

NOTENKRAKER

Kennisneming door de rechter van vertrouwelijke stukken buiten partijen om

CBb 14 oktober 2011, nr. AWB 10/85 en 10/86

E.J. Daalder

1 Inleiding

Uit het in, onder meer, artikel 6 EVRM neergelegde *fair trial*-beginsel volgt het uitgangspunt dat bij een procedure betrokken partijen van dezelfde stukken kennis moeten kunnen nemen als de rechter. Anders geformuleerd: de rechter mag zijn oordeel in beginsel niet (mede) baseren op documenten of andere gegevens die niet aan partijen bekend zijn en waarover zij zich niet hebben kunnen uitspreken. In het bestuursprocesrecht, waarbij altijd een van partijen een bestuursorgaan is, geldt ter borging van het beginsel van een eerlijk proces voor de overheid de verplichting om de 'op een zaak betrekking hebbende stukken' aan de rechter toe te zenden (art. 8:42 Awb). De wederpartij van de overheid neemt daardoor kennis van de inhoud van die stukken. Hierdoor wordt geborgd dat degene die opkomt tegen een besluit van de overheid kennis draagt van alle door het bestuursorgaan bij de besluitvorming betrokken informatie en zijn bezwaren tegen het besluit daarop mede kan baseren.

Onder omstandigheden kunnen er (gerechtvaardigde) bezwaren bestaan tegen kennisneming door de wederpartij van de overheid van op de zaak betrekking hebbende stukken. Te denken valt aan stukken die bedrijfsvertrouwelijke of privacygevoelige informatie van derden bevatten. Vooral in zaken waarbij naast de overheid meer partijen met tegengestelde belangen betrokken zijn, kan dat zich voordoen. De Algemene wet bestuursrecht voorziet in artikel 8:29 in de mogelijkheid dat het bestuursorgaan bij het toezenden van de stukken aan de rechter vraagt te bepalen dat alleen de rechter van die stukken kennis neemt (een zgn. verzoek tot beperkte kennisneming). Het bestuursorgaan zal dan aannemelijk moeten maken dat er 'gewichtige redenen' voor vertrouwelijkheid bestaan die meebrengen dat uitsluitend de rechter van de stukken kennis mag nemen. Het is vervolgens aan de rechter om te bepalen of de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is (art. 8:29 lid 3 Awb). Die neemt daartoe vertrouwelijk kennis van de betreffende stukken. Acht de rechter de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd, dan kan hij alleen met toestemming van de andere partijen mede op grondslag van de betreffende documenten uitspraak doen (art. 8:29 lid 5 Awb). Wordt de gevraagde toestemming geweigerd, dan mag de rechter de stukken niet bij zijn oordeel betrekken. De gevolgen van de weigering komen dan in

beginsel voor rekening van de weigerende partij, hetgeen kan betekenen dat de rechter ervan uitgaat dat wat de overheid stelt juist is.

Deze uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven geeft inzicht in de wijze waarop het CBb met verzoeken tot beperkte kennismening omgaat.

2 De casus

Op 16 december 2009 heeft OPTA het zogenoemde *Wholesale Line Rental 2009-2011*-besluit (*WLR-II*-besluit) genomen. In dit besluit worden regels gesteld over de tarieven die KPN voor de dienst *wholesale line rental* aan haar afnemers mag berekenen. Bij het nemen van dit besluit heeft OPTA zich mede gebaseerd op door KPN vertrouwelijk verstrekte informatie. Twee van deze afnemers, Pretium en Tele2 hebben tegen dit besluit beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven ingesteld. In de procedure bij het CBb heeft OPTA met een beroep op artikel 8:29 lid 1 Awb aan het CBb gevraagd om te bepalen dat ten aanzien van een aantal documenten uitsluitend het CBb daarvan kennis zal nemen. Het betrof onder meer een document met een accountantsverklaring en een onderbouwing van een tarief van PriceWaterhouseCoopers (gedingstuk B5) en een rapport van PriceWaterhouseCoopers (gedingstuk B7). In een (tussen)beslissing van 5 september 2011 heeft het CBb bepaald dat beperkte kennismening niet gerechtvaardigd was en OPTA gevraagd nieuwe openbare versies van de documenten over te leggen. OPTA heeft dat gedaan, maar ten aanzien van enkele passages opnieuw met verwijzing naar artikel 8:29 Awb verzocht te bepalen dat uitsluitend het CBb van de passages kennis zal nemen. Ten aanzien van die passages stelt OPTA zich op het standpunt dat deze de namen en andere persoonsgegevens van accountants, werknemers van KPN en een medewerker van OPTA bevatten. Het verzoek om beperkte kennismening van andere passages beargumenteert OPTA met de stelling dat sprake was van concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens.

