notarissen in Den Haag.

1 Het verstrekken van stukken in de besluitvormingsfase blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing.

2 Het beginsel van een eerlijk proces; artikel 8:29 Awb

Bij de totstandkoming van de Awb is er zonder meer vanuit gegaan dat in alle fasen van het proces relevante stukken door de overheid aan belanghebbenden moeten worden verstrekt. Een fundamentele onderbouwing hiervan is in de parlementaire geschiedenis niet terug te vinden. Algemeen wordt aangenomen dat de verplichting voor het bestuursorgaan de op de zaak betrekking hebbende stukken aan partijen en de rechter te verstrekken voortvloeit uit het fair trial-beginsel, dat is neergelegd in artikel 6 EVRM.² Hoewel dit artikel niet op alle bestuursrechtelijke geschillen van toepassing is – zo vallen belastinggeschillen waarin het niet gaat om een fiscale boete en vreemdelingenzaken niet onder het bereik van dit artikel – ligt het niet meer dan voor de hand dat dezelfde normen ook in die procedures worden toegepast. Naast het beginsel van een eerlijk proces wordt ook wel een beroep gedaan op het in de Awb niet neergelegde verdedigingbeginsel,³ dat vooral een Europeesrechtelijke achtergrond heeft.⁴ Weinig aandacht is er voor de eenzijdigheid die zou kunnen voortvloeien uit het feit dat de overheid wel onder haar berustende stukken in het geding moet brengen, waar dat voor de andere partijen in het bestuursproces niet geldt. Voor de gewone burger in het bestuursrechtelijke geschil – Damen zou spreken van de Awb-mens – is dat niet bezwaarlijk: ongelijkheidscompensatie behoort tot de kernbegrippen van ons bestuursrecht. Juist omdat de burger alle relevante informatie die bij het bestuursorgaan berust kan krijgen, zodat hij zijn positie kan bepalen, wordt de ongelijkheid tussen overheid en burger enigszins gecompenseerd. Niet altijd lijkt dat nodig. Te denken valt aan het geval dat er sprake is van een geschil tussen grote ondernemingen en de overheid, hetgeen zich bijvoorbeeld vaak in het financieel en economisch bestuursrecht voordoet. Het gaat dan bijvoorbeeld om zaken over de toepassing van mededingingsregels op concentraties of geschillen over de regulering van grote telecom- en energiebedrijven. Dergelijke ondernemingen, vaak bijgestaan door advocatenkantoren met een vestiging op de Amsterdamse Zuidas, zijn niet meer te beschouwen als de spreekwoordelijke burger die tegen de overheid moet worden beschermd. Van ongelijkheid zal minder eenvoudig kunnen worden gesproken en de noodzaak tot ongelijkheidscompensatie dringt zich minder op.⁵ Daarom is het opvallend dat de voor de burger meest gunstige rechtspraak over de toegang tot informatie afkomstig is van de belastingkamer van de Hoge Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waar het gaat om financiële geschillen en waar vaak ondernemingen bij betrokken zijn.

Het voorgaande betekent overigens niet dat partijen een onbeperkt recht op stukken hebben. Andere belangen kunnen zich daartegen verzetten. Artikel 8:29 Awb voorziet in de mogelijkheid dat het bestuursorgaan bij het toezenden van op de

2 CRvB 31 maart 2006, JB 2006/132 m.nt NV.

3 Vooral de Centrale Raad benadert beroepen op art. 8:29 Awb vanuit het verdedigingbeginsel; zie bijvoorbeeld CRvB 9 februari 2007, LJN BA1016.

4 CBb 9 januari 2009, JB 2009/105. Zie R.G.J.M. Widdershoven e.a., *De Europese Agenda van de Awb; Derde Evaluatie van de Awb*, BJu 2006, p. 78-85.

5 E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie*, BJu 2005, p. 272.

zaak betrekking hebbende stukken de mededeling doet dat alleen de rechter van de inhoud daarvan kennis mag nemen. De rechter beslist vervolgens of de beperkte kennisneming toelaatbaar is (art. 8:29, derde lid, Awb). Indien de rechter de beperking toelaatbaar acht, mag hij slechts met toestemming van partijen mede op grondslag van die stukken uitspraak doen (art. 8:29, vijfde lid, Awb). De wet voorziet er met deze regeling in dat de rechter, met toestemming van partijen, uitspraak doet op basis van documenten die anderen dan het bestuursorgaan niet kennen.⁶ Daarvoor zal wel toestemming door partijen moeten worden gegeven. De rechter moet daarvoor daadwerkelijk de gelegenheid bieden. Dat kan – en gebeurt meestal – schriftelijk tijdens het vooronderzoek, maar mag ook op de zitting worden gevraagd. Verschijnt een partij niet dan kan aan het niet-verschijnen het geven van toestemming niet worden ontleend.⁷

Aan het toestemmingsvereiste moet overigens niet al te veel betekenis worden toegekend, omdat de rechter meestal zal uitgaan van hetgeen het bestuursorgaan over de inhoud van die stukken zegt.⁸ Om die reden zal een partij niet snel toestemming geven aan de rechter kennis te nemen van de vertrouwelijke stukken. Hoewel in de praktijk daarom veelvuldig op basis van uitsluitende kennisneming door de rechter uitspraak wordt gedaan, blijven burgers en ondernemingen moeite houden met de gedachte dat stukken die zij niet mogen inzien toch worden betrokken bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een besluit. Vaak wordt dan een beroep op artikel 6 EVRM gedaan. Recent heeft de Afdeling bestuursrechtspraak hier het volgende over gezegd:

