

De nieuwe Wob: vergaande openbaarmaking van publieke en semipublieke informatie

*Mr. S.M. Peek en mr. W.H.S. Duinkerke**

Inleiding

De Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob) staat de laatste tijd volop in de belangstelling. Een wetsvoorstel voor een nieuwe Wob, afkomstig van voormalig Kamerlid Mariko Peters (GroenLinks), is thans aanhangig in de Tweede Kamer (hierna: het Voorstel).¹ Hoewel het systeem van de Wob grotendeels blijft bestaan, behelst het Voorstel een complete makeover van de huidige Wob en beoogt het de huidige Wob geheel te vervangen.

De ingrijpende wijzigingen ten aanzien van de openbaarheid van informatie zullen alle partijen treffen 'waaronder onder toezicht staande ondernemingen' die informatie delen met overheidsinstanties – en straks mogelijk ook semioverheidsinstanties – die vallen binnen de reikwijdte van de Wob en op grond daarvan bepaalde informatie openbaar maken. Uiteraard raken de wijzigingen ook die instanties zelf. Aanleiding voor het Voorstel is volgens de memorie van toelichting onder meer dat burgers en bedrijven behoefte hebben aan meer openbaarheid. Daarnaast zou meer openbaarheid de kansen vergroten om economische munt te slaan uit publieke informatie.

In deze bijdrage bespreken wij het Voorstel, waarbij we met name zullen stilstaan bij enkele in het oog springende wijzigingen ten opzichte van de huidige Wob. Achtereenvolgens wordt ingegaan op het nieuwe uitgangspunt van meer actieve openbaarmaking en het bijhouden van een register van documenten, de beperking van de uitzonderingsgronden voor het verstrekken van informatie, de uitbreiding van de instanties waarop de Wob van toepassing is, de bevoegdheden van een nieuw te creëren functie, de Informatiecommissaris, en ten slotte wordt in de afsluiting vooruitgeblikt op aanneming van het Voorstel, onder meer gezien het kritische rapport van de Raad van State dat recent verscheen.

Meer actieve openbaarmaking en het bijhouden van een register van documenten

Een van de speerpunten van het Voorstel is dat meer informatie actief openbaar gemaakt wordt, dus ook zonder een verzoek om de betreffende informatie. Dit sluit aan bij het uitgangspunt van het Voorstel dat burgers en bedrijven een *recht* hebben op openbaarheid van informatie.

In de huidige Wob is reeds bepaald dat bestuursorganen uit eigen beweging informatie openbaar maken over het beleid, waaronder de voorbereiding en uitvoering daarvan, zodra zij dat in het belang van een goede en democratische bestuursvoering achten (art. 8 en 9 Wob).² Bestuursorganen hebben in dat kader een aanzienlijke mate van beoordelingsvrijheid. Volgens de toelichting bij het Voorstel is dit te vrijblijvend en zijn aanwijzingen nodig ten aanzien van de soorten informatie die met name belangrijk zijn om openbaar te maken.³

Het Voorstel bepaalt dat organen actief informatie openbaar moeten maken over het beleid, de voorbereiding, uitvoering, naleving, handhaving en evaluatie bij de uitvoering van hun taak (art. 3.1 Voorstel). Overheidsorganen worden bovendien verplicht om een elektronisch toegankelijk openbaar register bij te houden van bij het overheidsorgaan berustende informatie. Daarbij moet toegang worden geboden tot die documenten, althans moet worden aangegeven op welke manier toegang verkregen kan worden (art. 3.2 Voorstel). Volgens de memorie van toelichting is dit doel tweeledig: (1) burgers kunnen makkelijker specificeren tot welk document zij toegang willen en (2) het stimuleert overheidsorganen om meer informatie 'vrijwillig' openbaar te maken, omdat de eerste stappen tot openbaarmaking dan feitelijk al genomen zijn.⁴

Opgemerkt wordt dat deze verplichting om een register bij te houden alleen van toepassing is op 'overheidsorganen' en niet

* Mr. S.M. Peek is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam. Mr. W.H.S. Duinkerke is advocaat bij Clifford Chance.

1. Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nrs. 2 en 3.