3 De overwegingen van het CBb

‘2.2. Ingevolge het bepaalde bij artikel 19, eerste lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie juncto artikel 8:29, eerste lid, Awb, voor zover hier van belang, kunnen partijen die verplicht zijn stukken over te leggen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het College mededelen dat uitsluitend het College van die stukken kennis zal mogen nemen. Uit het derde lid van dit artikel volgt dat het College beslist of de beperking van de kennismening gerechtvaardigd is.

Deze beslissing vergt een afweging van belangen. Enerzijds zijn hierbij aan de orde het belang dat partijen over en weer gelijkelijk beschikken over de voor de beslechting van het geschil relevante informatie, alsmede het belang dat de rechter beschikt over alle informatie die nodig is om de zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen. Anderzijds speelt een rol dat openbaarmaking van bepaalde gegevens het belang van een partij onevenredig kan schaden,

waarbij ook is betrokken het belang van OPTA om vertrouwelijke gegevens aangeleverd te krijgen. Onder dergelijke gegevens dienen mede te worden begrepen concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens. Onder concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens moeten naar het oordeel van het College in ieder geval als het onderhavige evenzeer opmerkingen en gegevens worden begrepen die, hoewel zelf niet als bedrijfsgegevens aan te merken, niettemin inzicht kunnen bieden in de door betrokkene(n) voorgestane (markt)strategie.

(...)

2.4 Hetgeen OPTA ter motivering van het verzoek om beperking van de kennisneming heeft aangevoerd, brengt het College tot het volgende oordeel.

2.4.1 Met betrekking tot het beroep van OPTA op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van accountants, werknemers van KPN en van een ambtenaar van OPTA in de twee thans ingediende stukken, overweegt het College als volgt.

In het geval een bestuursorgaan een beroep op geheimhouding doet, hebben – blijkens de wetsgeschiedenis bij artikel 8:29 Awb – de criteria van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) als ondergrens te gelden. Dit betekent dat het recht van een belanghebbende op kennisneming van gedingstukken in een bestuursrechtelijke procedure minimaal gelijk is aan de aanspraak op publieke openbaarheid ingevolge de Wob, die aan een ieder toekomt. Ingevolge artikel 10, tweede lid, Wob blijft het verstrekken van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Deze bepaling impliceert dat een afweging van de bij het verstrekken van informatie betrokken belangen dient plaats te vinden. In een zaak als de onderhavige geldt als uitgangspunt, dat de op een juridische procedure betrekking hebbende gedingstukken openbaar zijn, tenzij sprake is van een of meer gewichtige redenen als bedoeld in artikel 8:29 Awb, op grond waarvan de openbaarheid van die gedingstukken dient te worden beperkt. In het licht hiervan is de door OPTA gevraagde beperking van de kennisneming, volgens bestendige jurisprudentie van het College (zie: beslissing op grond van artikel 8:29, derde lid, Awb van 22 december 2005 in de zaken AWB 05/83, 05/85, 05/86 en 05/88, <www.rechtspraak.nl>, *LJN AU8623*), in beginsel niet gerechtvaardigd wat betreft – onder meer – in brieven of gespreksverslagen genoemde namen.

OPTA heeft niet gemotiveerd waarom in dit geval het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betreffende personen dient te prevaleren boven het belang van openbaarheid van de op onderhavige juridische procedure betrekking hebbende stukken. De omstandigheid dat OPTA een verzoek om informatie ingevolge artikel 10, tweede lid, Wob zou kunnen afwijzen, vormt niet zonder meer een doorslaggevende reden om een beroep op geheimhouding gerechtvaardigd te achten. In zodanig geval kan een beroep op artikel 8:29 Awb eerst gerechtvaardigd zijn, indien sprake is van

gewichtige redenen als bedoeld in die bepaling. Van zodanige gewichtige redenen is het College niet gebleken. Het College acht beperking van de kennisneming van de door OPTA ingediende accountantsverklaring van 26 maart 2009 alsmede van het rapport van feitelijke bevindingen van 30 juni 2009 in zoverre dan ook niet gerechtvaardigd.