‘De Afdeling deelt het oordeel van de rechtbank dat door toepassing van het eerste lid van 8:29 van de Awb artikel 6, eerste lid, van het EVRM niet wordt geschonden. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 13 juni 2001 in zaak nr. 200003274/1, www.rechtspraak.nl), bevat artikel 6 van het EVRM minimumnormen voor een eerlijke procesvoering, maar zijn deze normen niet absoluut. De nationale wetgever mag met het oog op een goede procesorde of ter bescherming van het publieke belang of van de belangen van derden, bepaalde procedurevoorschriften en beperkingen stellen, mits het eerlijke karakter van de procesvoering daarmee niet in zijn essentie wordt aangetast. Het eerste lid van artikel 8:29 houdt een beperking in van het beginsel van de openbaarheid en dat van de “equality of arms”. Het artikel bepaalt evenwel dat deze beperking slechts om “gewichtige redenen” kan worden aangebracht, terwijl het derde lid de toetsing daarvan aan de rechter opdraagt. Indien de rechter de beperking gerechtvaardigd acht, dan is het ingevolge het vijfde lid aan de andere partij overgelaten om te beslissen of de rechter mede op grondslag van de achtergehouden of geheim gehouden inlichtingen of stukken uitspraak kan doen. De beperkingsmogelijkheid is op deze wijze met zodanige waarborgen om-

6 Ook in civiele procedures waarbij de overheid partij is wordt aanvaard dat onder omstandigheden vertrouwelijk door de rechter kennis van stukken worden genomen. Vgl. bijvoorbeeld HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 m.nt. E.J. Dommering en HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 m.nt. JBMV.

7 ABRvS 20 augustus 2006, *JB* 2006/302.

8 Zie bijvoorbeeld ABRvS 27 juli 2007, *JOM* 2007/352.

kleed dat het recht op een eerlijke procesvoering daarmee niet in zijn essentie wordt beperkt.⁹

Deze overwegingen sluiten aan bij die in eerdere uitspraken.¹⁰ Dat laat onverlet, zoals hierna zal blijken, dat bestuursrechters zich bij de beoordeling van de hiervoor geformuleerde vragen in belangrijke mate laten leiden door het belang van de wederpartij(en) van de overheid bij kennisneming van voor de beoordeling van het bestreden besluit van belang zijnde documenten.

3 Op de zaak betrekking hebbende stukken

De Awb spreekt van op de *zaak* betrekking hebbende stukken, niet over de stukken die betrekking hebben op het *besluit*. Zolang de Awb nog geen verzoekschriften-procedure kent, is dit op zichzelf niet logisch: bezwaar en beroep hebben immers altijd betrekking op een besluit. De 'zaak' is een veel omvangrijker begrip en tekstueel zou dat kunnen betekenen dat ook stukken uit een eventuele aanverwante civiele procedure en procedures die betrekking hebben op klachten over gedragingen van bestuursorganen als 'op de zaak betrekking hebbend' moeten worden beschouwd. In de praktijk concentreert de discussie over de uitleg van het begrip zich op het bestreden besluit en de onderliggende stukken.

De wetsgeschiedenis gaat niet uitvoerig in op het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken'.¹¹ Zoals Borman terecht aangeeft, stond de wetgever voor ogen 'dat dit alle stukken betreft die relevant kunnen zijn voor de rechtbank om tot een uitspraak te komen en die een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming van het bestuursorgaan, zoals een kopie van het primaire besluit, adviezen, onderzoeksrapporten, verslagen van hoorzittingen e.d.'.¹² De Centrale Raad van Beroep spreekt over 'de geschriften die onderdeel uitmaken van de totstandkoming van het primaire en het bestreden besluit'.¹³ Het is, zo zegt de Raad, 'een fundamenteel beginsel van het bestuursprocesrecht dat de justitiabele in beginsel over alle stukken kan beschikken welke met betrekking tot zijn zaak onder het bestuursorgaan berusten'.¹⁴ Het moet wel gaan om *bij* het bestuursorgaan berustende stukken, maar de verplichting strekt zich ook uit tot de stukken die betrekking hebben op de belanghebbende die onder een adviserende instantie berusten.¹⁵ Andere stukken van die instantie, waarover het bestuursorgaan ten tijde van het nemen van het besluit niet beschikt, zijn geen op de zaak betrekking heb-

9 ABRvS 8 april 2009, JB 2009/133.

10 ABRvS 25 februari 2009, LJN BH3953 en ABRvS 25 januari 2006, LJN AV0241.

11 Zie voor een overzicht Daalder, a.w., p. 271-273 en A.G. Wattel in zijn uitvoerige conclusie bij HR 25 april 2008, AB 2009, 407 m.nt. L.J.A. Damen. Voor een uitwerking van diens niet voor meerdere uitleg vatbare visie op de problematiek zie zijn noot onder dezelfde uitspraak in AA 2008, p. 635-640 en zijn bijdrage in de Koeman-bundel (M.N. Boeve, R. Uylenburg (red.), *Kansen voor het Omgevingsrecht*, Groningen, ELP, p. 317-325.

12 Borman 2009 (T&C Awb), aant. 2b bij art. 8:42.

13 CRvB 10 oktober 2002, TAR 2003, 39. Bij ambtenaren is dit in ieder geval alles wat in het personeelsdossier zit (CRvB 2 november 1995, TAR 1996/3). Alle wil zeggen dat het bestuursorgaan geen selectie mag maken (CRvB 16 januari 2001, AB 2001, 104 m.nt. HBr).

