

Is het Nederlandse recht op toegang tot overheidsinformatie EVRM-proof?

De houdbaarheid van de Wob en de Woo in het licht van artikel 10 EVRM

Mr. dr. N. Jak en mr. J. Tingen¹

In de rechtspraak van het EHRM en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) wordt steeds meer duidelijk hoe het leerstuk van toegang tot overheidsinformatie op grond van artikel 10 EVRM wordt ingevuld. In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre de Wob en de toekomstige Wet open overheid (Woo) in overeenstemming zijn met het recht op overheidsinformatie zoals dat voortvloeit uit artikel 10 EVRM. Daarbij wordt zowel naar het materiële openbaarheidsregime als naar de formele reikwijdte van de openbaarheidsregels gekeken. Geconcludeerd wordt dat er discrepanties bestaan tussen de Nederlandse materiële regels en artikel 10 EVRM maar dat de jurisprudentie van de ABRvS die discrepanties mogelijk wegneemt. Voor wat betreft de formele vraag tegen wie het recht op overheidsinformatie kan worden ingeroepen, kan het nationale regime nog aan kracht winnen. Wellicht ziet de wetgever gedurende de parlementaire behandeling van de Woo nog kans de nationale regels meer EVRM-proof te maken.

1. Inleiding

De vraag of aan artikel 10 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) een recht op openbaarmaking van overheidsinformatie kan worden ontleend, is al enkele decennia voorwerp van studie en debat.² Tot 2006 wees het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een eventueel recht op toegang tot overheidsinformatie op grond van artikel 10 EVRM systematisch af.³ Maar de tijdgeest veranderde en daarmee ook de interpretatie van artikel 10 EVRM. In het arrest *Sdruženi Jihočes-*

*ké Matky t. Tsjechië*⁴ erkende het EHRM voor het eerst dat er een inmenging in artikel 10 EVRM had plaatsgevonden doordat een overheidsorgaan een informatieverzoek niet had ingewilligd. Weliswaar werd door het EHRM geconcludeerd dat de inmenging in het licht van artikel 10 lid 2 EVRM gerechtvaardigd was, maar de kogel was door de kerk. In een aantal arresten in de jaren daarna wordt meer inzicht verschaft in deze nieuwe lijn. In dit verband kan onder meer worden verwezen naar het arrest *TASZ t. Hongarije*⁵ uit 2009 en vooral naar het belangwekkende arrest *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*⁶ uit 2016. In deze arresten wordt tot een ongerechtvaardigde inmenging in het recht op vrijheid van informatie geconcludeerd omdat de betrokken overheidsinstanties onterecht verzoeken tot openbaarmaking van overheidsinformatie hadden afgewezen.

1 Dit artikel is deels een bewerking van de masterscriptie van Jake Tingen getiteld: *De Wob voor waakhonden. Een onderzoek naar de spanningen tussen het recht op toegang tot overheidsinformatie uit art. 10 EVRM en de Wet openbaarheid van bestuur* (scriptie Leiden) 2017. De scriptie was genomineerd voor de Thoolen NJCM-scriptieprijs 2017.

2 E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 26 e.v.

3 Zie o.a. EHRM 7 juli 1989, nr. 10454/83, NJ 1991/659, (*Gaskin t. Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 15 juni 2004, nr. 73562/01 (*Sirbu e.a. t. Moldavië*)

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

5 EHRM 14 april 2009, nr. 37374/5 (*Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) t. Hongarije*), par. 37.

6 EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, AB 2017/1 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

In dit artikel staat de vraag centraal in hoeverre de nationale regels inzake openbaarheid van overheidsinformatie in overeenstemming zijn met het recht op overheidsinformatie zoals dat voortvloeit uit (de rechtspraak over) artikel 10 EVRM. Dit is een goed moment om die vraag voor het voetlicht te brengen. Daarvoor is allereerst van belang dat het EHRM in het betrekkelijk recente arrest *Magyar Helsinki Bizzotszag t. Hongarije* het recht op toegang tot overheidsinformatie op grond van artikel 10 EVRM echt voor het eerst met een uitgebreide motivering duidelijk heeft erkend.⁷ In de tweede plaats heeft ook de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) nog niet zolang geleden een aantal belangrijke uitspraken gedaan over hoe de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) zich verhoudt tot artikel 10 EVRM. Met name de welbekende uitspraak over de verslagen van de Ministeriële Commissie Crisisbeheersing over de vliegcrash met de MH17 is daarbij relevant.⁸ In dit artikel komt aan bod hoe die jurisprudentie in het licht van artikel 10 EVRM kan worden beoordeeld. Ten slotte is de onderhavige vraag urgent gelet op het wetsvoorstel Wet open overheid (Woo), dat de Wob moet gaan vervangen. Het wetsvoorstel van de huidige initiatiefnemers Snels en Van Weyenberg is op 19 april 2016 aangenomen door de Tweede Kamer.⁹ De behandeling in de Eerste Kamer is vooralsnog uitgesteld omdat wordt gewacht op de behandeling en afhandeling van een op 2 januari 2019 bij de Tweede Kamer ingediende *novelle* tot wijziging van het initiatiefvoorstel.¹⁰ Volgens de initiatiefnemers van het (oorspronkelijke) wetsvoorstel is het wetsvoorstel in overeenstemming met de ontwikkelingen op het gebied van toegang tot overheidsinformatie in het licht van artikel 10

EVRM.¹¹ Dat valt echter te bezien, aangezien sinds het wetsvoorstel is ingediend de omvang en mogelijke implicaties van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM nader duidelijk zijn geworden. De vraag in hoeverre het wetsvoorstel spoort met artikel 10 EVRM is daarom het onderzoeken waard. Het doel van dit artikel is om na te gaan of (de toepassing van) de Wob en de Woo in overeenstemming is met artikel 10 EVRM. Daarbij is niet alleen relevant of de materiële werking van de Wob en de Woo overeenstemt met de verplichtingen uit artikel 10 EVRM, maar ook of de reikwijdte van die wetten daarmee correspondeert. Met andere woorden: wij zullen niet alleen stilstaan bij de vraag of er onder omstandigheden op grond van artikel 10 EVRM meer informatie openbaar moet worden gemaakt dan op grond van de Wob of de Woo, wij zullen ook onderzoeken of er (overheids)instanties zijn waarop het recht op toegang tot overheidsinformatie op grond van artikel 10 EVRM van toepassing is, terwijl de Wob of de Woo daarop niet van toepassing zijn. Opmerkelijk genoeg is dat laatste aspect tot nog toe in de literatuur en de rechtspraak nauwelijks aan bod gekomen.¹² Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 worden zowel de materiële werking als de reikwijdte van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM uiteengezet. Met name aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM wordt getracht een zo volledig mogelijk beeld te geven van dat recht. In paragraaf 3 wordt dat recht vergeleken met de werking van de Wob. Daarvoor gaan wij eerst in op de materiële hoofdlijnen van de Wob en de jurisprudentie van de Afdeling over de toepassing van artikel 10 EVRM in het kader van de Wob en delen daarover onze bevindingen in het licht van de jurisprudentie van het EHRM (paragraaf 3.1). Daarna gaan wij op dezelfde wijze in op de reikwijdte van de Wob

7 Zo ook Barkhuysen & Van Emmerik onder AB 2017/1.

8 Met name ABRvS 25 oktober 2017 ECLI:NL:RVS:2017:2883, AB 2017/398, m.nt. J. Tingen.

9 *Kst. I* 2015/16, 33328, A.

10 *Kst. II* 2018/19, 35112, 2.

11 *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 10.

12 Vergelijk ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5933, *Gst.* 2011/121, m.nt. N. Jak, ro. 2.4.4.

in vergelijking met het EVRM (paragraaf 3.2). In paragraaf 4 wordt uiteengezet of en in hoeverre de Woo de geconstateerde discrepanties tussen de Wob en het EVRM wegneemt. Daarvoor zullen wij eerst kijken naar de materiële verschillen tussen de Wob en de Woo in het licht van artikel 10 EVRM (paragraaf 4.1) en daarna naar de verschillen in reikwijdte (paragraaf 4.2). In paragraaf 5 delen wij onze conclusies.

2. Het recht op overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM

2.1. *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*

Het recht op toegang tot overheidsinformatie zoals voortvloeiend uit artikel 10 EVRM, is door het EHRM voor het eerst duidelijk erkend en voorzien van een uitgebreide motivering in de overzichtsuitspraak van 8 november 2016 *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*.¹³ Uit artikel 10 EVRM volgen in beginsel twee van elkaar te onderscheiden rechten en vrijheden: het recht op uitingsvrijheid en het recht op vrijheid van informatie. In beginsel houdt het recht op vrijheid van informatie een negatieve verplichting voor de overheid in: burgers hebben het recht om onderling informatie uit te wisselen zonder overheidsinterventie.¹⁴ Maar, zo overweegt het EHRM in de overzichtsuitspraak, onder omstandigheden kan een verzoek om informatie van de overheid zodanig *instrumenteel* zijn aan het recht op vrijheid van informatie dat de effectieve bescherming van dat recht ertoe noopt dat de afwijzing van een informatieverzoek een inmenging in artikel 10 lid 1 EVRM vormt.¹⁵

De zaak die daartoe aanleiding gaf, had betrekking op de Hongaarse NGO *Magyar Helsinki*

Bizottság (het Hongaarse Helsinki Comité). Het comité deed onderzoek naar een 'public defenders scheme': het onderzocht of het voorkwam dat bepaalde advocaten (bewust) bij piketzaken soms een zwakkere verdediging voerden, om zo vaker door de politiekorpsen voor klusjes te worden aangewezen. In dat kader diende het comité een verzoek in bij de landelijke politiekorpsen tot inzicht in welke advocaten door welke politiekorpsen werden aangewezen om verdachten bij te staan. Een aantal politiekorpsen weigerde inzicht in die gegevens onder verwijzing naar de bescherming van persoonsgegevens van de advocaten. De weigering werd tot aan de hoogste instantie in Hongarije bekrachtigd en voorgelegd aan het EHRM.