2.4.2. Het College is voorts met OPTA van oordeel dat in de eerste twee alinea's op pagina drie van het rapport van feitelijke bevindingen van PriceWaterhouseCoopers van 30 juni 2009, bedrijfsvertrouwelijke gegevens van KPN staan vermeld die inzicht geven in de door KPN verwachte marktontwikkelingen. In zoverre bevat dit stuk dan ook bedrijfsvertrouwelijke gegevens of gegevens waaruit (gedeeltelijk) een marktstrategie zou kunnen worden afgeleid, zo al niet zonder meer sprake is van concurrentiegevoelige gegevens in evenbedoelde zin. Deze vertrouwelijkheid dient te worden geëerbiedigd, omdat openbaarmaking van deze informatie tot een onevenredig nadeel voor de verstrekker van de gegevens zal kunnen leiden, terwijl kennisneming van deze informatie door de partij die er niet over beschikt niet noodzakelijk is om haar belangen naar behoren te kunnen bepleiten. Het College is derhalve van oordeel dat beperking van de kennisneming ten aanzien van het onder B7 opgenomen rapport van feitelijke bevindingen van PriceWaterhouseCoopers van 30 juni 2009 in zoverre gerechtvaardigd is te achten.'

4 Analyse

In de eerste plaats kan worden gewezen op het criterium dat het CBb hanteert bij de beoordeling van het verzoek om beperkte kennisneming. Het CBb wijst erop dat de beslissing op een dergelijk verzoek een afweging van belangen vergt. Enerzijds is er het belang dat partijen over en weer gelijk beschikken over de voor de beslissing in het geschil relevante informatie en het belang dat de rechter beschikt over alle informatie die nodig is om een zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen. Anderzijds bestaat er het belang dat openbaarmaking van bepaalde gegevens een partij onevenredig kan schaden waarbij ook rekening moet worden gehouden met het belang van OPTA om vertrouwelijke gegevens aangeleverd te krijgen. Dat laatste doet zich bij concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens voor. Dit criterium is een uitwerking van uitspraken met de vergelijkbare belangenafweging. Zie CBb 15 juni 2005, *JB* 2005, 263 en CBb 9 januari 2009, *JB* 2009, 105. Zie hierover uitvoeriger E.J. Daalder, *Handboek Openbaarheid van bestuur*, par. 9.7.2.¹

In de tweede plaats is van belang dat door het CBb een relatie wordt gelegd met de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Artikel 8:29 lid 2 Awb bepaalt dat er voor een bestuursorgaan in ieder geval geen sprake is van gewichtige redenen als het bestuursorgaan op grond van de Wob verplicht zou zijn om een verzoek om informatie vervat in de verplicht over te leggen stukken zou worden gedaan. De Wob vormt daarmee de ondergrens en dat betekent dat een bestuursorgaan, dat

1 E.J. Daalder, *Handboek Openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

E.J. Daalder

een beroep op gewichtige redenen wil doen, zal moeten aantonen dat de Wob in ieder geval niet verplicht tot openbaarmaking van de informatie en de betreffende documenten. Zoals het College het uitdrukt: het recht van een belanghebbende op kennisneming van gedingstukken in een bestuursrechtelijke procedure is minimaal gelijk aan de aanspraak op publieke openbaarheid ingevolge de Wob die aan een ieder toekomt. Dat is logisch. Als een ieder met een beroep op de Wob de informatie kan krijgen, kunnen er geen gewichtige redenen bestaan die zich verzetten tegen het door partijen in een procedure kennisnemen van dezelfde informatie.

De Wob heeft echter wel betekenis voor de beoordeling van een beroep dat door een bestuursorgaan op gewichtige redenen wordt gedaan. De Wob kent in de artikelen 10 en 11 een aantal uitzonderingsgronden op het uitgangspunt van de wet dat overheidsinformatie in beginsel openbaar is. De weigeringsgronden van de Wob worden in de praktijk gebruikt om aan het begrip 'gewichtige redenen' invulling te geven. Daarmee zijn de weigeringsgronden van de Wob vaak wel richtinggevend bij vaststelling van de belangen die zich tegen kennisneming van partijen van een bepaald stuk van de overheid verzetten. Is daarvan sprake, dan zal dat belang moeten worden afgewogen tegen het belang van partijen om over dezelfde informatie als de overheid en de rechter te beschikken.