14 CRvB 19 september 2001, JB 2001, 283.

15 CRvB 12 december 2000, JB 2001/38 en CRvB 16 januari 2008, AB 2008, 161 m.nt. Tollenaar.

bende stukken.¹⁶ Voorbeelden van op de zaak betrekking hebbende stukken zijn processen-verbaal van verhoren in een bijstandszaak,¹⁷ een extern advies van de Verzekeringkamer,¹⁸ een door een andere minister ten blijke van zijn instemming geparafeerd conceptbesluit,¹⁹ integrale en niet geanonimiseerde verslagen van gesprekken met informanten²⁰ en taxatierapporten in een WOZ-zaak opgemaakt op verzoek van de inspecteur in de bezwaarschriftenfase.²¹ Voor openbare stukken geldt de verplichting tot ter beschikkingstelling niet.²² Over het algemeen zullen dergelijke stukken gemakkelijk via internet kunnen worden geraadpleegd.²³ Opgemerkt zij dat het feit dat stukken niet als op de zaak betrekking hebbend worden aangemerkt niet betekent dat de rechter deze niet met toepassing van artikelen 8:28 Awb zou kunnen opvragen. Dit artikel bevat de verplichting voor partijen en daarmee ook voor het bestuursorgaan om de door de rechter verlangde inlichtingen te geven.

In een uitspraak uit 2008 heeft de Hoge Raad bij vaststelling van de vraag welke stukken tot de zaak behoren ook een rol toegekend aan de belanghebbende:

‘Uit de door de Advocaat-Generaal aangehaalde passages uit de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 8:29 en 8:42 Awb volgt dat alle stukken die bij de besluitvorming van de inspecteur een rol hebben gespeeld aan de belanghebbende en aan de rechter dienen te worden overgelegd, voor zover te dien aanzien niet, althans niet met succes, een beroep wordt gedaan op gewichtige redenen die zich tegen zodanige overlegging verzetten (artikel 8:29 Awb). Indien een belanghebbende zich op het standpunt stelt dat een bepaald aan de inspecteur ter beschikking staand stuk dient te worden overgelegd omdat het op de zaak betrekking heeft, kan geen doorslaggevende betekenis toekomen aan de betwisting van dat laatste door de inspecteur. Die betwisting – evenals haar eventuele onderbouwing – berust immers mede op feitelijke gegevens (de inhoud van dat stuk) die aan de belanghebbende en de rechter niet bekend zijn, zodat zij door de belanghebbende niet kunnen worden weerlegd, en door de rechter niet op juistheid kunnen worden getoetst. Daarbij komt dat indien de inspecteur meent dat gewichtige redenen zich tegen overlegging van het stuk verzetten, hij zich kan beroepen op artikel 8:29 Awb. In het licht van dit een en ander dient artikel 8:42 Awb aldus te worden uitgelegd dat, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van artikel 8:29 Awb en uitzonderings-

16 CBB 17 mei 2005, LJV AT5816.

17 CRvB 15 april 2005, JB 2005, 218.

18 CBB 23 mei 1995, JB 1995, 177.

19 ABRvS 23 januari 2008, LJV BC2515.

20 HR 3 april 2009, BNB 2009/153 m.nt Koopman. Vgl. bijvoorbeeld ook CBB 22 januari 2009, AB 2009, 186 m.nt. Cartigny (anonimisering van spam-klachten alleen na een belangensafweging).

21 HR 1 april 2005, AB 2005, 208. Zie voor meer rechtspraak bijvoorbeeld de conclusie van AG Wattel par. 4.16 e.v. Ook een op verzoek van belanghebbende opgesteld rapport behoort tot op de zaak betrekking hebbende stukken en moet door het bestuursorgaan worden overgelegd; vgl. HR 20 maart 2009, BNB 2009/132.

22 ABRvS 4 juni 1999, JB 1999, 170 m.nt. Heldeweg en ABRvS 14 juli 2004, LJV AQ1335.

23 Vanaf 1 januari 2010 geldt bijvoorbeeld voor gemeenten de verplichting alle bestemmingsplannen digitaal beschikbaar te stellen.

gevallen als misbruik van procesrecht, tegemoet dient te worden gekomen aan een verzoek van de belanghebbende tot overlegging van een bepaald stuk *indien deze voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat het stuk van enig belang kan zijn (geweest) voor de besluitvorming in zijn zaak.*' (mijn cursivering, EJD)²⁴

In de betreffende zaak ging het om een belastingplichtige die opkwam tegen een naheffingsaanslag en een boete die waren opgelegd omdat de betrokkene bij zijn aangifte geen melding had gemaakt van zwart geld in het buitenland. Volgens de Hoge Raad behoren een intern Draaiboek van de belastingdienst en *originele* microfiches en afdrucken daarvan in ieder geval tot de op de zaak betrekking hebbende stukken. De Hoge Raad geeft hier een ruimere uitleg aan het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken'. Denkbaar is dat dit is ingegeven door het feit dat ook een boete was opgelegd. In de gevallen waarin sprake is van een bestuurlijke boete gaat het om een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM, waarin degene aan wie de boete is opgelegd ruimere mogelijkheden moet hebben om van stukken die voor zijn verdediging relevant kunnen zijn kennis te nemen.²⁵ Gelet op de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van Mens zou dat een ruime uitleg rechtvaardigen.²⁶ De uitspraak van de Hoge Raad is echter algemeen geformuleerd en bevat geen indicatie dat deze beperkt is tot gevallen waarin een bestuurlijke boete is opgelegd. In een recente uitspraak heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven aangesloten bij de overwegingen van de Hoge Raad en voor dat geval gekozen voor een ruime uitleg van artikel 8:42 Awb:

'In een procedure waarin een belanghebbende, zoals hier [...], opkomt tegen een opgelegde boete moet deze in staat worden gesteld om alles aan te voeren wat zij in het belang van haar verdediging noodzakelijk acht.

