

**Noot bij ABRvS 12 oktober 2005, LJN: AU4157, zaaknr. 200409392/1**

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=au4157>

**Artt.** 1, aanhef en onder a, 3, 10, lid 2, aanhef en sub b Wob, 8:72, lid 2 en lid 4 Awb, Wet voorkeursrecht gemeenten

**Trefwoorden:** document, computerbestand, elektronisch bestuur, uitspraakbevoegdheden, rechterlijke aanwijzing

**Samenvatting:**

Appellant heeft het college van burgemeester en wethouders van Rotterdam op grond van de Wob nadere gegevens gevraagd met betrekking tot ontwikkelingskosten inzake zijn percelen grond, waarop een voorkeursrecht is gevestigd. Het – in bezwaar gehandhaafde - weigeringsbesluit van het college is gebaseerd op art. 10, tweede lid, aanhef en onder b, Wob, omdat het zou gaan om vertrouwelijke interne financiële gegevens waarbij de onderhandelingspositie van de gemeente in het geding komt indien deze aan derden worden verstrekt. Ten tijde van de indiening van appellants verzoek maakten de opgevraagde gegevens deel uit van een geautomatiseerd gegevensbestand, dat regelmatig wordt geactualiseerd. De toenmalige versie van dit bestand is niet behouden en kan ten behoeve van toetsing door de bestuursrechter dan ook niet meer worden gereproduceerd. De Afdeling is van oordeel dat door deze wijze van gegevensverwerking geen afbreuk mag worden gedaan aan Wob-aanspraken. Ook een computerbestand waarin gegevens worden bijgehouden valt aan te merken als een document in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob waarop artikel 3 van de Wob van toepassing is. Reeds eerder heeft de Afdeling overwogen dat een bestuursorgaan na de indiening van een verzoek tot openbaarmaking niet de vrijheid heeft om over te gaan tot vernietiging van de documenten waarop het verzoek betrekking heeft. Een ander uitgangspunt zou de aanspraken op grond van de Wob bij voorbaat illusoir maken. Dat geldt evenzo indien na de indiening van een verzoek de betrokken gegevens, die ten tijde van het verzoek zijn opgenomen in een computerbestand worden vervangen door andere, mogelijk actuelere gegevens, zonder dat de gegevens zoals ze ten tijde van dit verzoek in het desbetreffende computerbestand waren opgenomen worden behouden, bijvoorbeeld door het maken van een uitdraai. Nu het college dit heeft nagelaten is de Afdeling niet meer in staat om het besluit van het college op rechtmatigheid te toetsen. Dit betekent dat de Afdeling het ervoor zal houden dat de in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder b, Wob genoemde weigeringsgrond zich hier niet voordeed. Het weigeringsbesluit is daarom in strijd met deze bepaling. Het hoger beroep is gegrond, evenals het beroep bij de rechtbank, resulterend in een vernietiging van de uitspraak van de rechtbank en het weigeringsbesluit van het college. Vanwege de omstandigheden van het geval bepaalt de Afdeling voorts, dat het college geen nieuw besluit op bezwaar hoeft te nemen.

**Noot:**

1. Het belang van deze uitspraak betreft twee uiteenlopende punten. Allereerst de betekenis van het begrip document in de Wob, corresponderend met de afbakening van het toepassingsbereik van deze wet. De Afdeling stelt vast, dat geautomatiseerde gegevensverwerking als document in de zin van de Wob geldt en bepaalt voorts de consequenties hiervan in de vorm van een zorgplicht van het bestuursorgaan inzake de conservering van de via een Wob-verzoek opgevraagde gegevens. Deze uitspraak is voorts van belang voor de ontwikkeling van een slagvaardiger bestuursprocesrecht. Nu de Afdeling in het verlangde van de vernietiging van het besluit op bezwaar het bestuursorgaan de aanwijzing geeft dat niet opnieuw beslist hoeft te worden, is sprake van een definitieve beslechting van het geschil.