2.1.1 *Voorwaarden van het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM*

Het EHRM oordeelde dat er uit artikel 10 EVRM een recht op toegang tot overheidsinformatie volgt als is voldaan aan vier cumulatieve voorwaarden. Ten eerste moet het doel van het verzoek gelegen zijn in het uitoefenen van de vrijheid om informatie en ideeën met anderen te wisselen. Dat is met name het geval als het vergaren van de informatie een voorbereidende handeling is in het kader van journalistiek onderzoek of voor het creëren van een forum voor publiek debat.¹⁶ Ten tweede moet de aard van de informatie maatschappelijk relevant zijn. Daarvan is sprake als het (kort gezegd) een onderwerp betreft waarover een publiek debat plaatsvindt.¹⁷ Ten derde dient de verzoeker een functie te bekleden als *public watchdog*. Primair gaat het daarbij om de pers maar uit de jurisprudentie blijkt dat ook NGO's¹⁸ en weten-

13 EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, AB 2017/1 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

14 Zie bijv. EHRM 15 juni 2004, nr. 73562/01 (*Sirbu e.a. t. Moldavië*).

15 Par. 155 en 156.

16 EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, AB 2017/1 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*), par. 158 en 159.

17 *Idem*.

18 EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, AB 2017/1 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Magyar Hel-*

schappers¹⁹ als zodanig kunnen worden aange-merkt, mits zij bezig zijn met het onder de aandacht brengen van maatschappelijk relevante onderwerpen. Tot slot moet de informatie bij de overheid beschikbaar zijn. Als aan deze voorwaarden is voldaan, onderzoekt het EHRM of de inmenging in artikel 10 lid 1 EVRM op grond van artikel 10 lid 2 EVRM kan worden gerechtvaardigd. Het EHRM toetst of (i) er sprake is van een legitiem belang, (ii) de inmenging bij wet is voorzien en (iii) de inmenging noodzakelijk is in een democratische samenleving.

2.1.2 De noodzakelijkheidstoets

Het EHRM staat meestal het langst stil bij het laatstgenoemde criterium: de noodzakelijkheidstoets. Het EHRM toetst of er een dringende maatschappelijke behoefte aan de inmenging bestaat, of de inmenging proportioneel is ten opzichte van het (legitieme) doel en of de aangevoerde redenen voor de beperking *relevant and sufficient* zijn. Het EHRM toetst of het (private- of overheids)belang dat gediend is bij het niet openbaar maken van de informatie en het maatschappelijke belang dat gediend is bij openbaarmaking op een goede manier tegen elkaar zijn afgewogen.²⁰ Daarbij houdt het EHRM rekening 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.²¹

De uitkomst van de noodzakelijkheidstoets is casuïstisch en hangt af van alle omstandigheden van het geval. Uit de jurisprudentie van het EHRM op het gebied van toegang tot overheidsinformatie op grond van artikel 10 EVRM, kunnen een aantal aandachtspunten worden gedestilleerd.

Ten eerste lijkt de maatschappelijke relevantie van het onderwerp een centrale plek in de belangenafweging in te nemen. Zo overwoog het EHRM in *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije* dat met het informatieverzoek was beoogd onderzoek te doen naar een onderwerp dat raakt aan de kern van een fundamenteel recht, namelijk een mogelijke schending van het recht op een eerlijk proces (door de *public defender scheme*). Doordat de informatie werd geweigerd, werd het comité de mogelijkheid ontnomen om een bijdrage te leveren aan het maatschappelijk debat over een maatschappelijk relevant onderwerp. Het EHRM overwoog dat, nu het gaat om een onderwerp van groot maatschappelijk belang, de Staat zeer terughoudend dient te zijn met het opleggen van restricties die ertoe kunnen leiden dat de NGO niet over dit maatschappelijk relevante onderwerp kan publiceren. De reden die de Staat aanvoerde (de bescherming van de persoonsgegevens van de advocaten) was niet toereikend. De inmenging in artikel 10 EVRM was daarom niet gerechtvaardigd. Ook in *TASZ t. Hongarije*²² benadrukt het EHRM de maatschappelijke relevantie van het onderwerp van het verzoek om informatie. Het EHRM overweegt dat de kerntaak van een *public watchdog* is het geven van voorlichting aan het publiek over maatschappelijk relevante onderwerpen. De overheid is gehouden om zo min mogelijk juridische drempels op te werpen die ertoe kunnen leiden dat *public watchdogs* hun taak niet goed kunnen uitoefenen. Ook overweegt het EHRM in de uitspraak *Satakunnan t. Fin-*

sinki Bizottság t. Hongarije), par. 168. Zie ook EHRM 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delft t. Estland*).

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

20 EHRM 27 juni 2017, nr. 931/13 (*Satakunnan Markkinapörssi oy & Satamedia Oy t. Finland*), par. 160 e.v.

21 Zie bijv. EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72 (*Handy-side t. Verenigd Koninkrijk*), par. 48.

22 EHRM 14 april 2009, nr. 37374/5, EHRC 2009/74, m.nt. A.W. Hins (*Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) t. Hongarije*).

land dat de noodzakelijkheidstoets uit artikel 10 lid 2 EVRM weinig ruimte biedt voor restricties op de verspreiding van politieke uitingen of bijdragen aan publieke debatten over maatschappelijk relevante onderwerpen. De *margin of appreciation* is kleiner indien het gaat om een maatschappelijk relevant onderwerp, aldus het EHRM.

Ten tweede neemt de vraag wie er door openbaarmaking van bepaalde informatie daadwerkelijk wordt benadeeld, een belangrijke plek in bij de belangenafweging bij de noodzakelijkheidstoets. Zo overwoog het EHRM in *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije* dat, hoewel het verzoek onder meer zag op persoonsgegevens van de (wellicht bij de *public defenders scheme* betrokken) advocaten, de advocaten nauwelijks benadeeld zouden worden door openbaarmaking daarvan. De informatie was immers ook op andere manieren te achterhalen, zoals door op de publieke tribune te gaan zitten bij rechtszittingen. Bovendien was de informatie slechts statistisch van aard. Ook in de uitspraak *Satakunnan t. Finland* was een belangrijke rol weggelegd voor de vraag wie er door openbaarmaking werd benadeeld. In die zaak overwoog het EHRM dat het gevolg van openbaarmaking van de betreffende informatie kon zijn dat er belastinggegevens van een groot aantal burgers op straat kwam te liggen.²³ Het EHRM overwoog dat het niet ging om bekende personen (*public figures*) die (willens en wetens) een rol spelen in het maatschappelijk debat en derhalve zichzelf in de schijnwerpers zetten, maar om willekeurige burgers.²⁴ Onder meer om die reden prevaleerde het belang van het recht op privéleven boven het algemene belang van openbaarmaking van de informatie.

Ten derde lijkt het EHRM van oordeel dat indien er sprake is van een 'informatie-monopolie' bij de overheid, de overheid des te eerder de informatie openbaar moet maken. Daarvan is sprake indien de overheid de enige partij is die bepaalde informatie heeft. Dat was onder meer het geval in *TASZ t. Hongarije* en *OVESSG t. Oostenrijk*.²⁵ Juist doordat de overheid de enige partij is die de bepaalde informatie kan delen, kan het ook effectief voorkómen dat *public watchdogs* bepaalde informatie in handen krijgen. Door een informatieverzoek te weigeren, frustreert de overheid in dat geval de effectieve uitoefening van de taak van die *watchdogs*. Het EHRM overweegt dat er in zo een geval sprake kan zijn van ongerechtvaardigde indirecte censuur.²⁶ Logischerwijs wordt die taakuitoefening minder vergaand gefrustreerd in gevallen waar bepaalde informatie ook bij andere partijen dan de overheid beschikbaar is. Een informatie-monopolie kan daarom doorslaggevend zijn in de belangenafweging bij de noodzakelijkheidstoets.

2.2 Tegen wie kan het recht op overheidsinformatie worden ingeroepen?

Een belangrijke vraag die in dit verband veelal buiten beschouwing is gebleven, is jegens wie op grond van artikel 10 EVRM het recht op toegang tot overheidsinformatie kan worden ingeroepen. Kort gezegd is artikel 10 EVRM in verticale zin van toepassing op de overheid. Daaronder valt in ieder geval de Staat. Dit volgt uit artikel 1 EVRM op grond waarvan de Staat de rechten en vrijheden van het Verdrag dient te verzekeren. Welke entiteiten worden in de context van het EVRM nog meer tot de overheid gerekend? Zonder twijfel worden ook de

23 EHRM 27 juni 2017, nr. 931/13 (*Satakunnan Markkinapörssiöy & Satamedia Oy t. Finland*).

24 *Idem* par 110 en 180. Zie ook EHRM 14 april 2009, nr. 37374/5 (*Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) t. Hongarije*), par. 37.