In de sfeer van het toezicht speelt deze problematiek vooral in de gevallen waarin meerdere partijen aan het geding deelnemen. Denk bijvoorbeeld aan het geval, waarin een concurrent aan een toezichthouder, zoals de NMa of OPTA vraagt om handhavend op te treden tegen vermeende overtreding. In de sfeer van het economisch bestuursrecht zal aan een dergelijk verzoek vaak een uitvoerig onderzoek door de toezichthouder vooraf gaan. In sommige gevallen wordt door toezichthouders daarbij ruimhartig gebruik gemaakt van de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen of zelf een bedrijfsbezoek af te leggen. Dat leidt tot zeer uitvoerige dossiers met soms veel bedrijfsvertrouwelijke informatie. In zaken waarin een bestuurlijke boete aan de orde is, betekent dat bovendien dat de onderneming op wie het onderzoek zich richt, vaak eigen ontlastend materiaal aan het dossier toevoegt. Bovendien beschikt de toezichthouder met het oog op de boeteoplegging dan een goed inzicht in de financiële positie van de betrokken onderneming. Het komt dan ook regelmatig voor dat ten aanzien van een betrekkelijk groot aantal stukken om beperkte kennisneming wordt verzocht. Op een dergelijk verzoek wordt in de praktijk overigens beslist door een 'geheimhoudingskamer', die uit andere rechters bestaat dan de leden van het college die in de zaak zelf een oordeel over het beroep geven.

De vraag of een beroep op artikel 8:29 Awb kan worden gehonoreerd vergt, als aangegeven, een afweging van belangen, en algemene uitspraken daarover zijn moeilijk te doen. Vaak zal het van de aard en inhoud van het document afhangen of een beroep op beperkte kennisneming kan worden gehonoreerd. In een uitspraak van 22 december 2005, AB 2006, 79 heeft het CBb in algemene zin overwogen dat een beperking van de kennisneming in beginsel niet gerechtvaardigd is, wat betreft

‘(a) in brieven of gespreksverslagen genoemde namen, (b) gegevens die ook in andere stukken voorkomen, terwijl in dat verband geen mededeling inzake beperking van kennismening is gedaan, (c) meningen en standpunten van partijen en derden, behalve indien en voor zover daaruit bedrijfsvertrouwelijke gegevens van die partij of derde blijken en (d) gegevens die van algemene bekendheid zijn, bijvoorbeeld omdat ze uit openbare stukken blijken’.

Het CBb sluit in deze zaak bij die uitspraak aan door te overwegen dat namen in beginsel openbaar moeten worden gemaakt. Het CBb acht in ieder geval niet voldoende dat een verzoek om informatie op grond van de Wob, waar het de namen betreft, zou kunnen worden afgewezen op grond van artikel 10 lid 2 onder e Wob. In de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak is inmiddels de hoofdregel ontwikkeld dat namen, bijzondere omstandigheden daargelaten, met een beroep op dit artikel mogen worden geweigerd (zie bijv. ABRvS 10 mei 2010, AB 2010, 213 m.nt. P.J. Stolk en ABRvS 18 juli 2007, AB 2007, 328 m.nt. P.J. Stolk). Die omstandigheid vormt, zo zegt het CBb, ‘niet zonder meer een doorslaggevende reden om een beroep op geheimhouding gerechtvaardigd te achten’. Er moet dus een bijzonder belang zijn waarom namen worden geweigerd. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een geval waarbij aan een onderneming een bestuurlijke boete wordt opgelegd voor het handelen of nalaten van in de stukken met namen genoemde medewerkers. Dergelijke omstandigheden deden zich hier niet voor.

Het beroep op gewichtige redenen vanwege de bedrijfsvertrouwelijke informatie van KPN wordt wel gehonoreerd. Voor het weigeren van bedrijfsvertrouwelijke informatie biedt de Wob in artikel 10 lid 1 onder c Wob (‘bedrijfs- en fabricagegegevens’) en artikel 10 lid 2 onder g Wob (voor onder meer anderszins concurrentiegevoelige informatie) een grond. Het CBb is van mening dat ook al gaat het niet om bedrijfsgegevens als zodanig, maar gegevens die inzicht kunnen bieden op een marktstrategie of kennismening daarvan, kennismening in beginsel vanwege gewichtige redenen tot de rechter kan worden beperkt. In dit geval was aanneemelijk dat openbaarmaking van die gegevens tot onevenredig nadeel van KPN zou leiden. Anderzijds was kennismening van de informatie volgens het CBb door de partij die er niet over beschikt niet noodzakelijk om haar belangen naar behoren te kunnen bepleiten. De door het CBb uitgevoerde belangenafweging viel daarom in het voordeel van vertrouwelijkheid uit.

Deze uitspraak van het CBb maakt in ieder geval duidelijk dat een beroep op de gewichtige redenen door het CBb nauwkeurig wordt onderzocht. Bestuursorganen zullen dat beroep daarom wellicht nog meer dan in het verleden gemotiveerd moeten onderbouwen. De betekenis van de informatie voor de (proces)positie van de wederpartij van de overheid speelt daarbij, zo blijkt uit deze uitspraak, een relevante rol.