2. Dat de Wob ook van toepassing is op geautomatiseerde gegevensbestanden, zoals de Afdeling in deze uitspraak constateert, is niet nieuw. Zie hieromtrent de definitie van het begrip document in art. 1, aanhef en sub a, Wob, in het bijzonder het element “of ander materiaal dat gegevens bevat”, en de toelichting hierop in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel, TK 1986-

1987, nr. 3, p. 21. Reeds toen is vastgelegd, dat het begrip document in art. 1, aanhef en onder a, Wob betrekking heeft op alle gegevensdragers, ook elektronische, zij het dat de toen gebruikte bewoordingen thans zeer gedateerd aan doen. Volgens deze toelichting kan de openbaarmakingsplicht onder omstandigheden zelfs betrekking hebben op software en in hardware embedded software. Op dit punt lijkt de Wob-wetgever echter te zijn doorgeschoten, omdat het bij software niet zozeer gaat om gegevensdragers, maar om “informatie” neergelegd in een (elektronisch) document (art. 3, eerste lid, Wob). Die ruime afbakening van de werkingssfeer van de Wob is recent nog eens bevestigd in het Wetsvoorstel implementatie richtlijn inzake hergebruik van overheidsinformatie, TK 2004-2005, 30188, nrs. 1-2, waarbij uitvoering wordt gegeven aan de omzettingplicht terzake van richtlijn nr. 2003/98/EG van 17 november 2003, L 345/90, via de opneming van een afzonderlijk hoofdstuk V-A Hergebruik in de Wob. In art. 2, derde lid, van deze richtlijn is het begrip document gedefinieerd als: “(a) eender welke inhoud, ongeacht het medium (op papier of opgeslagen in elektronische vorm of als geluidsbeeld- of audiovisuele opname), (b) eender welk deel van een dergelijke inhoud”. De toelichting in de considerans is als volgt: “Deze richtlijn geeft een algemene definitie van de term “document” die aansluit bij de ontwikkelingen in de informatiemaatschappij. Deze definitie bestrijkt voorstelling van handelingen, feiten of informatie – en een bundeling van deze handelingen, feiten of informatie – ongeacht het medium (op papier, opgeslagen in elektronische vorm of als geluids-, beeld- of audiovisuele opname), die in het bezit is van openbare lichamen” (o.w. 11). In de MvT bij dit wetsvoorstel wordt nog eens bevestigd dat deze uitleg van het begrip document in de richtlijn spoort met die van het overeenkomstige begrip in de Wob, zij het dat het documentbegrip in de Wob nog ruimer zou zijn, immers – anders dan de richtlijn – ook computerprogramma’s (software) omvat. Dat verschil is echter minder groot dan voorgesteld, omdat onder omstandigheden de specificaties van de software wel onder het begrip document in de richtlijn zouden kunnen vallen. En om die specificaties is het te doen, veel meer dan om de elektronische uitwerking daarvan. De incorporatie van deze richtlijn in de Wob overeenkomstig de lijn van dit wetsvoorstel impliceert, dat de wetgever de betekenis van het qua omschrijving gedateerde documentbegrip in de wetgeschiedenis van de Wob actualiseert in lijn met deze richtlijn, zij het qua reikwijdte aangevuld met de categorie computerprogramma’s.

3. Deze ruime uitleg van traditioneel op het papieren gegevensverkeer toegesneden begrippen - zoals document en geschrift en afleidingen daarvan - geldt niet alleen voor de Wob, maar voor het gehele bestuursrecht, zowel voor het algemene als het bijzondere deel. Zie hieromtrent de aan de Wet elektronisch bestuurlijk verkeer - Afd. 2.3. Verkeer langs elektronische weg Awb – ten grondslag liggende uitgangspunten, in het bijzonder vastgelegd in het Advies van de Raad van State en het Nader rapport, TK 2001-2002, 28483, nr. A, en de Memorie van toelichting (nr. 3) bij het wetsvoorstel. Tegelijkertijd moet worden geconstateerd, dat in de uitvoeringspraktijk op dit punt nog zeer veel verwarring heerst en het begrip geschrift nog heel vaak in zijn oorspronkelijke betekenis wordt uitgelegd. In die zin is sprake van een kloof tussen de actualisering van het bestuursrecht via gezaghebbende interpretaties en de doorwerking daarvan in de uitvoeringspraktijk. Nu voortgang wordt gemaakt met de ontwikkeling van een elektronisch bestuur verdient het daarom aanbeveling om in hoofdstuk 1, titel 1.1 Awb op dit punt een algemene interpretatiebepaling op te nemen.