25 EHRM 28 november 2013, nr. 39534/07 (*Osterreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines Wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes (OVESSG) t. Oostenrijk*).

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

klassieke overheidsinstellingen, zoals provincies, gemeenten en andere publiekrechtelijke rechtspersonen als overheid aangemerkt.

Ook private rechtspersonen die een publieke taak behartigen, worden onder omstandigheden in de context van het EVRM tot de overheid gerekend.²⁷ Dit blijkt uit de rechtspraak over de reikwijdte van het klachtrecht (artikel 34 lid 1 EVRM), dat niet toekomt aan *governmental organisations*. In zijn ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Radio France e.a. t. Frankrijk*²⁸ heeft het EHRM een algemeen criterium geformuleerd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van een *governmental organisation*. Volgens het EHRM is bepalend of de betrokken entiteit participeert in de uitoefening van overheidsbevoegdheden dan wel onder controle van de overheid een openbare dienst verricht. Ter vaststelling daarvan moet rekening worden gehouden met: haar juridische status en de rechten die daaraan verbonden

zijn, de aard van de activiteiten die zij verricht en de context waarin dat gebeurt en, ten slotte, de mate van onafhankelijkheid van de politieke autoriteiten. Het EHRM kijkt niet alleen naar omstandigheden die de rechtspersoon publiekrechtelijk maken, maar ook naar omstandigheden die de rechtspersoon privaatrechtelijk maken, zoals de toepasselijkheid van het rechtspersonenrecht.²⁹ Hiermee geeft het EHRM een ruime en autonome interpretatie van het begrip 'governmental organisation'. Het EHRM beoordeelt aan de hand van eigen maatstaven, los van de rechtsvorm naar nationaal recht, of een instelling als *governmental organisation* kan worden beschouwd. Soms wordt ook wel belang gehecht aan de nationaalrechtelijke kwalificatie (is sprake van een publiekrechtelijke rechtspersoon of niet?³⁰ Is de bestuursrechter dan wel de burgerlijke rechter bevoegd?³¹) maar doorslaggevend is dat niet. Zo oordeelde het EHRM in *Holy Monasteries t. Griekenland* dat Griekse kloosters van de Staatskerk een beroep kunnen doen op het Verdrag, ondanks het feit dat zij naar nationaal recht worden aangemerkt als publiekrechtelijke rechtspersonen.³²

27 Zie daarover uitgebreid N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 208 e.v.; N. Jak, 'Publiekrechtelijke normering van semipublieke instellingen. De verticale werking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de grondrechten en het EVRM', «JBplus» 2012, p. 242-247. Zie meer recent ook T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse Bestuursrecht. De betekenis van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 16-18 en M. Jullicher e.a., 'Protection of the EU Charter for Private Legal Entities and Public Authorities? The Personal Scope of Fundamental Rights within Europe Compared', *Utrecht Law Review* 2019, afl. 1, par. 4.2.2.

28 EHRM 23 september 2003, nr. 53984/00. Zie meer recent EHRM 12 mei 2015, nr. 29003/07, *AB* 2016/57, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; *EHRC* 2015/164, m.nt. J.H. Gerards (*Ljubljanska Banka D.D. t. Kroatië*); EHRM 16 februari 2016, nr. 8895/10; *EHRC* 2016/101, m.nt. J.H. Gerards (*Ärzttekammer für Wien en Dorner t. Oostenrijk*); EHRM 25 april 2017, nr. 819/08 (*Croatian Chamber of Economy t. Servië*).

29 EHRM 16 februari 2016, nr. 8895/10, *EHRC* 2016/101, m.nt. J.H. Gerards (*Ärzttekammer für Wien en Dorner t. Oostenrijk*).

30 Zie bijvoorbeeld *ECRM* 28 juni 1995, nr. 26114/95 en 26455/95 (*Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España t. Spanje*); *ECRM* 8 september 1997, nr. 35216/97 (*RENFE t. Spanje*).

31 EHRM 16 februari 2016, nr. 8895/10, *EHRC* 2016/101, m.nt. J.H. Gerards (*Ärzttekammer für Wien en Dorner t. Oostenrijk*).

32 EHRM 9 december 1994, nr. 13092/87 en 13984/88, *NJ* 1996/374, m.nt. A.E. Alkema. Zie ook *ECRM* 11 april 1996, nr. 24019/94 (*Finska församlingen i Stockholm t. Zweden*).

Aanknopingspunten voor de reikwijdte van het overheidsbegrip zijn verder te vinden in de rechtspraak over welke verdragsschendingen tot de verantwoordelijkheid van de Staat kunnen worden gerekend. Van belang in dit verband is de klassieke ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Woś t. Polen*.³³ De zaak betreft het Pools-Duitse Reconciliatie Fonds, een private rechtspersoon die is opgericht om slachtoffers van het Nazi-regime financieel te ondersteunen. Woś klaagt bij het EHRM dat hij ten onrechte is verstoken van rechtsbescherming tegen de gedeeltelijke weigering van het Fonds hem een uitkering te verstrekken. Dit levert volgens Woś strijd op met artikel 6 EVRM. De hoogste Poolse rechter had bepaald dat het Fonds geen publiekrechtelijk orgaan is (*'not an organ of public administration'*) en ook geen overheidsfuncties verricht (*'does not perform functions in the area of public administration'*).³⁴ Als gevolg daarvan stond er geen enkele rechtsgang open tegen de beslissingen van het Fonds.³⁵ Het EHRM buigt zich vervolgens over de vraag of de Poolse Staat aangesproken kan worden voor het handelen van het Fonds. Die vraag beantwoordt het EHRM onafhankelijk van het oordeel van de Poolse rechter en los van de rechtsvorm naar nationaal recht. De conclusie van het EHRM is dat het handelen van het Fonds onder de verantwoordelijkheid van de Staat valt. De volgende omstandigheden acht het EHRM daartoe relevant:

- de betrokkenheid van de Poolse Staat bij de oprichting van het Fonds (par. 62);

³³ EHRM 1 maart 2005, nr. 22860/02, AB 2006/258, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. Van Emmerik; EHRC 2005/54, m.nt. Jansen. Zie meer recent bijvoorbeeld EHRM 6 september 2018, nr. 3401/09, EHRC 2019/5, m.nt. J.M. Emaus (*Dimitar Jordanov t. Bulgarije*) over een kolenmijn die volledig in handen is van de Staat en EHRM 14 maart 2019, nr. 43422/07, EHRC 2019/124, m.nt. M.K.G. Tjepkema (*Arnaboldi t. Italië*) over gepri-vatiseerde onteigening.

³⁴ Zie par. 50 en 69.

³⁵ Zie par. 70.

- de quasi-publieke taak waarmee het Fonds door de Poolse Staat is belast (par. 63);
- de controle die de Staat op het Fonds kan uitoefenen (par. 65);
- de mate van overheidsfinanciering (par. 67);
- de mate van betrokkenheid van de minister bij het benoemen en ontslaan van bestuurders (par. 68).

Op grond van deze omstandigheden concludeert het EHRM dat *'the State's role was crucial in establishing the overall framework in which the Foundation operated'*. Daaraan doet volgens het EHRM niet af dat de Staat geen doordringende invloed heeft op de dagelijkse gang van zaken bij het Fonds en de individuele beslissingen die het Fonds neemt (par. 71). Dit was overigens wel bepalend in de zaak *X t. Ierland*.³⁶ De Staat werd daarin niet verantwoordelijk gehouden voor het handelen van een bij wet ingestelde private instelling die gefinancierd werd door middel van 'public funds' en waarvan het beleid onder algemeen toezicht stond van de overheid. De reden daarvoor was dat de betrokken handelingen deel uitmaakten van *'the day to day administration'* die volledig in handen was van de instelling zelf en waarover het algemeen overheidstoezicht zich niet uitstrekte.