2. Daarnaast kennen nu enkele bijzondere wetten een specifieke regeling voor actieve openbaarmaking van bepaalde besluiten, zoals een bestuurlijke boete of last onder dwangsom, bijvoorbeeld door de NMa op de voet van art. 65 Mededingingswet of door DNB of de AFM uit hoofde van art. 1:97 of 1:99 Wet op het financieel toezicht.

3. Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 29.

4. Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 29-30.

op de ruimere categorie 'organen' (en dus niet op de semipublieke sector, waarover hierna meer) (art. 3.2 Voorstel). Volgens de toelichting bij het Voorstel zou de registerplicht vooralsnog te grote administratieve lasten met zich brengen voor de semipublieke sector, die nog geen ervaring heeft met de Wob. Het woord *vooralsnog* doet echter vermoeden dat deze uitzondering naar het idee van de opstellers van het Voorstel tijdelijk zou moeten zijn.⁵

Het Voorstel wijst bepaalde categorieën informatie aan die in elk geval actief openbaar gemaakt moeten worden. Dit betreft onder meer wetten en andere algemeen verbindende voorschriften, bepaalde vergaderstukken, emissiegegevens, de bereikbaarheid van instanties en de wijze waarop verzoeken om informatie ingediend kunnen worden (art. 3.3 lid 1 Voorstel). Voor deze categorieën informatie geldt bovendien dat de uitzonderingsgronden voor openbaarmaking niet van toepassing zijn. Daarnaast zijn er categorieën informatie aangewezen die eveneens uit eigen beweging openbaar gemaakt dienen te worden, maar waarbij de openbaarmaking wel getoetst mag worden aan de uitzonderingsgronden (die hierna worden besproken). Voorbeelden hiervan zijn bepaalde ingekomen stukken, adviezen, convenanten en beleidsovereenkomsten, agenda's en besluiten van onder meer de ministerraad, provinciale staten en colleges van burgemeester en wethouders, beslissingen over uitgaven hoger dan EUR 250.000 en rapporten die tot stand zijn gekomen in het kader van toezicht (art. 3.3 lid 2 Voorstel).

Deze laatste categorie kan mogelijk verstrekkende gevolgen hebben voor onder toezicht staande ondernemingen aangezien deze enerzijds verplicht kunnen zijn bepaalde informatie aan hun toezichthouder te verstrekken, terwijl ze anderzijds minder mogelijkheden hebben om openbaarmaking van dergelijke informatie tegen te houden. Dit geldt uiteraard des te meer indien het rapport zich negatief uitlaat over de betreffende onderneming.

De controle op de naleving van de actieve openbaarmakingsplicht gebeurt door de organen zelf en door de Informatiecommissaris (waarover hierna meer). De naleving van deze verplichting kan volgens de memorie van toelichting niet door burgers of bedrijven worden afgedwongen bij de rechter. Als een burger of bedrijf toegang tot bepaalde informatie wenst, is het indienen van een verzoek om die informatie nog steeds de aangewezen weg.⁶

Voor de registerplicht is een overgangsregime in het Voorstel opgenomen. Deze verplichting zal slechts betrekking hebben op documenten die een overheidsorgaan onder zich krijgt na inwerkingtreding van het Voorstel (art. 10.2 Voorstel). Bovendien krijgen overheidsorganen vijf jaar de tijd om het register op te zetten (art. 10.3 Voorstel). Voor het overige bevat het Voorstel vooralsnog geen overgangsbepalingen, hetgeen moge-

lijk zou kunnen betekenen dat documenten die nu aan overheidsorganen worden verstrekt vanaf inwerkingtreding van het Voorstel onder nieuwe, ruimere criteria openbaar kunnen of misschien zelfs moeten worden gemaakt.

De beperking van de uitzonderingsgronden

Aansluitend op het uitgangspunt dat meer informatie door overheidsorganen openbaar gemaakt moet worden, beperkt het Voorstel ten opzichte van de huidige Wob eveneens de gevallen waarin een beroep kan worden gedaan op uitzonderingsgronden voor openbaarmaking.

