

**ABRvS van 16 november 2011, LJN: BU4568, zaaknr. 201011810/1/H3**

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BU4568>

**Art.:** 3, eerste lid, Wob

**Trefw.:** onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf, overwegende overheidsinvloed, adviseur, bestaan van documenten, geloofwaardigheid, inzichtelijkheid onderzoek door het bestuursorgaan

### **Samenvatting**

Het verzoek om openbaarmaking betreft documenten die handelen over de uitbraak van mond- en klauwzeer in 2001 in Kootwijkerbroek. De staatssecretaris van EL&I heeft dit Wob-verzoek geweigerd. De rechtbank Arnhem heeft het hiertegen ingestelde beroep gegrond verklaard en het weigeringsbesluit vernietigd. De Afdeling oordeelt als volgt.

De rechtbank heeft terecht aansluiting gezocht bij artikel 3, eerste lid, van de Wob en de vraag beantwoord of het onderdeel van ID-Lelystad belast met onderzoekstaken inzake mond- en klauwzeer, destijds een onder verantwoordelijkheid van de minister van LNV werkzame instelling, dienst of bedrijf was.

Met ingang van 1 januari 2002 is ID-Lelystad opgesplitst en is het onderdeel dat verantwoordelijk was voor uitvoering van onderzoek inzake mond- en klauwzeer ondergebracht bij het Centraal Instituut voor Dierziekte Controle Lelystad. Dit instituut is vervolgens overgegaan in het CVI. Evenals eerder genoemd onderdeel van ID-Lelystad, valt het CVI organisatorisch onder de DLO-organisatie, met aan het hoofd daarvan de Stichting DLO. Deze stichting voert wettelijke en dienstverlenende taken uit op grond van de met de minister van LNV gesloten overeenkomst WDT-statuut. Tijdens de MKZ-uitbraak is tussen het ministerie van LNV en ID-Lelystad nog een aanvullende overeenkomst gesloten, waarbij ID-Lelystad zich onder meer verplicht heeft op drie momenten gedurende de afhandeling van monsters informatie in elektronische vorm te verstrekken.

Gelet op de in deze overeenkomsten vastgelegde verhoudingen komt de Afdeling thans tot een ander oordeel dan in haar uitspraken van 26 november 2003, JB 2004/100, en 1 september 2004, LJN: AQ8749. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de minister van LNV overwegende invloed uitoefende op ID-Lelystad en dat de staatssecretaris van EL&I thans in eenzelfde relatie staat tot diens rechtsopvolger, het CVI. Dat het CVI, evenals eerder ID-Lelystad, bij de uitvoering van onderzoekstaken op het gebied van mond- en klauwzeer, als adviseur gelden, maakt dit niet anders.

Volgens de staatssecretaris zou de rechtbank ten onrechte aannemelijk achten dat het verlangde blad nr. 1 van het CDI-document en het verslag waarnaar in het verdenkingsverslag wordt verwezen, bij hem aanwezig zijn. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (uitspraak van 26 april 2006, JB 2006/172) is het in beginsel aan verzoeker om wanneer de aanwezigheid van een bepaald document na onderzoek wordt ontkend en een dergelijke mededeling niet ongeloofwaardig voorkomt, het tegendeel aannemelijk te maken. De rechtbank heeft met juistheid overwogen dat de wederpartij aannemelijk heeft gemaakt dat de minister zich in zijn besluit van 28 januari 2009 ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat blad nr. 1 van het CDI-document niet bestaat. Datzelfde geldt voor het verslag waarnaar wordt verwezen in het verdenkingsverslag. De rechtbank heeft tevens terecht belang gehecht aan de informatie-afspraken in de tijdens de MKZ-uitbraak gesloten overeenkomst. De staatssecretaris heeft niet inzichtelijk gemaakt op welke wijze hij naar de betreffende documenten heeft gezocht en of hij bij ID-Lelystad, of diens rechtsopvolger het CVI, ter zake navraag heeft gedaan.

### **Noot**

1. Een belangrijke uitspraak. Allereerst wat de reikwijdte van de Wob betreft. In het bijzonder de wijze waarop overwegende overheidsinvloed kan worden verzekerd om aan te kunnen nemen dat sprake is van een “onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf” in de zin van artikel 3, eerste lid, van de Wob. De Afdeling komt hierbij

uitdrukkelijk terug van haar eerdere uitspraken van 26 november 2003 (JB 2004/100, m.nt. Timmermans en AB 2004, 227, m.nt. Peters) en van 1 september 2004 (AB 2004, 377, m.nt. Stolk). In navolging van de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 2 november 2010, LJN: BO2950, neemt de Afdeling thans aan dat overwegende overheidsinvloed bij privaatrechtelijke rechtspersonen (stichtingen) tevens kan worden afgeleid uit afspraken in een of meerdere overeenkomsten betreffende de aard en uitvoering van taken en de financiering hiervan (subsidierelatie).