3. Wet openbaarheid van bestuur

3.1 Materiële gronden

3.1.1. Algemeen

Bij een verzoek om informatie aan de overheid in Nederland, wordt (behoudens bij bijzondere wetten) op basis van de Wob besloten of de informatie wordt verstrekt. Het uitgangspunt van de Wob is openbaarheid: er wordt uitsluitend informatie achtergehouden in het geval één van de weigeringsgronden uit artikel 10 Wob van toepassing is, dan wel indien er sprake is van de beperking uit artikel 11 Wob (persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van

³⁶ ECRM 1 februari 1971, nr. 4125/69.

intern beraad).³⁷ In artikel 10 lid 1 Wob staan absolute weigeringsgronden. Indien één van deze gronden van toepassing is, weigert het bestuursorgaan de informatie zonder nadere belangenafweging. In artikel 10 lid 2 Wob staan zogenoemde relatieve weigeringsgronden. Indien één van deze gronden van toepassing is, wordt de informatie niet zonder meer geweigerd, maar dient het belang van openbaarheid te worden afgewogen tegen het belang dat is gediend met de weigeringsgrond. Het belang van openbaarheid is gelegen in de goede democratische bestuursvoering en is te allen tijde even groot, zonder dat rekening wordt gehouden met de maatschappelijke relevantie van het voorliggende informatieverzoek.³⁸ Bij persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad geldt een omkering van het uitgangspunt van openbaarheid: de beleidsopvattingen blijven in beginsel (zonder verplichte nadere belangenafweging) vertrouwelijk.³⁹ Indien de beleidsopvattingen kunnen worden geanonimiseerd, kan het bestuursorgaan (discretionair) ervoor kiezen om in het belang van de goede democratische bestuursvoering de beleidsopvattingen in niet tot een persoon herleidbare vorm toch openbaar te maken.⁴⁰

3.1.2 Rechtspraak Afdeling over verhouding materiële werking Wob tot artikel 10 EVRM: 'zeer bijzondere omstandigheden'

In een uitspraak van 25 oktober 2017⁴¹ heeft de Afdeling toegelicht hoe de Wob zich verhoudt tot het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM. In die zaak hadden NOS, RTL en *de Volkskrant* een Wob-verzoek ingediend bij het Ministerie van Veiligheid en

Justitie met het verzoek om informatie over de crisisbeheersing op het departement naar aanleiding van de MH17-vliegramp. Meer in het bijzonder waren zij geïnteresseerd in de vergaderstukken, notulen en verslagen van de Interdepartementale Commissie Crisisbeheersing (ICCb) en de Ministeriële Commissie Crisisbeheersing (MCCb). De Afdeling stelt voorop dat er in het algemeen van mag worden uitgegaan dat de wetgever bij het formuleren van de weigeringsgronden in de artikelen 10 en 11 van de Wob heeft voorzien in beperkingen die de noodzakelijkheidstoets van artikel 10 lid 2 EVRM doorstaan en dus gerechtvaardigd zijn. Dit uitgangspunt staat er echter niet aan in de weg dat een verzoeker aangeeft dat en waarom in zijn concrete situatie aan dit uitgangspunt niet kan worden vastgehouden. Het ligt dan op de weg van de verzoeker om zeer bijzondere omstandigheden te stellen en aannemelijk te maken, die zouden meebrengen dat de verzoeker, ondanks toepassing van de Wob, in de uitoefening van het specifieke recht op informatie uit artikel 10 lid 1 EVRM wordt belemmerd, zonder dat dit op grond van artikel 10 lid 2 EVRM is gerechtvaardigd. Indien wordt aangenomen dat dergelijke bijzondere omstandigheden zich voordoen, zal een weigering in strijd zijn met artikel 10 EVRM en zal van de Wob moeten worden afgeweken.⁴²

Zover ons bekend zijn er geen uitspraken geweest waarin dergelijke zeer bijzondere omstandigheden zijn aangenomen en van de Wob is afgeweken. In de bovengenoemde uitspraak van 25 oktober 2017 hadden appellanten slechts de omstandigheden aangevoerd dat zij journalisten zijn en het informatieverzoek een maatschappelijk relevant onderwerp betreft. Dat achtte de Afdeling onvoldoende, met name omdat het feit dat het maatschappelijk belang groot is, al voldoende ruimte heeft gekregen in de artikelen 10 en 11 van de Wob. In een uitspraak van de Afdeling van 16 januari 2019 voegt de Afdeling er aan toe dat daarbij mede

37 Art. 3 Wob.

38 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883, AB 2017/398, m.nt. J. Tingen (MH17).

39 E.J. Daalder, *Handboek Openbaarheid van Bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 303.

40 Art. 11 lid 2 Wob.

41 ABRvS 25 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2883, AB 2017/398, m.nt. J. Tingen (MH17).

42 *Idem* r.o. 12.2.

van belang is dat de regering over dat betreffende onderwerp (te weten: de wijze waarop de regering heeft gereageerd op de MH17-vlieg-ramp) al veel informatie openbaar heeft gemaakt door briefings aan de Tweede Kamer, persconferenties en gepubliceerde onderzoeken.⁴³ In een Afdelingsuitspraak van 12 september 2018 voerde de appellante ter onderbouwing van de zeer bijzondere omstandigheden aan dat de informatie waar om werd verzocht een belangrijke maatschappelijke discussie kan aanwakken omdat door openbaarmaking van de specifieke informatie volgens de appellante het standpunt van de regering over de annexatie van de Krim door Rusland bekend zou worden.⁴⁴ De Afdeling achtte ook deze omstandigheden geen 'zeer bijzondere omstandigheden' en merkte op dat het standpunt van de Nederlandse regering op dit punt bekend is uit verschillende Kamerstukken en nieuwsberichten. Opmerkelijk is dat de Afdeling daaraan toevoegde dat het standpunt van de regering dat blijkt uit de niet-openbare documenten niet afwijkt van het publieke standpunt van de regering.

3.1.3 Beoordeling van de materiële werking van de Wob in het licht van het EVRM

Wij constateren, los van de wijze waarop de Afdeling omgaat met beroepen op artikel 10 EVRM, aan de voorkant drie mogelijke discrepanties tussen de Wob en artikel 10 EVRM.⁴⁵ Allereerst is de vraag hoe het systeem van absolute weigeringsgronden zich verdraagt met artikel 10 lid 2 EVRM. De noodzakelijkheids-toets vereist immers een belangenafweging in een concreet geval, terwijl er bij de toepassing van absolute weigeringsgronden juist geen belangenafweging wordt gemaakt. Ten tweede

rijst de vraag hoe het voorondersteld belang van openbaarheid zich verhoudt tot artikel 10 lid 2 EVRM. De maatschappelijke relevantie van de informatie heeft namelijk bij de noodzakelijkheids-toets uit artikel 10 lid 2 EVRM een centrale plek in de belangenafweging, terwijl de maatschappelijke relevantie van de informatie op grond van de Wob juist niet mag worden meegewogen. Tot slot dringt zich de vraag op hoe de discretionaire ruimte die een bestuursorgaan heeft bij het al dan niet anonimiseren van persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad zich verhoudt tot de noodzakelijkheids-toets van artikel 10 lid 2 EVRM. Wij vragen ons af of weigering van persoonlijke beleidsopvattingen nog steeds noodzakelijk is in een democratische samenleving als er een mogelijkheid bestaat om de opvattingen te anonimiseren. Het EHRM gaat bij de belangenafweging op grond van artikel 10 lid 2 EVRM vaak na of en in hoeverre derden worden benadeeld, maar het al dan niet benadeeld worden van de ambtenaren wier persoonlijke beleidsopvatting worden 'geWobt', speelt geen rol bij de beoordeling van het bestuursorgaan.

Men kan zich afvragen of de wijze waarop de Afdeling omgaat met beroepen op artikel 10 EVRM in Wob-procedures, de mogelijke discrepanties wegneemt zodat de Nederlandse openbaarheidswetgeving voldoet aan de rechtspraak van het EHRM. Nu er nog geen uitspraken bekend zijn waar zeer bijzondere omstandigheden nopen tot afwijking van de Wob, is niet vast te stellen hoe streng de toets van 'zeer bijzondere omstandigheden' precies is. In de literatuur is opgemerkt dat het goed mogelijk is dat de toets zodanig streng is dat er nooit sprake zal zijn van zeer bijzondere omstandigheden.⁴⁶ Is dat het geval, dan kunnen de bovenstaande discrepanties potentieel leiden tot een veroordeling in Straatsburg.

43 ABRvS 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:100, AB 2019/120, m.nt. P.J. Stolk.

44 ABRvS 12 september 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2988, AB 2018/403 m.nt. P.J. Stolk.

45 Zie ook de annotatie van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik onder AB 2017/1.

46 Zie de annotaties van P.J. Stolk en J. Tingen onder AB 2018/403 respectievelijk AB 2017/398.

Wij constateren dat de Afdeling in haar uitspraken over de verhouding tussen artikel 10 EVRM en de Wob een aantal keer heeft overwogen dat er al veel informatie beschikbaar is over het onderwerp waarop het Wob-verzoek ziet.⁴⁷ Het lijkt erop dat de Afdeling dit als argument gebruikt om aan te geven dat omstandigheden niet als ‘zeer bijzondere omstandigheden’ kunnen worden aangemerkt. Als dit het geval is, dan sluit dat onzes inziens goed aan op de hierboven genoemde jurisprudentie van het EHRM over een informatiemonopolie van de overheid. Hoe zou de Afdeling bijvoorbeeld hebben geoordeeld in de bovengenoemde zaak van 12 september 2018 (over de annexatie van de Krim door Rusland) indien uit de niet-openbare informatie een standpunt over de annexatie zou blijken dat juist afwijkt van het publieke standpunt? In zo een geval zou er potentieel een informatiemonopolie bij de overheid bestaan dat bovendien zeer maatschappelijk relevante informatie zou betreffen, zodat er wellicht sprake zou kunnen zijn van zeer bijzondere omstandigheden en toch tot openbaarmaking overgegaan moet worden.

De vraag of de weigeringsgronden en beperkingen uit de Wob EVRM-*proof* zijn, zal dus in grote mate afhangen van hoe de Afdeling het criterium ‘zeer bijzondere omstandigheden’ in toekomstige zaken zal invullen. Indien de Afdeling bij de invulling van de zeer bijzondere omstandigheden oog houdt voor de toegevoegde waarde van de niet-openbare informatie aan het maatschappelijk debat en bovendien ervoor waakt dat *public watchdogs* niet te vergaand worden belemmerd in de uitoefening van hun maatschappelijke taak, gaan wij er vooralsnog vanuit dat de de Wob materieel EVRM-*proof* is.