Onder de huidige Wob is een aantal uitzonderingsgronden absoluut, wat betekent dat enkel aangetoond hoeft te worden dat die uitzonderingsgrond van toepassing is, zonder dat daarbij een belangenafweging hoeft plaats te vinden. Hier wordt met het Voorstel verandering in gebracht. Alle uitzonderingsgronden worden relatief, waardoor openbaarmaking enkel nog kan worden geweigerd indien (1) een van de limitatief opgesomde belangen ernstig wordt geschaad en (2) wordt voldaan aan het nieuwe criterium dat een ander zwaarwegend algemeen belang, zoals het belang van openbare veiligheid, de volksgezondheid of het milieu, niet toch openbaarheid vergt.⁷

Een ander belangrijk verschil met de huidige Wob betreft het vervallen van de uitzonderingsgrond van de onevenredige benadeling (art. 10 lid 2 sub g Wob). Op dit moment wordt deze grond veelvuldig aangevoerd om afwijzing van openbaarmakingsverzoeken te bewerkstelligen, onder meer ingeval openbaarmaking van commerciële afspraken de onderhandelingspositie van de betrokken partij voor toekomstige contracten zou ondermijnen, bij dreigende reputatieschade of wanneer sprake is van onevenredig nadeel voor de betrokkene bij openbaarmaking van opgelegde bestuurlijke sancties.⁸ In de praktijk is dit ook wel de 'restgrond' voor het geval dat de andere uitzonderingsgronden niet van toepassing zijn.

In verband met het vervallen van de uitzonderingsgrond van de onevenredige benadeling is een aantal andere uitzonderingsgronden aangepast ten opzichte van de huidige Wob. Zo worden economische belangen onder de huidige Wob beschermd door de 'restgrond' en de absolute uitzonderingsgrond van bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld of verstrekt (art. 10 lid 2 sub g en lid 1 sub c Wob). In het Voorstel worden deze belangen voortaan beschermd door de uitzonderingsgrond van de geheimhouding van concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens en andere economische belangen van derden (art. 5.1 lid 1 sub h Voorstel). Dit betekent dat niet langer hoeft te worden vastgesteld of informatie bedrijfs- en fabricagegegevens bevat. Het criterium wordt of de openbaarmaking van bepaalde informatie leidt tot ernstige economische schade. Dit zou onder meer het geval kunnen zijn bij offertes of informatie over de strategie van een bedrijf.

5. Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 27.

6. Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 31.

7. Art. 5.1 Voorstel, Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 35 en 36.

8. Zie bijv. Rb. Groningen 17 januari 2008, LJN BC3433.

Een ingrijpende verandering ten opzichte van de huidige Wob is verder dat het Voorstel tot uitgangspunt neemt dat een toegepaste uitzonderingsgrond vijf jaar na het ontstaan van het relevante belang niet meer in de weg staat aan openbaarmaking, tenzij het orgaan wederom een besluit neemt om de uitzonderingsgrond in stand te laten (art. 5.1 lid 3 Voorstel). De toelichting bij het Voorstel voegt hieraan toe dat deze bepaling geenszins betekent dat het belang om informatie niet te openbaren niet eerder kan komen te vervallen.⁹ Dit betekent dat partijen die er belang bij hebben dat bepaalde informatie niet openbaar wordt gemaakt, ook nadat een Wob-verzoek is afgewezen alert moeten blijven en wellicht stappen moeten ondernemen om ervoor te zorgen dat dergelijke informatie niet als nog openbaar wordt.

De uitbreiding van de instanties waarop de Wob van toepassing is

Het Voorstel voorziet in een aanzienlijke uitbreiding van de instanties waarop de Wob van toepassing is. Waar de huidige Wob zich beperkt tot *bestuursorganen*, zal dit onder de nieuwe Wob worden uitgebreid tot *overheidsorganen*; een nieuwe, ruimere definitie die de definitie van bestuursorgaan overneemt uit de Algemene wet bestuursrecht, maar zonder de uitzonderingen. Bovendien trekt het Voorstel semipublieke instanties onder de Wob door te bepalen dat de wet eveneens van toepassing is op onder meer organen van privaatrechtelijke rechtspersonen of instellingen met een jaarlijks inkomen van meer dan EUR 100.000 die wegens hun wettelijke taak, het feit dat ze met publiek geld worden gefinancierd of het door hen behartigde publieke belang zijn opgenomen in Bijlage 1 bij het Voorstel.¹⁰