Van een geheel andere orde is een tweede, eveneens belangrijk element in deze uitspraak: de nadere concretisering van aan het bestuursorgaan te stellen eisen inzake de een geloofwaardige ontkenning van het bestaan c.q. aanwezigheid van op grond van de Wob opgevraagde documenten. Kern hiervan is dat het bestuursorgaan dient aan te geven waaruit het onderzoek naar de betreffende documenten heeft bestaan.

2. Hoewel dat niet uit de voorliggende uitspraken van Afdeling en rechtbank Arnhem blijkt, houden ook deze verband met de nasleep van de MKZ-crisis in Kootwijkerbroek in 2001. Deze achtergrond is relevant. Ook in deze derde Wob-uitspraak van de Afdeling gaat het om het (instrumenteel) gebruik van de Wob met het oog op bewijsverkrijging in procedures over de rechtmatigheid van destijds genomen besluiten inzake vaccinatie en doding van de veestapel van Kootwijkerbroek en de eventuele schadeplichtigheid van de Staat. Zie in dit verband de uitspraak van het CBb van 9 september 2008, JB 2008/245, m.nt. dzz. en AB 2008, 300, m.nt. Sewandono. Hierin heeft het CBb de ingestelde beroepen gegrond verklaard en de bestreden besluiten vernietigd wegens strijd met art. 3:2 Awb. Grondslag hiervan was een door het CBb bij verwijzingsuitspraak van 18 januari 2005, JB 2005/90, m.nt. LJMT, uitgelokte uitspraak van het EU Hof van Justitie van 19 januari 2006, zaaknr. C-28/05 (Dokter e.a./minister van LNV). In reactie op deze uitspraak van het CBb en 's Hof's arrest over de werking van het grondrechtelijk gewaarborgde verdedigingsbeginsel heeft de minister van LNV de documenten met betrekking tot het laboratoriumonderzoek van ID-Lelystad naar de MKZ-besmetting in Kootwijkerbroek op grond van artikel 8 van de Wob actief openbaar gemaakt (zie mijn noot). Echter niet volledig, enkele stukken zijn achtergehouden. Het zijn deze stukken waarover deze Wob-procedure gaat.

3. Het verhaal is echter nog wat ingewikkelder. In de onder punt 1. genoemde uitspraak van 26 november 2003 oordeelde de Afdeling dat ID-Lelystad niet geen onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf was in de zin van artikel 3, eerste lid, van de Wob. "Ook anderszins zijn er geen aanwijzingen dat ID-Lelystad onder verantwoordelijkheid van bovengenoemd ministerie werkzaam zou zijn", aldus de Afdeling. Met deze karige motivering ging de Overeenkomst WDT-Statuut tussen de Staat en de Stichting DLO van tafel, die reeds in deze procedure bij de Afdeling was aangevoerd om de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van LNV jegens ID-Lelystad te onderbouwen. In de eveneens onder punt 1 genoemde Wob-uitspraak van 1 november 2004 verwijst de Afdeling zonder nader onderzoek naar dit eerdere oordeel. Was de minister van LNV in deze procedures derhalve succesvol in het ontkennen van een bijzondere zeggenschapsrelatie met ID-Lelystad, in procedures bij het CBb wordt geopteerd voor een hieraan tegenovergestelde opstelling. Nu wordt de Overeenkomst WDT-Statuut door de minister aangevoerd om zijn aanwijzingsbevoegdheid juist aan te kunnen tonen. De rechtsvraag is dan ook een andere. Appellanten wierpen bij het CBb de vraag op of de besluiten tot verdachtverklaring van hun bedrijven wel rechtmatig waren nu deze berustten op door ID-Lelystad uitgevoerd onderzoek, terwijl dit niet – zoals voorgeschreven - als nationaal laboratorium was opgenomen in bijlage B van Richtlijn 85/511/EEG. Naar uit de uitspraak van het CBb van 18 januari 2005, JB 2005/90, m.nt. LJMT, blijkt, gaan appellanten uit van de Afdelingsuitspraak van 26 november 2003, terwijl de minister zijn standpunt als volgt samenvat: "Via de subsidieregeling, de bevoegdheden inzake de benoeming van het bestuur en via de gesloten privaatrechtelijke overeenkomsten hield verweerder in 2001 toezicht en controle op het laboratorium dat mkz-onderzoeken uitvoerde." Ook in deze zaak stelt het CBb prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, resulterend in het arrest van 15 juni 2006, C-28/05 (Dokter e.a./minister van LNV). Ook dit arrest ligt ten grondslag aan de in punt 2 reeds genoemde