3.2 *Jegens wie bestaat het recht op overheidsinformatie?*

3.2.1 *Bestuursorganen*

De Wob is op grond van artikel 1a lid 1 primair van toepassing op bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1 lid 1 Awb. Artikel 1:1 lid 1 Awb bepaalt dat onder een bestuursorgaan wordt verstaan:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

De onder a genoemde bestuursorganen (ook wel a-organen genoemd) zijn organen van publiekrechtelijke rechtspersonen in de zin van artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek (BW). Te denken valt aan organen van de Staat, provincie en gemeenten. Bedacht moet worden dat de in het tweede lid van artikel 1:1 Awb van het bestuursorgaanbegrip uitgezonderde organen, zoals de rechterlijke macht en de Eerste en Tweede Kamer, van toepassing van de Wob zijn uitgesloten.

Organen van privaatrechtelijke rechtspersonen worden als bestuursorgaan aangemerkt voor zover zij met openbaar gezag zijn bekleed in de zin van artikel 1:1 lid 1 aanhef en onder b Awb (b-organen). Openbaar gezag kan bij of krachtens de wet worden verkregen. Een voorbeeld uit de rechtspraak betreft de directeur van de Christelijke basisschool Wakersduin, een privaatrechtelijke stichting, die op grond van artikel 13a lid 1 Leerplichtwet de publiekrechtelijke bevoegdheid heeft tot het verlenen van verlof voor vakantie buiten de schoolvakanties.⁴⁸

Ook private rechtspersonen die niet bij of krachtens de wet over openbaar gezag beschikken, kunnen een bestuursorgaan zijn, namelijk als is voldaan aan de voorwaarden die zijn ontwikkeld in de zogenaamde publieke-taakjuris-

⁴⁷ Zie par. 3.1.2.

⁴⁸ ABRvS 12 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1879, «JB» 2017/140, m.nt. J.A.F. Peters.

prudentie.⁴⁹ Het moet dan gaan om private rechtspersonen die (zonder wettelijke grondslag) geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken, welke uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate door de overheid worden gefinancierd en waarvan de toekenningscriteria in beslissende mate door de overheid worden bepaald.⁵⁰ Een voorbeeld hiervan is de Stichting Afwikkeling Maror-gelden Overheid die is belast met de (afwikkeling van de) verdeling van de gelden die door de rijksoverheid eenmalig ter beschikking zijn gesteld aan de Nederlands-Joodse gemeenschap als erkenning van achteraf geconstateerde tekortkomingen in het rechtsherstel na de Tweede Wereldoorlog en in het overheidshandelen ter zake.⁵¹ In sub d van artikel 1a lid 1 Wob is de mogelijkheid geboden om bij AMvB bestuursorganen uit te zonderen. Van die mogelijkheid is gebruik gemaakt door middel van het Besluit bestuursorganen WNO en WOB, waarin worden genoemd de Nederlandse Omroep Stichting (NOS), de Nederlandsche Bank NV (DNB) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). De uitzondering geldt slechts voor een deel van hun werkzaamheden. De reden voor de uitzondering is dat de uitgezonderde werkzaamheden van oudsher niet onder de Wob vallen.⁵² Overigens is voor DNB en de AFM in artikel 1:89 Wet op het financieel toezicht ook voorzien in een bijzondere aan de Wob derogerende openbaarheidsregeling.⁵³

49 N. Jak, 'De publieke-taakjurisprudentie verduidelijkt. Over privaatrechtelijke rechtspersonen en het bestuursorgaanbegrip', «JBplus» 2015, p. 75-95.

50 ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379 (*Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schiphol-regio*); ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394 (*Stichting Platform31*).

51 ABRvS 13 juli 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1928, AB 2016/299, m.nt. J.A.F. Peters.

52 Nota van Toelichting, p. 4 (*Stb.* 1998, 580).

53 Zie ABRvS 30 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM9675, AB 2010/239, m.nt. P.J. Stolk.

3.2.2 Instelling, dienst of bedrijf werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan

Entiteiten die geen bestuursorgaan zijn, kunnen desalniettemin onder de reikwijdte van de Wob vallen, namelijk wanneer zij kunnen worden aangemerkt als instelling, dienst of bedrijf die onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzaam zijn in de zin van artikel 3 lid 1 Wob. Op dit moment hanteert de Afdeling een enge interpretatie, waarbij bepalend is in welke mate het bestuursorgaan opdrachten of aanwijzingen kan geven aan de instelling, dienst of bedrijf en/of in hoeverre de instelling, dienst of bedrijf zich dient te richten naar de opdrachten of aanwijzingen van het bestuursorgaan. Belangrijk om te noemen in dit verband is de uitspraak van de Afdeling van 14 mei 2014 over ProRail BV.⁵⁴ De Afdeling oordeelt dat uit de regelgeving, de Beheerconcessie hoofdspoorweginfrastructuur en de statuten van ProRail niet is gebleken dat ProRail zich bij haar werkzaamheden te richten naar opdrachten van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu of dat daaruit volgt dat de staatssecretaris bevoegd is enige andere aanwijzing aan ProRail te geven. Ook het samenstel van bevoegdheden waarover de staatssecretaris jegens ProRail beschikt op grond van de Beheerconcessie, het aandeelhouderschap en de subsidierelatie, kan er volgens de Afdeling niet toe leiden dat ProRail zich bij de uitvoering van haar werkzaamheden moet richten naar opdrachten en aanwijzingen van de staatssecretaris. ProRail is volgens de Afdeling dan ook niet werkzaam onder verantwoordelijkheid van de staatssecretaris, wat betekent dat de Wob niet op ProRail van toepassing is.

3.2.3 Beoordeling in het licht van het EVRM

De vraag dringt zich op hoe de zojuist beschreven systematiek in de Wob kan worden beoordeeld in het licht van de rechtspraak over de reikwijdte van het overheidsbegrip in het

54 ABRvS 14 mei 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1723, «JB» 2014/138, m.nt. G. Overkleef-Verburg.

EVRM. In algemene zin kan worden geconcludeerd dat het bestuursorgaanbegrip minder ruim is dan het EVRM-overheidsbegrip. Dat springt met name in het oog voor wat betreft private rechtspersonen met een publieke taak. Dergelijke rechtspersonen zijn alleen bestuursorgaan voor zover zij openbaar gezag uitoefenen. Onder het EVRM kunnen evenwel ook private rechtspersonen die geen openbaar gezag uitoefenen tot de overheid worden gerekend. Weliswaar wordt het criterium van openbaar gezag met de eerdergenoemde publieke-taakjurisprudentie ruim geïnterpreteerd, maar die uitleg is nog steeds smaller dan de reikwijdte van artikel 10 EVRM. Zo speelt het gezichtspunt van de 'publieke taak' geen rol in de rechtspraak van de Afdeling terwijl dat wel van betekenis is in de rechtspraak van het EHRM. Daarnaast is de toepassing van de publieke-taakjurisprudentie beperkt tot presterend bestuur⁵⁵ terwijl het EHRM die beperking in zijn rechtspraak niet kent.

Nu is de toepasselijkheid van de Wob ook ruimer dan bestuursorganen. Immers, ook private rechtspersonen die geen bestuursorgaan zijn, maar wel werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, vallen onder de reikwijdte van de Wob. Toch is het hierbij gehanteerde criterium 'richten naar opdrachten of aanwijzingen' beperkter dan de criteria die het EHRM gebruikt om te beoordelen of een private rechtspersoon als overheidsorganisatie kan worden aangemerkt. Kortom, het is goed mogelijk dat er private rechtspersonen zijn aan te wijzen die niet onder de reikwijdte van de Wob vallen, maar in de context van het EVRM wel tot de overheid kunnen worden gerekend en aldus aan artikel 10 EVRM gebonden zijn. Hierbij kan worden gedacht aan TenneT BV, een overheidsvennootschap waarvan de Staat alle aandelen houdt. TenneT BV is geen bestuursorgaan⁵⁶ en is evenmin werkzaam

onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan. Dit betekent dat de Wob niet van toepassing is. Dat neemt niet weg dat het goed voorstelbaar is dat TenneT BV gelet op de rechtspraak van het EHRM wel onder de reikwijdte van artikel 10 EVRM valt. Al met al kan worden geconcludeerd dat er een discrepantie bestaat tussen het toepassingsbereik van de Wob en artikel 10 EVRM.

In dit licht is dan ook opmerkelijk een Afdelingsuitspraak over een verzoek om informatie gericht aan de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG).⁵⁷ De Afdeling oordeelde dat de VNG geen bestuursorgaan is en evenmin een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling. Artikel 10 EVRM kan hier volgens de Afdeling evenmin soelaas bieden. Dit artikel houdt namelijk 'geen recht in op het ontvangen van informatie van een niet-overheidsinstelling zoals de VNG', aldus de Afdeling. Die redenering gaat ons iets te snel. Dat de VNG binnen het regime van de Wob geen overheidsinstelling is, betekent namelijk nog niet dat de VNG vanzelfsprekend ook binnen de context van het EVRM niet tot de overheid behoort. Die vraag moet op haar eigen merites, los van de Wob, worden beoordeeld. Klaarblijkelijk is de Afdeling van oordeel dat de VNG ook in de context van het EVRM geen overheidsinstantie is, maar zeker is dat niet. Een andere conclusie is ook zeker niet uitgesloten, aangezien tot de leden van het bestuur en de beleidscommissies uitsluitend worden benoemd de (leden van) gemeentelijke bestuursorganen en de algemene vergadering wordt gevormd door gemeenten. De algemene vergadering heeft onder meer de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van de bestuursleden – een aspect dat het EHRM in *Woś t. Polen* van belang acht.