Door deze uitbreiding van de reikwijdte zullen onder meer de Staten-Generaal, de Raad van State (met uitzondering van de Afdeling bestuursrechtspraak) en semipublieke instanties, zoals onderwijsinstellingen, publieke omroepen, woningcorporaties, energie- en gasnetbeheerders en goede doelen, onder het Voorstel vallen. Een ander voorbeeld betreft zorgverzekeraars, aangezien zij, wanneer zij de markt betreden, worden geacht een wettelijke taak te vervullen en zich aan bepaalde wettelijke voorwaarden dienen te houden.¹¹

Zoals gezegd hoeft niet alle informatie bij semipublieke instanties openbaar te worden gemaakt. Bedacht dient namelijk te worden dat de informatie die in het bezit is van een semioverheidsorganisatie slechts onder het Voorstel valt voor zover deze organisatie valt onder de reikwijdte van de wet, dus alleen in zoverre die informatie verband houdt met de bekostiging van de betreffende organisatie, de wettelijke taak die de organisatie uitvoert of het publieke belang dat de organisatie

behartigt.¹² Dit zou bijvoorbeeld betekenen dat een zorgverzekeraar in principe niet verplicht kan worden een contract met zijn verbouwingsaannemer openbaar te maken, maar dat dit mogelijk wel geldt voor een rapport over de naleving van zijn verplichting om geen burgers te weigeren te verzekeren.

Verder valt op dat de algemene maatregel van bestuur zal vervallen die onder de huidige Wob tot gevolg heeft dat bijvoorbeeld De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (hierna: de AFM) zijn uitgesloten van de wet voor zover zij zijn belast met een aantal specifieke wettelijke taken.¹³ Dat lijkt echter deels te worden hersteld doordat in het Voorstel is neergelegd dat bepaalde artikelen uit, in dit voorbeeld, de Wet op het financieel toezicht gaan gelden als *lex specialis*. Hiermee wordt getracht het toezicht door de AFM en DNB weer gedeeltelijk aan de werking van het Voorstel te onttrekken.¹⁴ Los van de vraag of dit wetstechnisch kan, zou deze uitzondering voor informatie die verband houdt met werkzaamheden van DNB en de AFM zijn evenwel aanzienlijk minder ruim dan onder de huidige Wob. Onder meer werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet op het notarisambt zijn thans op grond van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob uitgezonderd van de Wob, maar worden niet als *lex specialis* erkend in het Voorstel.¹⁵

De bevoegdheden van een te creëren functie, de Informatiecommissaris

Om te verzekeren dat de beoogde cultuuromslag voor wat betreft betere en actievere toegang tot informatie daadwerkelijk zal plaatsvinden, voorziet het Voorstel in de benoeming van een zogeheten Informatiecommissaris. Deze dient onafhankelijk te zijn, wordt periodiek benoemd door de Tweede Kamer en bevordert de doelen van het Voorstel, onder meer door (1) het geven van voorlichting, (2) het monitoren en onderzoeken van de uitvoering van het Voorstel, (3) het opleiden van personen werkzaam bij organen die zijn belast met de uitvoering van het Voorstel, (4) het op verzoek of uit eigen beweging adviseren van organen over de uitvoering van het Voorstel en (5) het publiceren van richtsnoeren (art. 7.2 Voorstel).

De Informatiecommissaris zal eveneens de instantie zijn waarbij administratief beroep kan worden ingesteld tegen een besluit op grond van het Voorstel (art. 7.3 Voorstel). Tegen de beslissing van de Informatiecommissaris kan hoger beroep worden ingesteld bij de rechtbank. Onder de huidige Wob dient een belanghebbende bezwaar te maken bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen om informatie al dan

9. Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 37.