Dat betekent dat wanneer een belanghebbende gemotiveerd uiteenzet dat en waarom hij het van belang acht dat bepaalde stukken die zich onder het bereik van de toezichthouder bevinden, die stukken als op de zaak betrekking hebbende stukken als bedoeld in artikel 8:42 Awb moeten worden aangemerkt (mijn cursivering, EJD) en dus, behoudens gevallen van gerechtvaardigde weigering op grond van artikel 8:29 Awb en uitzonderingsgevallen als misbruik van procesrecht, moeten worden overgelegd, ook als deze volgens de toezichthouder geen rol hebben gespeeld in het besluitvormingsproces dat aan het opleggen van de boete is vooraf gegaan.

Niet uit te sluiten valt immers dat uit die stukken feiten of omstandigheden blijken die in het belang zijn van de verdediging van de belanghebbende.²⁷

De uitspraak van de Hoge Raad heeft ook betrekking op interne juridische adviezen. Tussen de Hoge Raad aan de ene kant en de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad aan de andere kant bestaat verschil van opvatting over de vraag of een intern juridisch advies als een op de zaak betrekking hebbend stuk is te beschouwen. Zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als de Centrale Raad van

24 HR 25 april 2008, AB 2009, 407 m.nt L.J.A. Damen.

25 Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385 m.nt. OJ.

26 EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741 m.nt. Kn en EHRM 16 februari 2000, BNB 2000/259.

27 CBb 6 november 2009, LJN BK2641.

Beroep zijn van mening dat ‘de schriftelijke neerslag van de raadpleging door het bestuursorgaan bij interne of externe adviseurs die betrekking heeft op de positiebepaling van het bestuursorgaan ten aanzien van aan de orde zijnde rechtsvragen, niet een op de zaak betrekking hebbend stuk als bedoeld in art. 7:4 lid 2 Awb is te beschouwen’.²⁸ Damen²⁹ heeft ernstige bezwaren tegen deze rechtspraak, omdat het bestuursorgaan dergelijke stukken niet ‘onder de pet’ mag houden. In zijn visie – die door Wattel in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad wordt gedeeld – zal het bestuursorgaan in voorkomend geval een verzoek om geheimhouding op grond van artikel 8:29, eerste lid, Awb moeten doen. Wat niet duidelijk is, is of Damen van mening is dat de rechter het beroep op gewichtige redenen dan ook (steeds) mag honoreren. De vraag is of we hier nu te maken hebben met een fundamentele discussie of een meer praktische. Begrijp ik Wattel (conclusie onder 4.21 en 4.22) goed, dan is hij het met het materiële resultaat van de rechtspraak van de Afdeling en de Centrale Raad niet oneens en deelt hij de visie dat ook bestuursorganen zich in vertrouwelijkheid intern en extern juridisch mogen laten adviseren. Mijn opvatting is dat in de verhouding overheid – burger het door de burger kennis mogen nemen van alle interne en externe adviezen een scheefgroei zou doen ontstaan. De burger moet vanzelfsprekend kennis kunnen nemen van alle *inhoudelijke* adviezen waar het bestuursorgaan bij zijn besluitvorming van kennis heeft kunnen nemen en die daarom bij de besluitvorming betrokken zijn geweest of dat hadden moeten zijn. Het gaat dan om adviezen waarbij inhoudelijke deskundigheid een rol speelt, zoals het advies van de verkeersdeskundige over de verkeersveiligheid bij een uitritvergunning, het advies van een stedenbouwkundige bij een bouwvergunning of het medisch advies in geval van een uitkering. Adviezen die zien op de eigen standpuntbepaling van het bestuursorgaan en die, als het goed is, mede op de inhoudelijke adviezen zullen zijn gebaseerd, hebben in die gedachtegang geen betrekking op de zaak, maar slechts op de beoordeling en besluitvorming van het bestuursorgaan. Deze gedachtegang sluit aan bij de gedachte van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob), dat op het uitgangspunt van de wet dat overheidsinformatie in beginsel openbaar is (‘openbaarheid, tenzij’) een uitzondering moet worden gemaakt voor documenten bestemd voor intern beraad, die persoonlijke beleidsopvattingen van de opstellers daarvan bevatten (art. 11 Wob). De gedachte daarachter is, zo heeft de Afdeling bestuursrechtspraak meerdere malen overwogen:

‘de bescherming van de vrije meningsvorming, het belang om in vertrouwelijke sfeer te kunnen “brainstormen” zonder vrees voor gezichtsverlies, en het kunnen waarborgen dat bij de primaire vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten. Ook opvattingen van hen die van buiten in de sfeer van het interne beraad zijn betrokken vinden ingevolge deze bepaling de vorenbedoelde bescherming (Kamerstukken 19 859, nr. 3, p. 14 en 38).

²⁸ ABRvS 5 november 2003, AB 2004, 176 m.nt BdW, ABRvS 20 februari 2008, LJN BC4693 en Voorzieningenrechter CRvB 25 februari 2008, AB 2008, 254 m.nt. Tollenaar. De Afdeling heeft deze rechtspraak na de uitspraak van de Hoge Raad bevestigd; zie ABRvS 10 december 2008, LJN BG 6429.