Voorts rijst de vraag hoe moet worden aangekeken tegen de in artikel 1:1 lid 2 Awb van het bestuursorgaanbegrip uitgezonderde organen,

⁵⁵ CBB 27 november 2018, ECLI:NL:CBB:2018:634, «JB» 2019/29; *Gst.* 2019/34, m.nt. N. Jak, ro. 2.6.

⁵⁶ CBB 30 januari 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AD9963.

⁵⁷ ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5933, *Gst.* 2011/121, m.nt. N. Jak.

zoals de rechterlijke macht en de Eerste en Tweede Kamer. Die vallen niet onder Wob, maar mogelijk wel onder artikel 10 EVRM. Uit *TASZ t. Hongarije*⁵⁸ blijkt dat de rechterlijke macht niet wordt uitgezonderd van de plicht om in bepaalde gevallen toegang tot overheidsinformatie te bieden. Ook valt te betwijfelen waarom het gerechtvaardigd zou zijn dat de Eerste en Tweede Kamer integraal zijn uitgezonderd van informatie op verzoek. Het zijn immers bij uitstek organen die informatie bezitten over *matters of public concern* (zie paragraaf 2.1.1.) en zonder meer als *public authority* in de zin van het EVRM kunnen worden aangemerkt. Ook is de uitzondering van de NOS, DNB en de AFM vanuit dit perspectief lastig te rechtvaardigen, nu ook deze instanties onder omstandigheden een informatiemonopolie over *matters of public concern* kunnen hebben. Hierbij kan worden gedacht aan de hoogte van de inkomens van kopstukken van deze door publiekgeld gefinancierde instellingen.

Soms is ook in *bijzondere* wetgeving bepaald dat een entiteit geen bestuursorgaan is. Zo is in artikel 5 lid 2 van het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel van de Machtigingswet oprichting Invest-NL⁵⁹ (ter verduidelijking) bepaald dat Invest-NL, een 100% staatsdeelneming, geen bestuursorgaan is in de zin van de Awb en niet met openbaar gezag is bekleed in de zin van enige andere wet bij het verrichten van activiteiten en handelingen ter uitvoering van haar taken. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat Invest-NL ook niet met toepassing van de publieke-taakjurisprudentie een bestuursorgaan is. Dit betekent dat tegen haar handelingen geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming mogelijk is en publiekrechtelijke regels, zoals de Awb, de Wob, de WNo en de Archiefwet niet van toepassing zijn.⁶⁰ De vraag rijst hoe Invest-NL moet wor-

den beoordeeld in het licht van het overheidsbegrip in het EVRM. Dat de wetgever Invest-NL geen bestuursorgaan acht, is daarvoor niet doorslaggevend. Of Invest-NL naar EVRM-maatstaven als *public authority* kan worden aangemerkt, is nog niet zo gemakkelijk te bepalen. Voor die conclusie kan worden betoogd dat Invest-NL de (exclusieve) overheidstaak wordt toebedeeld om met publiek geld ondernemingen te financieren die voor hun financieringen niet door de markt worden bediend (artikel 5 lid 1 aanhef en onder b Machtigingswet).⁶¹ Ook de ontwikkeltaak van Invest-NL kan als overheidstaak worden gezien.⁶² Aan de andere kant kan worden betoogd dat Invest-NL institutioneel en operationeel onafhankelijk is van de Staat omdat zij de investeringstaak zelfstandig, op afstand van de overheid, en 'voor eigen rekening en risico' uitvoert.⁶³ Als wij het goed zien, heeft de wetgever geen aandacht besteed aan de vraag of het recht op toegang tot overheidsinformatie uit artikel 10 EVRM op Invest-NL van toepassing is. Het zou goed zijn als deze vraag tijdens de behandeling van de Machtigingswet in de Eerste Kamer nog aan de orde komt. Duidelijkheid hierover is gewenst, temeer omdat het expliciet de bedoeling is van de wetgever om de toepassing van de Wob uit te sluiten.

4. Wet open overheid

4.1 Materiële gronden

4.1.1 Wijzigingen ten opzichte van de Wob

Sinds enige tijd is er een wijziging in het Nederlandse openbaarheidsregime aanstaande. Op 19 april 2016 is een initiatiefwetsvoorstel Wet

58 EHRM 14 april 2009, nr. 37374/5.

59 *Kst. II* 2018/19, 35123, A.

60 *Kst. II* 2018/19, 35123, 3, p. 40-43, p. 64.

61 In deze zin J. van den Brink & W. den Ouden, 'Invest-NL. Bankieren met € 2.5 miljard publiek geld; welke regels gelden er eigenlijk?', *NJB* 2018/1100, p. 1576.

62 Volgens de regering is Invest-NL een rechtspersoon met een wettelijke taak in de zin van de Comptabiliteitswet 2016. *Kst. II* 2018/19, 35123, 3, p. 40.

63 Vergelijk *Kst. II* 2018/19, 35123, 3, p. 41-42.

open overheid (Woo) aangenomen door de Tweede Kamer.⁶⁴ Na een discussie over de uitvoeringslasten in de Eerste Kamer, is het wetgevingsproces tijdelijk stilgelegd, in afwachting van een *novelle*. Op 2 januari 2019 hebben de initiatiefnemers in overleg met het Kabinet een wijzigingsvoorstel gepubliceerd en ingediend bij de Tweede Kamer.⁶⁵

De vraag is of de bovenstaande observaties over de verhouding tussen de Wob en artikel 10 EVRM anders worden indien de Woo in werking treedt. Vastgesteld kan worden dat de weigeringsgronden en beperkingen van de Wob grotendeels onveranderd blijven in de Woo.⁶⁶ De meest in het oog springende wijzigingen zijn dat er twee nieuwe gronden worden toegevoegd: weigering in het belang van het milieu⁶⁷ en weigering ter beveiliging van personen of bedrijven of ter voorkoming van sabotage.⁶⁸ Daarnaast zal de huidige absolute weigeringsgrond van 'bedrijfs- en fabricagegegevens' bij de Woo een relatieve weigeringsgrond worden.⁶⁹ Verder wordt er een aantal bijzondere bepalingen toegevoegd aan de materiële regeling. Zo komt er een verzwaarde motiveeringsplicht bij informatie ouder dan vijf jaar⁷⁰ en komt er een mogelijkheid om in geval van 'klemmende redenen' of ten behoeve van (historisch, statistisch, wetenschappelijk of journalistiek) onderzoek de informatie uitsluitend aan de verzoeker te verstrekken onder voorwaarde van geheimhouding.⁷¹

4.1.2 Beoordeling in het licht van het EVRM

Nu de materiële gronden waarop wordt besloten of informatie openbaar wordt gemaakt gro-

tendeels onveranderd blijven, achten wij de Woo vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM in beginsel gelijkwaardig aan de Wob. In de Woo zal geen bepaling worden opgenomen die direct aansluit bij het criterium 'zeer bijzondere omstandigheden', zoals voortvloeiend uit de jurisprudentie van de Afdeling over artikel 10 EVRM. Hierdoor zal dit (in de jurisprudentie ontwikkelde) criterium in beginsel nog steeds nodig zijn om ervoor te zorgen dat de Woo EVRM-*proof* is. De vraag of de Woo EVRM-*proof* is, zal dus weer afhangen van hoe het criterium van 'zeer bijzondere omstandigheden' door de Afdeling wordt ingevuld. Dit betekent dat de Woo op het moment van inwerkingtreding op dit punt in wezen alweer achterhaald is.

Er is niettemin een aantal bepalingen in de Woo die vanuit het perspectief van artikel 10 EVRM als wenselijke aanvulling kunnen worden beschouwd. Zo komen er onder de Woo meer mogelijkheden om maatschappelijk relevante informatie aan *public watchdogs* te verstrekken, zonder dat het direct openbaar wordt gemaakt voor een ieder. Hierdoor kan mogelijk op relevante onderwerpen in het maatschappelijk debat het informatiemonopolie van de overheid worden doorbroken en tegelijkertijd worden voorkomen dat de belangen van derden te veel worden geschaad. Of de rechten voortvloeiend uit artikel 10 EVRM hier daadwerkelijk mee zullen zijn gebaat, zal afhangen van de voorwaarden van geheimhouding. Als een Woo-verzoeker onder geheimhouding op maatschappelijk relevante informatie stuit, maar vanwege die geheimhouding niets kan met de informatie, dan is hij terug bij af.

4.2 Jegens wie bestaat het recht op overheidsinformatie?

4.2.1 Bestuursorganen, instellingen werkzaam onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan en de semipublieke sector

De Woo zal evenals de huidige Wob primair van toepassing zijn op *bestuursorganen* in de

64 Dossier wetsvoorstel Wet open overheid, *Kst. II* 2013/14, 33328.

65 *Kst. II* 2018/19, 35112, 2.