10. Art. 2.1 jo. art. 2.2 Voorstel en Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 20-27.

11. Bijlage 1 bij het Voorstel en Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 20-25.

12. Laatste bijzin van art. 2.2 lid 1 sub b Voorstel.

13. Het Besluit bestuursorganen WNo en Wob. Zie hierover Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 21.

14. Art. 8.8 Voorstel jo. nr. 18 uit Bijlage 2 bij het Voorstel.

15. Deze uitzondering is thans opgenomen in art. 1 Besluit bestuursorganen WNo en Wob, maar deze wetten zijn niet opgenomen als *lex specialis* in Bijlage 2 bij het Voorstel.

niet te openbaren, waarna eveneens beroep bij de rechtbank mogelijk is. Het (centrale) administratief beroep bij de Informatiecommissaris komt aldus in de plaats van de (lokale) bezwaarfase onder de huidige Wob. Het doel hiervan is dat enerzijds de beslissing over openbaarmaking sneller wordt genomen en anderzijds daarover eenvoudig een specialistisch oordeel kan worden verkregen.¹⁶

Ter afsluiting

Of het Voorstel zoals dit nu voorligt het tot wet maakt, valt de komende maanden te bezien. Ten aanzien van het Voorstel zijn ook kritische geluiden te horen. Zo verscheen in november 2012 het rapport van de Raad van State, dat behoorlijk wat opmerkingen maakt. Zo is de Raad van oordeel dat de knelpunten van de huidige Wob die in de toelichting worden gesignaleerd, niet zozeer te maken hebben met de wet zelf, maar meer met de uitvoering daarvan. Om die reden acht de Raad op die praktijk gerichte maatregelen meer gepast. Daarnaast is de Raad van oordeel dat te veel nadruk is komen te liggen op het recht op toegang tot overheidsinformatie en er te weinig rekening is gehouden met andere gerechtvaardigde belangen.¹⁷

Daarnaast is ook het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties bezig met een wetsvoorstel tot wetswijziging van de Wob, met als voornaamste doel het tegengaan van misbruik van de Wob. Het heeft hierover reeds een internetconsultatie gehouden.¹⁸ Dit voorstel is nog niet aanhangig gemaakt bij de Tweede Kamer. Het is niet ondenkbaar dat het wordt meegenomen bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de nieuwe Wob, dat naar aanleiding van het advies van de Raad van State vermoedelijk zal worden aangepast.

Hoe de openbaarmakingsregeling er uiteindelijk ook uit moge zien, het valt te verwachten dat de cultuur in Nederland in elk geval zal gaan richting steeds meer openbaarheid van overheidsinformatie. Ook in de landen om ons heen is een trend waarneembaar dat overheidsorganen meer en meer transparant (moeten) worden naar burgers en bedrijven.

Het kan voor ondernemingen daarom van belang zijn om al op dit moment bij het verstrekken van informatie aan publieke en semipublieke instanties te bedenken of het informatie betreft die mogelijk binnen de reikwijdte van het Voorstel valt. Indien dit zo is en er bezwaren tegen bestaan dat die informatie op enig moment openbaar gemaakt zou worden, kan het zaak zijn nu reeds zo veel mogelijk voorzorgsmaatregelen te treffen.

Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het op voorhand benadrukken dat informatie die verstrekt wordt bedrijfsvertrouwe-

lijk en/of concurrentiegevoelig is. Een andere mogelijkheid kan zijn vooraf met de betreffende instantie te proberen af te spreken dat de informatie wordt verstrekt in geanonimiseerde vorm of nadat de vertrouwelijke of niet-relevante informatie eruit is weggestreept. Aan dergelijke maatregelen doet natuurlijk niet af dat ook op grond van het Voorstel een onderneming op de hoogte wordt gesteld van een verzoek om informatie die op haar betrekking heeft of van hem afkomstig is en dat deze derde daarop een zienswijze naar voren kan brengen (art. 4.3 lid 3 en 4.4 lid 3 Voorstel).

16. Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 3, p. 55.

17. Advies van de Raad van State van 5 november 2012 (nog niet gepubliceerd als Kamerstuk), p. 10. Te vinden via <www.bigwobber.nl/wp-content/uploads/2012/11/advies-W04.12.0249.pdf>.

18. Zie <www.internetconsultatie.nl/wetaanpassingwob>.