²⁹ Zie zijn publicaties in voetnoot 12.

Voorts kunnen onder het begrip persoonlijke beleidsopvattingen naast opvattingen van bewindslieden, bestuurders en ambtenaren, ook opvattingen en meningen vallen van meer personen, een groep personen of rechtspersonen (Kamerstukken 19 859, nr. 6, p. 15 en 16).³⁰

Als met een 'Wob-blik' wordt gekeken naar de vraag of interne adviezen, vervat in beslisnota's of juridische analyses, wel aan partijen in het bestuursproces moeten worden gegeven, rijst de vraag welk de gedachtegang van artikel 11 Wob overstijgend belang er toe zou moeten leiden dat die adviezen tot de op de zaak betrekking hebbende stukken moeten worden gerekend en waarom zij, bijzondere gevallen daargelaten, dan ook in het voor alle partijen toegankelijke dossier moeten worden gevoegd.³¹ Mijn opvatting is dat het belang van een burger om meer inzicht in de procespositie van zijn tegenpartij de overheid te krijgen niet zo zwaarwegend en bezien vanuit de wens van ongelijkheidcompensatie noodzakelijk is dat stukken die dergelijke adviezen bevatten onder het bereik van artikelen 7:4/8:42 Awb zouden moeten vallen.

Een andere vraag die speelt is of bij procedures waar meerdere aanvragers bij zijn betrokken de dossiers van *andere aanvragers* ook zijn aan te merken als op de zaak betrekking hebbend. Een bekend voorbeeld is het geval waarin aanvragen voor subsidieprojecten kunnen worden ingediend en het voor subsidietoekenningen beschikbare bedrag beperkt is. Die vraag heeft prominent gespeeld in een zaak waarin twee hoogleraren in het recht opkwamen tegen de afwijzing van een subsidieaanvraag van NWO. In dat geval was een wel subsidiabel geachte aanvraag afgewezen omdat deze na een beoordeling van de aanvraag door een beoordelingscommissie lager dan andere op een prioriteringslijst werd geplaatst. De rechtbank Arnhem was van oordeel dat stukken die betrekking hadden op wel gehonoreerde voorstellen (zoals de aanvraag, het oordeel van referenten, preadviezen en het verslag van de beoordelingscommissie) wel als op de zaak betrekking hebbende stukken moeten worden aangemerkt omdat 'om de rechtmatigheid van die prioritering te kunnen beoordelen, (...) op zijn minst enig inzicht nodig (is) in de andere subsidieaanvragen en in de daarover gegeven oordelen'.³² Voor deze opvatting is het nodige te zeggen. In eerdere uitspraken is het CBb er vanuit gegaan dat bij tenders de stukken uit andere dossiers niet op de zaak van de afgewezen aanvrager betrekking hebben. Informatie daarover zouden betrokkenen kunnen krijgen door een beroep op de Wob of doordat de rechter daar met gebruikmaking van zijn bevoegdheid inlichtingen te vragen om vraagt.³³ Als bij de weigering een aanvraag te honoreren een vergelijking wordt gemaakt met andere aanvragen is het mijns inziens redelijk om de dossiers van de andere aanvragers als op de zaak betrekking

30 ABRvS 18 februari 2009, AB 2009, 160 m.nt. P.J. Stolk. Zie voor adviezen van externe advocaten bijvoorbeeld ABRvS 26 november 2008, AB 2009, 25 en voor toepassing van art. 11 Wob ABRvS 27 mei 2009, AB 2009, 232 m.nt. Muriel van Oorspronk.

31 Als iedere keer bij dergelijke stukken een beroep op art. 8:29 Awb moet worden gedaan en dat verzoek steeds wordt gehonoreerd gaat het om een theoretische discussie.

32 Rb. Arnhem 21 januari 2008, AB 2008, 46 m.nt. Michiels.

33 CBb 15 december 1999, AB 2000, 109 m.nt. JHvdV en CBb 18 november 1998, AB 1999, 120 m.nt. JHvdV.

hebbend te beschouwen. Vindt evenwel geen vergelijking met andere aanvragers plaats, maar bijvoorbeeld met bestaande projecten in het algemeen, dan ligt dat anders.³⁴ In geval van tenders, maar ook bij subsidies voor commerciële instellingen zal vervolgens moeten worden bezien of gewichtige redenen zich tegen het anders dan aan de rechter verstrekken van de documenten verzetten.

4 Gewichtige redenen³⁵

De wetgever heeft aangegeven dat er bij de toepassing van artikel 8:29 Awb drie belangen aan de orde zijn: het belang dat partijen over en weer over zo veel mogelijk relevante informatie kunnen beschikken om de door hen gewenste positie in de procedure in te nemen, het belang dat de rechter over alle informatie beschikt die nodig is om de door hem voorgelegde zaak op juiste en zorgvuldige wijze af te doen en het belang dat bepaalde gegevens niet, of in beperkte mate, openbaar worden. Artikel 8:29 Awb beoogt aan deze uitlopende belangen recht te doen.³⁶

Artikel 8:29 Awb heeft in verschillende opzichten een relatie met de Wob. In de eerste plaats bepaalt artikel 8:29, tweede lid, Awb dat gewichtige redenen 'voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig (zijn), voor zover ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken, in te willigen'. De Wob vormt daarmee de ondergrens. Overigens komt het niet vaak voor dat de rechter zijn oordeel dat beperkte kennisneming niet toelaatbaar is uitsluitend baseert op een analyse van de vraag of de Wob tot openbaarmaking verplicht.³⁷ In de tweede plaats staat artikel 8:29 Awb evenmin als artikel 7:4 Awb aan toepassing van de Wob in de weg. Deze artikelen vormen geen bijzondere openbaarmakingsregeling die de Wob opzij zet, omdat zij regels geven over de toegang van partijen tot informatie tijdens een gerechtelijke procedure en niet over openbaarmaking van informatie.³⁸ Ten slotte blijkt uit de rechtspraak van de verschillende bestuursrechters dat zij bij de invulling van het begrip 'gewichtige redenen' vrijwel steeds aansluiting zoeken bij de uitzonderingen en beperkingen die de Wob in artikelen 10 en 11 noemt. In zekere zin vormt de Wob zo ook de bovengrens.