4. De achtergrond van deze uitspraak is als volgt. Ten behoeve van de ontwikkeling van de nieuwe wijk Nesseland, een Vinex-lokatie aan de ostrand van Rotterdam, is het Ontwikkelingsbedrijf van deze gemeente bezig met grondverwerving. Met het oog hierop zijn tevens onderhandelingen gestart met appellant, eigenaar van een vijftal percelen op een particulier volkstuincomplex met een totale oppervlakte van zo’n 1.700 m<sup>2</sup>. Ter plekke geldt een bestemmingsplan op hoofdlijnen, tevens grondslag van de vestiging van een voorkeursrecht ex art. 2 Wet voorkeursrecht gemeenten. Betrokkene is in beginsel bereid tot verkoop, echter tegen een aanzienlijk hogere prijs dan de gemeente – uitgaande van een gemiddelde planprijs – bereid is te bieden. In het kader van dit onderhandelingsproces vraagt betrokkene op grond van de Wob inzage in de gegevens betreffende de grondplanexploitatie, met name bestaande uit vertrouwelijke informatie omtrent geraamde en gerealiseerde planverwervings- en ontwikkelingskosten, waaronder particuliere aankopen op adresniveau. Deze informatie is (uitsluitend) opgenomen in

een computerbestand dat steeds wordt geactualiseerd. Bij de behandeling van dit Wob-verzoek gaat intern het een en ander mis, zodat dit op 13 september 2002 ingekomen verzoek uiteindelijk pas op 14 januari 2004 definitief door het college wordt geweigerd. Dit besluit is gemotiveerd met een verwijzing naar de weigeringsgrond in art. 10, tweede lid, aanhef en sub b, Wob, i.c. het prevalerende financiële belang van de gemeente. Betrokkene gaat vervolgens in beroep bij de rechtbank Rotterdam, die het ingestelde beroep ongegrond verklaart. Het hoger beroep richt zich tegen deze uitspraak. Eerst als de Afdeling in het vooronderzoek de betreffende gegevens bij de gemeente opvraagt blijkt, dat deze niet meer beschikbaar zijn omdat verzuimd is om de versie van het gegevensbestand ten tijde van het Wob-verzoek vast te leggen in een afzonderlijk bestand of op papier via een computeruitdraai.

5. De betekenis van deze uitspraak betreft de gevolgen die de Afdeling verbindt aan de situatie dat het bestuursorgaan onvoldoende zorg draagt dat de gegevens, waaromtrent op grond van de Wob een verzoek om openbaarmaking is gedaan, behouden blijven, onder meer ten behoeve van rechterlijke toetsing. Daartoe breidt de Afdeling de bestaande regel, dat het bestuursorgaan na de indiening van een Wob-verzoek niet bevoegd is om de opgevraagde documenten te vernietigen, uit met een nieuwe – actieve – zorgplicht. Is sprake van doorlopende, met name (uitsluitend) geautomatiseerde gegevensverwerking, dan dient het bestuursorgaan de opgevraagde gegevens ten tijde van dit verzoek actief te conserveren. Terecht merkt de Afdeling op dat een ander uitgangspunt de voorwaardelijke aanspraak op openbaarmaking op grond van de Wob bij voorbaat illusoir zou maken. Het oordeel dat nu de betreffende gegevens niet meer reproduceerbaar zijn, het weigeringsbesluit in strijd is met art. 10, tweede lid, aanhef en sub b, Wob, is hiermee geheel in lijn.