66 Art. 5.1 en 5.2 Woo.

67 Art. 5.1 lid 2 onder g Woo.

68 Art. 5.1 lid 2 onder h Woo.

69 Art. 5.1 lid 2 onder f Woo.

70 Art. 5.3 Woo.

71 Art. 5.6 en 5.7 Woo.

zin van artikel 1:1 lid 1 Awb.⁷² Daarnaast is de nieuwe wet net als op grond van het huidige artikel 3 lid 1 Wob van toepassing op *een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf*.⁷³ Voor wat betreft het bestuursorgaanbegrip is van belang dat de Woo het toepassingsbereik uitbreidt naar onder meer de Eerste en Tweede Kamer; de Raad van State, tenzij de Raad het koninklijk gezag uitoefent, en met uitzondering van de Afdeling bestuursrechtspraak; de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman.⁷⁴ Deze uitbreiding is ingegeven door internationale ontwikkelingen, waaronder het Verdrag van Tromsø, dat een breder overheidsbegrip kent en het sluit aan bij artikel 110 Grondwet. Ook is er voor de toepassing van de openbaarheidswetgeving geen principiële reden om de genoemde organen uit te zonderen, aldus de memorie van toelichting.⁷⁵ Het gaat hier om organen die tot de kern van de overheid behoren.⁷⁶

Het vernieuwende aan de Woo is vooral dat zij daarnaast voorziet in de mogelijkheid om ook *semipublieke instellingen* die geen bestuursorgaan zijn onder de reikwijdte van de wet te brengen.⁷⁷ De reikwijdte van de wet wordt niet direct uitgebreid tot de semipublieke sector. In plaats daarvan is in artikel 2.3 de mogelijkheid geschapen om bij AMvB rechtspersonen aan te wijzen waarover bij een in diezelfde AMvB aangewezen bestuursorgaan informatie kan worden gevraagd. De openbaarmaking is op grond van artikel 2.3 lid 2 Woo beperkt tot informatie over de besteding van de bekostiging, de uitvoering van de taak, de behartiging van het publiek belang, alsmede de totstandkoming van besluitvorming ter zake van andere onder-

werpen, voor zover die besluitvorming wordt beïnvloed door een bestuursorgaan of door een bestuurslid dat door een bestuursorgaan is benoemd. Zo wordt voorkomen dat bijvoorbeeld bij ziekenhuizen patiënteninformatie openbaar wordt.⁷⁸ Het aangewezen bestuursorgaan kan bij de semipublieke instelling de benodigde gegevens vorderen,⁷⁹ zo nodig onder dreiging van een last onder dwangsom.⁸⁰ Aanwijzing bij AMvB kan op grond van artikel 2.3 lid 1 plaatsvinden indien de betrokken semipublieke instelling:

- a. voor meer dan € 100.000 per jaar uit algemene middelen wordt bekostigd;
- b. een wettelijke taak uitoefent;
- c. een publiek belang behartigt;
- d. is aangemerkt als een publieke entiteit in artikel 1 onderdeel d Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten;
- e. voor meer dan 50% een of meer krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen als aandeelhouder heeft; of
- f. is opgericht door een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, dan wel een of meer leden van het hoogste orgaan van de rechtspersoon worden benoemd door een bestuursorgaan of waarbij een bestuursorgaan op andere wijze overwegende invloed op het beleid van de rechtspersoon heeft.

Aanvankelijk was het de bedoeling dat de toepassing van de wet zou worden uitgebreid naar besturen van koepelorganisaties van openbare lichamen. Dit bracht met zich dat een private rechtspersoon als de VNG, anders dan nu het geval is,⁸¹ ook onder het bereik van de wet zou vallen. In de eerdergenoemde *novelle* hebben de initiatiefnemers deze uitbreiding weer geschrapt.⁸² Weliswaar zijn er volgens de initi-

72 Art. 2.2 lid 1 aanhef en onder a Woo.

73 Art. 4.1 lid 1 Woo.

74 Art. 2.2 lid 1 Woo.

75 *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 21-22.

76 *Kst. II* 2013/14, 33328, 12, p. 14.

77 Zie uitgebreid N. Jak, 'Semipublieke instellingen en de Wet open overheid', *NJB* 2016/1475.

78 *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 28.

79 Art. 2.3 lid 2 Woo.

80 Art. 8.5 lid 1 Woo.

81 ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5933, *Gst.* 2011/121, m.nt. N. Jak.

82 *Kst. II* 2018/19, 35112, 2. Zie art. I en onder D.

atiefnemers goede argumenten om de koepelorganisaties onder het bereik van de Woo te brengen, maar zal daarmee de hoeveelheid informatie door de uitbreiding niet noemenswaardig toenemen. Veel informatie zou bestaan uit intern beraad en voorts berusten bij de decentrale bestuursorganen zelf. Daarbij komt dat de uitbreiding flinke organisatorische gevolgen heeft voor de koepelorganisaties. Zij zullen moeten beslissen op verzoeken om openbaarmaking en zullen geconfronteerd worden met bezwaar- en beroepsprocedures. Dat weegt volgens de initiatiefnemers niet op tegen de toename van de openbaarheid als gevolg van de uitbreiding van de reikwijdte.⁸³ Wanneer dit wijzigingsvoorstel standhoudt, blijft de uitspraak van 25 mei 2011, waarin de Afdeling oordeelde dat de VNG niet onder de Wob valt, relevant onder de Woo.⁸⁴ Het verdient opmerking dat ook DNB en de AFM onder de reikwijdte van de Woo worden gebracht. Zoals hiervoor is uiteengezet, geldt op dit moment voor deze instellingen dat zij op grond van het Besluit bestuursorganen WNO en WOB voor een deel van hun werkzaamheden zijn uitgezonderd van de Wob. Die uitzondering wordt in beginsel opgeheven. In de memorie van toelichting wordt aangegeven dat een uitzonderingspositie voor deze organen niet is te rechtvaardigen. Daarnaast wordt gesteld dat de uitzonderingsgronden op de openbaarheid van informatie voldoende bescherming bieden aan de belangen die eerst werden beschermd door de informatie categorisch buiten de Wob te plaatsen door middel van het vigerende Besluit bestuursorganen WNO en WOB.⁸⁵ Zo is in de bijlage bij artikel 8.8 van het wetsvoorstel een aantal wetten opgenomen dat thans is uitgezonderd op grond van het Besluit bestuursorganen WNO en WOB. De in die wetten opgenomen bijzondere

openbaarheidsregimes gaan op grond van artikel 8.8 voor op de bepalingen van het wetsvoorstel.⁸⁶

Voor het geval dat een semipublieke instelling niet onder de reikwijdte van de wet valt, maar wel beschikt over publieke informatie, kan de burger zijn informatieverzoek indienen bij het bestuursorgaan waarbij de betreffende informatie 'had behoren te berusten'. Het voorgestelde artikel 4.2 lid 2 codificeert de jurisprudentie waaruit volgt dat van een bestuursorgaan mag worden verwacht dat het een inspanning verricht om documenten te vergaren die niet bij het bestuursorgaan berusten, maar daar wel hadden behoren te berusten.⁸⁷

4.2.2 Beoordeling in het licht van het EVRM

In de eerste plaats valt op dat de Woo het toepassingsbereik uitbreidt naar onder meer de Eerste en Tweede Kamer. Met die uitbreiding is de wet meer in overeenstemming met artikel 10 EVRM. Opmerkelijk is wel dat de rechterlijke macht niet onder het bereik van de Woo wordt gebracht. Volgens de memorie van toelichting gelden daarvoor voldoende andere regels om openbaarheid en transparantie te garanderen en zijn in de praktijk geen of nauwelijks problemen geconstateerd.⁸⁸ De openbaarheid van uitspraken en de vertrouwelijkheid van processtukken zou niet bij de Woo passen.⁸⁹ Dat neemt niet weg dat de uitsluiting van de rechterlijke macht, gelet op de rechtspraak van het EHRM, mogelijk op gespannen voet staat met artikel 10 EVRM.⁹⁰

Daarnaast springt in het oog dat DNB en de AFM onder de reikwijdte van de Woo komen te vallen. Ook die uitbreiding zorgt ervoor dat het Nederlandse openbaarheidsregime meer EVRM conform wordt.

⁸⁶ *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 90-91; *Kst. II* 2013/14, 33328, 12, p. 15.

⁸⁷ *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 77.

⁸⁸ *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 22.

⁸⁹ *Kst. II* 2013/14, 33328, 12, p. 14.

⁹⁰ *TASZ t. Hongarije*.

⁸³ *Kst. II* 2018/19, 35112, 3, p. 13.

⁸⁴ ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5933, *Gst.* 2011/121, m.nt. N. Jak.

⁸⁵ *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 22-23.