Er bestaat geen eenduidigheid in de benadering van de verschillende hoogste bestuursrechters van de vraag of een verzoek tot beperkte kennisneming kan worden ingewilligd. De Afdeling bestuursrechtspraak volstaat met een mededeling

³⁴ Rb. Utrecht 25 september 2009, LJN BJ8852.

³⁵ Zie hierover uitvoerig Daalder, a.w., p. 281-287.

³⁶ Memorie van toelichting, PG Awb II, p. 417.

³⁷ Zie voor een voorbeeld Rb. Maastricht 27 maart 2009, LJN BH9318 (ten onrechte een beroep gedaan op bedrijfsgegevens).

³⁸ ABRvS 26 juli 1999, JB 1999, 226. Omgekeerd is volgens vaste rechtspraak het feit dat een Wob-verzoek dat wordt gedaan met het oog op het gebruik van de informatie in een bestuursrechtelijke procedure niet relevant voor de beoordeling van dat verzoek; zie bijvoorbeeld ABRvS 25 maart 2009, AB 2009, 141 m.b.t. onderliggende stukken bij een ambtsbericht van het ministerie van Buitenlandse Zaken in een vreemdelingenzaak, die door de rechter op grond van art. 8:45 Awb kunnen worden opgevraagd.

van de beslissing in een brief, zonder dat de beslissing wordt gemotiveerd.³⁹ De Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven leggen de beslissing in een afzonderlijke (tussen)uitspraak vast. De Centrale Raad maakt daarbij een afweging tussen het belang bij beperking van de kennisneming en het belang dat de ‘dat de rechter zich bij zijn onderzoek en vaststelling van de feiten in beginsel alleen mag baseren op gegevens van feitelijke aard waarvan partijen de juistheid en de volledigheid hebben kunnen nagaan en in het proces ter discussie hebben kunnen stellen.’⁴⁰ Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft een eigen toetsingskader:

‘Uit het derde lid van artikel 8:29 Awb volgt dat het College beslist of de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is. De vraag of sprake is van “gewichtige redenen” voor geheimhouding vergt, naar mede blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Awb, een afweging van belangen. Hierbij zijn enerzijds aan de orde het belang dat partijen over en weer gelijkkelijk beschikken over de voor de beslechting van het geschil relevante informatie en het belang dat de rechter beschikt over alle informatie die nodig is om de hem voorgelegde zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen; anderzijds speelt een rol dat openbaarmaking van bepaalde gegevens het belang van een derde onevenredig kan schaden.’

Het College onderzoekt of er sprake is van een ‘gerechtvaardigd, processueel belang’ voor de appellant bij openbaarmaking van de informatie en vervolgens of het bestuursorgaan voldoende zwaarwegende argumenten heeft aangedragen voor een geslaagd beroep op geheimhouding.⁴¹

Het is niet eenvoudig een duidelijke lijn in de beslissingen op grond van artikel 8:29, derde lid, Awb te ontwaren. Daartoe draagt niet bij dat rechterlijke colleges zelden dergelijke beslissingen publiceren. Vrijwel alle uitzonderingen en beperkingen van artikelen 10 en 11 Wob zijn wel eens aan een beslissing tot geheimhouding ten grondslag gelegd.⁴² Zo worden het belang van bronbescherming en het belang bij het vertrouwelijk blijven van onderzoeksmethoden vaak als gewichtige redenen aanvaard.⁴³ Datzelfde geldt voor bedrijfsvertrouwelijke gegevens, zoals bijvoorbeeld gegevens ter onderbouwing van de uitvoerbaarheid van een bestemmingsplan.⁴⁴ Ook als internationale betrekkingen in het geding zijn wordt een beroep op artikel 8:29 meestal geaccepteerd.⁴⁵ Hetzelfde geldt voor informatie bij veiligheidsdiensten.⁴⁶

39 Vergelijk, ABRvS 27 juli 2005, AB 2006, 27 m.nt. Damen.

40 CRvB 29 januari 2004, JB 2004/132.

41 CBb 9 januari 2009, JB 2009/105

42 Zie voor veel voorbeelden Daalder, a.w., p. 283-284, met de constatering dat geen verschil wordt gemaakt tussen absolute en relatieve weigeringsgronden.

43 ABRvS 8 april 2009, JB 2009/133.

44 ABRvS 27 juli 2005, AB 2006, 27 m.nt. Damen.

45 ABRvS 26 oktober 2009, JV 2009/479 (MoU tussen Nederland en Somalië over terugkeer van asielzoekers). Zie ook CBb 15 juni 2006, JB 2005/263 m.nt. M.O.-V. In deze uitspraak wordt ook een beroep op art. 11 Wob als een rechtvaardiging voor beperkte kennisname geacht.