6. Hoewel deze uitspraak betrekking heeft op geautomatiseerde gegevensverwerking, kan de hierin opgenomen conserveringsplicht ook daarbuiten van betekenis zijn. Dat geldt in het bijzonder voor andere vormen van elektronisch bestuur, zoals e-mailverkeer. Bij de ontwikkeling van een elektronisch (paperless) bestuur, waarbij steeds meer werkprocessen geautomatiseerd verlopen in combinatie met elektronisch gegevensverkeer (communicatie en publicatie) is het een punt van zorg, dat onvoldoende gearchiveerd wordt. Deze afdelingsuitspraak is daarom van bredere betekenis dan alleen voor de toepassing van de Wob. Dat geldt in het bijzonder voor het hierin begrepen signaal van de noodzaak van een actief informatiebeheer, mede ten behoeve van verantwoording en rechterlijke toetsing. Zie hieromtrent ook het Actieplan professioneel omgaan met brieven en e-mail, TK 2003-2004, 29362, nr. 16.

7. Een belangrijk aspect in deze uitspraak is voorts, dat de Afdeling in het verlengde van de vernietiging van het weigeringsbesluit bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders geen nieuw besluit op bezwaar hoeft te nemen. In de voorliggende casus verdient deze rechterlijke aanwijzing positieve waardering omdat het geschil hiermee definitief is beslecht en het onproductieve jojo-effect van een nieuw weigeringsbesluit in bezwaar en een (waarschijnlijk) nieuw beroep aldus wordt vermeden. Verder procederen over gegevens die er niet meer zijn heeft immers geen zin. Hiermee anticipeert de Afdeling op de beoogde aanvulling van de uitspraakbevoegdheden van de bestuursrechter in art. 8:72 Awb in het aangekondigde wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht, dat thans voor 2006 op het programma staat (TK 2005-2006, 30300, hfdst. VI, nr. 2, p. 31). Hiermee zal in belangrijke mate uitvoering worden gegeven aan het wetgevingsprogramma in de Nota “Naar een slagvaardig bestuursrecht”, brief van de ministers van Justitie en BZK, TK 2003-2004, 29279, nr. 16, waarin tevens het kabinetsstandpunt naar aanleiding van rapport en aanbevelingen van de Commissie Evaluatie Awb II is opgenomen. Uitgangspunt van de beoogde aanpassing van art. 8:72 Awb is, dat de bestuursrechter ruimere mogelijkheden krijgt om een geschil definitief en in zijn geheel te beslechten, met name door te bepalen of het bestuursorgaan na vernietiging een nieuw besluit moet nemen.

De in deze uitspraak opgenomen aanwijzing van de Afdeling aan het college van b & w van Rotterdam dat geen nieuw besluit op bezwaar genomen hoeft te worden is per saldo ook in het belang van de betrokkene. Doorgaan op dit traject is immers trekken aan een dood paard. Deze aanwijzing doet dan ook niet af aan de belangen van appellant. Betrokkene kan in deze zaak

immers een nieuw Wob-verzoek indienen, dit keer toegespitst op de actuele gegevens in het betreffende gegevensbestand. Zoals de Afdeling in deze uitspraak terecht constateert gaat het hierbij om nieuwe gegevens. De horde van art. 4:6 Awb hoeft in dit geval dus niet genomen te worden. Te hopen is dat echter niet omdat op voorhand zo goed als vaststaat dat het gemeentebestuur zo'n nieuw verzoek om openbaarmaking op basis van dezelfde motivering zal weigeren en de kans dat de bestuursrechter anders oordeelt op grond van vaste rechtspraak omtrent art. 10, tweede lid, aanhef en sub b, Wob als zeer gering moet worden ingeschat.

Prof. mr. G. Overkleeft-Verburg  
hgl. Staats- en Bestuursrecht EUR