Interessant is dat de initiatiefnemers de eerdere uitbreiding naar de koepelorganisaties in de *novelle* weer wensen terug te draaien. Dit betekent dat koepelorganisaties als de VNG niet onder de Woo vallen, wat blijkens de Afdelingsrechtspraak ook al geldt voor de Wob. Dit doet wel de vraag rijzen hoe dit zich verhoudt tot artikel 10 EVRM. In de memorie van toelichting bij de *novelle* is aan deze vraag geen aandacht besteed. Dat is opmerkelijk omdat, zoals gezegd, niet zonder meer is uitgesloten dat een organisatie als de VNG onder het toepassingsbereik van artikel 10 EVRM valt. De Afdeling zal zich uiteindelijk alsnog over deze kwestie moeten buigen, aangezien de al vaker genoemde uitspraak van 25 mei 2011 daarover geen (bevredigend) antwoord bevat.⁹¹

Verder is van belang hoe de Woo omgaat met private rechtspersonen met een publieke taak die geen bestuursorgaan zijn en ook niet werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan, zoals het eerdergenoemde staatsbedrijf TenneT BV. Voor dergelijke rechtspersonen geldt dat zij, wanneer zij aan één van de in artikel 2.3 lid 1 genoemde criteria voldoen, bij AMvB kunnen worden aangewezen, waardoor zij onder de Woo zullen vallen. Dat levert een forse uitbreiding op waardoor de Woo in potentie beter dan de Wob aansluit bij artikel 10 EVRM. In potentie, omdat de aanwijzing bij AMvB dan wel moet plaatsvinden. Het is zeer wel mogelijk dat wanneer instellingen die aan de criteria voldoen (nog) niet zijn aangewezen, zij desondanks in de context van het EVRM wel tot de overheid kunnen worden gerekend en aldus aan artikel 10 EVRM gebonden zijn. Zo bezien kan er nog steeds een discrepantie bestaan tussen de Woo en artikel 10 EVRM. Gelet hierop sloot de in het oorspronkelijke wetsvoorstel van de Woo opgenomen voorstel om de wet rechtstreeks op de semipublieke sector van toepassing te laten

zijn beter aan op het EVRM.⁹² De Afdeling advisering was daarover kritisch; dit vormt volgens haar namelijk een inbreuk op de autonomie van de private instellingen.⁹³ Deze kritiek is voor de initiatiefnemers aanleiding geweest om de uitbreiding op een andere manier vorm te geven.⁹⁴

5. Conclusie

In dit artikel is ingegaan op de vraag in hoeverre de Wob en de Woo in overeenstemming zijn met het recht op overheidsinformatie zoals dat voortvloeit uit artikel 10 EVRM. Daarbij is zowel naar het materiële openbaarheidsregime als naar de formele reikwijdte van de openbaarheidsregels gekeken.

Wat betreft het materiële recht hebben wij de volgende observaties. Sinds kort heeft het EHRM in de jurisprudentie duidelijk uiteengezet hoe het leerstuk van toegang tot overheidsinformatie op grond van artikel 10 EVRM wordt ingevuld. Om te bepalen of er sprake is van een inmenging in dat recht, wordt door het EHRM gekeken naar het doel van het informatieverzoek, de hoedanigheid van de verzoeker, de aard van de informatie waar om wordt verzocht en of de overheid over de informatie beschikt. Pas daarna wordt getoetst of de inmenging in artikel 10 lid 1 EVRM wordt gerechtvaardigd op grond van artikel 10 lid 2 EVRM. Bij die rechtvaardiging is met name de noodzakelijkheidstoets van belang. Bij die laatste toets lijkt het EHRM vaak rekening te houden met de volgende uitgangspunten: (i) de

92 Art. 2.2 van het oorspronkelijke wetsvoorstel. *Kst. II* 2011/12, 33328, 2.

93 Advies par. 4. Dit wordt onderschreven door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Plasterk. *Handelingen II* 2015/16, 72, item 15, p. 25. Zie ook het – niet aangenomen – amendement van Veldman (VVD) en Bisschop (SGP); *Kst. II* 2015/16, 33328, 23.

94 *Kst. II* 2013/14, 33328, 7, p. 14; *Kst. II* 2013/14, 33328, 9, p. 28.

91 ABRvS 25 mei 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ5933, *Gst.* 2011/121, m.nt. N. Jak. Zie ook par. 3.2.3.

relevantie van het onderwerp van het informatieverzoek in het maatschappelijke debat, (ii) of en in hoeverre er derden daadwerkelijk worden benadeeld door openbaarmaking van de informatie, en (iii) of er sprake is van een informatiemonopolie.

Wij hebben deze jurisprudentie van het EHRM afgezet tegen de Wob. De Afdeling neemt bij beroepen op artikel 10 EVRM in Wob-procedures als uitgangspunt dat de Wob in algemene zin in overeenstemming is met artikel 10 EVRM. Voor het concrete geval biedt de Afdeling de Wob-verzoeker evenwel de mogelijkheid om *zeer bijzondere omstandigheden* aan te voeren die toch nog nopen tot afwijking van de Wob. Met toepassing van dit criterium kan de Afdeling mogelijke discrepanties tussen de Wob en artikel 10 EVRM wegnemen, bijvoorbeeld in de sfeer van de absolute weigeringsgronden. Tot nog toe is geen uitspraak verschenen waarin de Afdeling concludeert dat van *zeer bijzondere omstandigheden* sprake is. Dat is dus afwachten. Volgens ons zou van *bijzondere omstandigheden* sprake kunnen zijn wanneer er bij de overheid een informatiemonopolie bestaat. Hoe dan ook zal ervoor moeten worden gewaakt dat het genoemde criterium niet te streng wordt geïnterpreteerd, omdat de potentiële discrepanties tussen de Wob en het EVRM zich daardoor kunnen verwezenlijken. Wanneer de Afdeling oog blijft houden voor de wijze waarop het EHRM de noodzakelijkheidstoets invult, kan met een gerust hart worden geconcludeerd dat de Wob EVRM-*proof* is en dat Nederland op dit punt dus geen veroordeling in Straatsburg hoeft te verwachten.

De Woo brengt qua materiële gronden waarop wordt besloten of informatie al dan niet openbaar wordt gemaakt nauwelijks veranderingen ten opzichte van de Wob. Van belang is dat het criterium van *zeer bijzondere omstandigheden* niet wordt gecodificeerd en ook verder niet volledig wordt ondervangen. Ook blijkt uit de wetsgeschiedenis niet dat de wetgever heeft nagedacht over de verhouding tussen de Woo en de recente ontwikkelingen in de Nederland-

se en Europese rechtspraak over artikel 10 EVRM op het gebied van toegang tot overheidsinformatie. Dit betekent dat de Woo op het moment van inwerkingtreding in wezen alweer is achterhaald. Bovendien blijft de conformiteit met het EVRM dan afhankelijk van de rechtspraak van de Afdeling over de vraag wanneer sprake is van *zeer bijzondere omstandigheden*, met het risico dat de bestaande potentiële discrepanties met artikel 10 EVRM blijven bestaan. Het is volgens ons op zijn plaats dat de wetgever overweegt om het genoemde criterium alsnog in de wet op te nemen dan wel aan dat criterium in de toelichting expliciet aandacht besteedt. De *novelle* die op dit moment bij de Tweede Kamer aanhangig is, zou hier uitkomst kunnen bieden.

Wanneer we kijken naar de vraag tegen wie het recht op overheidsinformatie kan worden ingeroepen, dan kan nog een aantal stappen gezet worden. Op het niveau van het EVRM geeft het EHRM een ruime en autonome interpretatie van het overheidsbegrip. De entiteiten waarover de verplichtingen van de Wob zich uitstrekken zijn aanzienlijk beperkter, zo is duidelijk geworden. De Woo tracht de reikwijdte van de regels over openbaarheid van overheidsinformatie te verbreden. Vanuit het perspectief van het EVRM zijn van belang de uitbreidingen naar de Eerste en Tweede Kamer, DNB en AFM en de semipublieke sector. Daarmee sluit de Woo beter dan de Wob aan op artikel 10 EVRM. Het springt in het oog dat de rechterlijke macht buiten het toepassingsbereik wordt gehouden evenals de koepelorganisaties, zoals de VNG; dat zou nog wel eens op gespannen voet kunnen staan met artikel 10 EVRM. Wat betreft de semipublieke sector kan de uitbreiding als *zeer aanzienlijk* worden aangemerkt, al moet daarbij wel worden gezegd dat er door de gekozen AMvB-constructie nog steeds discrepanties met het EVRM kunnen blijven bestaan. Het is namelijk goed mogelijk dat instellingen die in aanmerking komen voor plaatsing op de AMvB maar (nog) niet zijn opgenomen, buiten het toepassingsbereik van

de Woo vallen, maar op grond van de rechtspraak van het EHRM wel (al) gebonden zijn aan artikel 10 EVRM. Dat levert voor die instellingen een rechts-onzekere situatie op. Het zou dan ook goed zijn wanneer de betekenis van artikel 10 EVRM voor de formele reikwijdte van het recht op toegang tot overheidsinformatie scherper op het netvlies van de wetgever⁹⁵ en de bestuursrechter komt te staan. Ook hier zou de wetgever de *novelle* nog kunnen aangrijpen om de Woo meer EVRM-proof te maken.

Over de auteurs

Mr. dr. N. (Niels) Jak

Senior Professional Support Lawyer bij Stibbe en verbonden aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit te Amsterdam.

Mr. J. (Jake) Tingen

Jake Tingen is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

⁹⁵ Ook van de bijzondere wetgever, zo laat het besproken voorbeeld van Invest-NL zien (par. 3.2.3).