46 ABRvS 14 april 2009, JV 2009/233.

De indruk bestaat wel dat de rechter steeds kritischer wordt ten opzichte van bestuursorganen die een beroep op artikel 8:29 Awb doen. Een voorbeeld biedt de hiervoor genoemde kwestie rond de door NWO afgewezen aanvraag van de twee hoogleraren. Nadat de rechtbank had beslist dat de dossiers van de wel toegekende aanvragen tot de op de zaak betrekking hebbende stukken behoren, werd een aantal stukken in geanonimiseerde vorm aan de hoogleraren verstrekt. De verdere discussie spitste zich toe op de aanvragen, de rapporten van referenten en de weerwoorden van de aanvragers op de referentenrapporten. Het beroep op geheimhouding van de aanvragen werd gemotiveerd met de stelling dat kennisneming van de daaraan ten grondslag liggende onderzoeksideeën en gedachtegoed, doorgaans verworven door middel van zware persoonlijke investeringen, zou kunnen leiden tot het overnemen van ideeën en gedachtegoed hetgeen de aanvragers onevenredig zou schaden. De rechtbank achtte dat een genoegzame onderbouwing. De weigering van de referentenrapporten werd onderbouwd met de stelling dat bij openbaarmaking daarvan referenten in de toekomst niet meer bereid zouden zijn aan een dergelijke aanvraagronde mee te werken en het belang dat de andere aanvragers door het bekend worden van eventuele kritiek van referenten op hun voorstel onevenredig zouden worden benadeeld. De rechtbank was van mening dat die belangen niet a priori zwaarder dan 'het belang van een rechtzoekende om de motivering het door hem bestreden besluit te doorgronden' wogen. Voor de weerwoorden gold hetzelfde, aldus de rechtbank.⁴⁷ Naarmate er sprake is van een meer belastend besluit, zoals bijvoorbeeld een last onder dwangsom, zal een beroep op artikel 8:29 Awb minder snel worden geaccepteerd. Een voorbeeld is een geval waarin het College van Beroep voor het bedrijfsleven voor de vraag stond of dat namen, adresgegevens en andere identiteitsgegevens van getuigen, die verklaringen ten opzichte van opsporingsambtenaren hadden afgelegd moesten worden verstrekt. Het bestuursorgaan had gevraagd om geheimhouding met de motivering dat betrokkenen in 'het belang van de opsporing vrijelijk tegenover opsporingsambtenaren moeten kunnen verklaren zonder angst dat hun gegevens later aan openbaarheid worden prijsgegeven of zonder dat zij hoeven te vrezen voor bijvoorbeeld represailles'. Volgens het College was dat belang 'in haar algemeenheid onvoldoende om reeds daarom een voldoende zwaarwegend belang bij beperking van de kennisneming op grond van privacy of veiligheid aanwezig is te achten'.⁴⁸

De '8:29-regeling' kent nog wel een paar onvolkomenheden. De regeling is niet toegeschreven op meerpartijen-geschillen.⁴⁹ Het is mogelijk dat een of meer van de bij het geschil betrokken partijen, bijvoorbeeld de geadresseerde(n) van het bestreden besluit, wel kennis mogen nemen van alle stukken, maar een of meer derdebelanghebbenden niet. Die situatie doet zich voor wanneer zich bij de op de zaak betrekking hebbende stukken bedrijfsvertrouwelijke informatie met betrekking tot degene(n) op wie het besluit betrekking heeft bevindt. Een voorbeeld is het geval waar de NMa een concentratie tussen twee ondernemingen goedkeurt en een

47 Rb. Arnhem 23 juni 2009, *JB* 2009/190 m.nt. Schlössels.

48 CBb 9 januari 2009, *JB* 2009/105.

49 Zie daarover uitgebreid E.C. Pietermaat, 'Processuele openbaarheid', in: *Toegang tot de rechter; processuele openbaarheid en belang*, Preadviezen Jonge VAR 2003, p. 42-45.

aantal concurrenten daartegen bij de bestuursrechter opkomt. In dat geval kan één derde-belanghebbende door het onthouden van toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, Awb voorkomen dat de rechter kennis neemt van informatie die van belang is voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit en waarvan het in het belang van andere partijen is dat de rechter daarvan vertrouwelijk kennisneemt. De oplossing hiervoor is dat de zaken van de verschillende derde-belanghebbenden worden gesplitst, hetgeen buitengewoon omslachtig is. Een enigszins andere situatie doet zich voor wanneer in een geschil met meerdere partijen niet de derde, maar de partij op wiens gegevens het vertrouwelijk te houden document ziet toestemming weigert. In dat geval kent de betrokken partij vanzelfsprekend zijn eigen gegevens en wordt hij door de vertrouwelijke kennisneming niet benadeeld. Toch komt het wel voor dat de partij om strategische redenen toestemming onthoudt. Voor dat geval heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven beslist dat het toestemmingsvereiste niet geldt, omdat artikel 8:29, vijfde lid, Awb er toe strekt te voorkomen dat de rechter zonder toestemming uitspraak doet op basis van stukken die een partij niet kent.⁵⁰

Verder geldt de regeling van artikel 8:29 Awb, blijkens de tekst van het eerste lid, alleen voor zover het gaat om stukken ten aanzien waarvan de *verplichting* bestaat deze over te leggen.

De verplichting tot het overleggen van op de zaak betrekking hebbende stukken geldt alleen voor bestuursorganen.⁵¹ Verder geldt een verplichting in alle gevallen waarin de rechter een partij of bepaalde derden (andere bestuursorganen en werkgevers; zie art. 8:45 Awb) om inlichtingen verzoekt. Er kunnen zich ook gevallen voordoen waarin een partij, zonder dat daarvoor een verplichting bestaat, een gerechtvaardigd belang heeft om ook stukken met een verzoek om beperkte kennisneming in het geding te brengen. Te denken valt aan documenten met persoonlijke of bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Voor bestuursorganen zou in geval waarin door een partij een beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt gedaan behoefte kunnen bestaan informatie uit een (vertrouwelijk) ander dossier over te leggen. Daarvoor zou aanpassing van artikel 8:29, eerste lid, Awb nodig zijn.

De beslissing van de rechtbank op een artikel 8:29-verzoek is een tussenbeslissing, waartegen gelet op artikel 8:70 Awb geen tussentijds hoger beroep openstaat.⁵² Dat heeft tot gevolg dat in hoger beroep opnieuw een oordeel moet worden gegeven over de met de beslissing op een verzoek tot geheimhouding verband houdende vragen.⁵³ Tenslotte ontbreekt in de Awb een bepaling waaruit volgt dat wanneer het geschil een beslissing van de overheid over de openbaarmaking van een document betreft, ten aanzien van het bewuste document per definitie de regel van beperkte kennisneming geldt en de procedure van artikel 8:29 Awb niet be-

50 CbB 6 januari 2006, LJN AV0031.

51 In een bijzonder geval zou een andere partij een verzoek om inlichtingen door de rechter kunnen 'uitlokken' en dan vervolgens ook een beroep op art. 8:29, eerste lid, Awb kunnen doen.

52 HR 14 september 2007, BNB 2008/51.

53 ABRvS 11 mei 2000, AB 2000, 305 en CRvB 31 maart 2006, JB 2006/132 m.nt. NV.

hoeft te worden gevolgd.⁵⁴ Kennisneming door de rechter van de vertrouwelijke stukken is overigens wel noodzakelijk om het besluit te kunnen beoordelen. Zo mag de rechter zich, zeer bijzondere situaties daargelaten,⁵⁵ alleen een oordeel vormen over de rechtmatigheid van een besluit waarbij afwijzend op een verzoek om informatie is beslist als hij kennis neemt van de stukken waar de weigering op betrekking heeft.⁵⁶ Kennisneming kan overigens alleen buiten aanwezigheid van partijen. In het verleden maakte de rechter wel gebruik van de mogelijkheid om het bestuursorgaan buiten aanwezigheid van de andere partij(en) in een besloten zitting te horen om zodoende vragen te kunnen stellen over vertrouwelijke stukken. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft aan die praktijk een einde gemaakt.⁵⁷

5 Conclusie

De verplichting voor bestuursorganen de op de zaak betrekking hebbende stukken ter inzage te leggen is een fundamenteel beginsel van ons bestuursprocesrecht, dat garandeert dat een bestuursrechtelijk geschil kan worden behandeld volgens de normen van een eerlijk proces. Terecht wordt een bestuursorgaan dat weigert aan deze verplichting te voldoen door de rechter daaraan gehouden op straffe van vernietiging van het bestreden besluit.⁵⁸ De contouren van het begrip 'op de zaak betrekking hebbende stukken' staan vast. Discussie is er nog over interne voor de besluitvorming van (de bestuurders in) het bestuursorgaan zelf opgemaakte stukken en de vraag wanneer stukken uit andere dossiers in tenderprocedures ook betrekking hebben op de zaak. De rechtspraak over de vraag wanneer een bestuursorgaan een beroep op artikel 8:29 Awb kan doen is vanwege de beperkte toegankelijkheid niet eenvoudig te analyseren. Wel is duidelijk dat de in de Wob opgenomen uitzonderingen en beperkingen daar als regel het toetsingskader vormen. Ten aanzien van artikel 8:29 Awb zijn er nog enkele technische kwesties,⁵⁹ die mogelijk bij een toekomstige wetwijziging zouden kunnen worden meegenomen.

54 Art. 12 lid 3 van het Procesreglement bestuursrechtelijke colleges bevat voor Wob-zaken nu al een dergelijke regeling, maar is formeel niet van toepassing op geschillen over de toegang tot informatie in andere wetten. De Procesregeling bestuursrecht 2008, die geldt voor de eerste lijn, bevat geen regeling. Het gevolg is dat in elke Wob-zaak een formeel verzoek moet worden gedaan, waar een formele beschikking op volgt, waarvan de inhoud op voorhand vanzelfsprekend vast staat. Kennisneming door de rechter van de vertrouwelijke stukken is wel noodzakelijk voor het besluit.

55 ABRvS 25 november 1999, *AB* 2000, 393 m.nt. SZ. Zie ook ABRvS 3 mei 2006, *JB* 2006/208 (verplichting tot bronbescherming van AIVD geldt niet ten opzichte van de rechter).

56 ABRvS 20 maart 1995, *AB* 1995, 364 m.nt. AFMB, ABRvS 3 mei 2006, *JB* 2006, 208 en HR 25 november 2002, *Gst.* 2003, 7183.

57 ABRvS 9 juli 2003, *JB* 2003/254 m.nt. AMLJ.

58 CRvB 28 november 2006, *JB* 2007/43 met uitvoerige noot Keinemans.

59 Wanneer de rechter ten onrechte stukken aan de appellant doorstuurt verzet art. 8:70 Awb zich er tegen dat de rechter de appellant opdraagt die stukken terug te sturen (ABRvS 28 juli 2007, *JB* 2007/190). Vraag is of het zinvol is voor dit geval een regeling in de wet te treffen.