uitspraak van het CBb van 9 september 2008, JB 2008/245, m.nt. dzz, en AB 2008, 300, m.nt. Sewandono. Cruciaal is de vraag of het laboratorium onder de verantwoordelijkheid van de overheid staat, dat wil zeggen gehouden is haar instructies te volgen en doeltreffend gedwongen kan worden om de uit richtlijn 85/511 voortvloeiende verplichtingen na te leven. De Afdelingsuitspraak van 26 november 2003 wordt genoemd, maar gepasseerd. Op basis van een uitgebreide analyse van de juridische beheersstructuur van het laboratorium, in het bijzonder de Overeenkomst WDT-Statuut, concludeert het CBb dat de minister ten tijde van het uitvoeren van de hier aan de orde zijnde onderzoeken (nog steeds) wezenlijke invloed kon uitoefenen op de wijze waarop het onderzoekslaboratorium zijn werkzaamheden verrichtte. Derhalve concludeert het CBb dat het onderzoek is uitgevoerd door een laboratorium dat valt onder de opsomming in bijlage B bij richtlijn 85/511/EEG.

4. De nasleep van de MKZ-crisis in Kootwijkerbroek heeft nog een derde, voor het algemeen deel van het bestuursrecht belangrijk arrest van het Hof van Justitie opgeleverd. Zie de verwijzingsuitspraak van het CBb van 17 mei 2005, LJN: AT5805, toegesneden op artikel 8:69 van de Awb, de vraag of het gemeenschapsrecht tot ambtshalve toetsing verplicht, in casu aan gronden ontleend aan richtlijn 85/511/EEG. In zijn arrest van 7 juni 2007, zaaknr. C-222/05 t/m C-225/05 (Van der Weerd e.a./minister van LNV) oordeelde het Hof van Justitie dat het doeltreffendheidsbeginsel voor de nationale rechter niet de verplichting inhoudt om ambtshalve aan een aan een communautaire bepaling ontleende grond - ongeacht het belang daarvan voor de communautaire rechtsorde - te toetsen, wanneer partijen daadwerkelijk de mogelijkheid hebben om voor de nationale rechter een op het gemeenschapsrecht gebaseerde grond aan te voeren. Dit arrest ligt mede ten grondslag aan de uitspraken van het CBb van 28 april 2009, LJN: BI4888 en BI4764, waarvan eerstgenoemde procedure is aangespannen door de Stichting Onderzoek MKZ Crisis Kootwijkerbroek. Ondanks afwijzing van aanvulling van rechtsgronden werd in beide gevallen het beroep niettemin gegrond verklaard en het bestreden besluit vernietigd wegens strijd met artikel 3:2 Awb (vgl. de onder punt 2 genoemde uitspraak van het CBb van 9 september 2008). Aan de opdracht van deze bestuursrechter aan de minister om met inachtneming van deze uitspraak opnieuw op de bezwaren van appellant te beslissen is nog geen uitvoering gegeven. De bezwaarprocedures lopen nog steeds. De vertraging van de afwikkeling van deze zaken houdt verband met de bemoeienis van de Tweede Kamer met dit dossier. In opdracht van de staatssecretaris van EL&I is inmiddels nieuw onderzoek verricht. De resultaten hiervan, bestaande uit: (a) het rapport van een tweetal deskundigen, (b) de bijlage bij dit rapport en (c) de reactie van het CVI (Centraal Veterinair Instituut), de rechtsopvolger van ID-Lelystad, zijn actief openbaar gemaakt (artikel 8 van de Wob) door publicatie hiervan op de website [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl), parallel aan de toezending hiervan aan de Tweede Kamer. Zie de brief van de staatssecretaris van 11 oktober 2011 Kamerstukken II, 2011/12, 27622, nr. 143. Op basis van de schriftelijke neerslag van het laboratoriumonderzoek naar de mkz-besmetting van het bewuste kalf concluderen beide onderzoekers dat de conclusie dat MKZV-type O gevonden werd gerechtvaardigd was. Of dit het laatste woord is moet worden afgewacht.

5. Hoewel daarvan niets blijkt in de hiervoor opgenomen uitspraak, kan deze niet worden losgezien van de geschetste context. Om te beginnen is deze casus is een prima illustratie van de problemen van de doorwerking op nationaal niveau van het unierechtelijke verdedigingsbeginsel in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten. Het CBb incorporeert dit beginsel in het zorgvuldigheidsbeginsel van artikel 3:2 Awb. De minister frustreert dit echter door actieve openbaarmaking van een belangrijk deel van de verlangde documenten op grond van artikel 8 van de Wob. Want het zal duidelijk zijn dat de minister niet bereid was om de in het kader van de Wob achtergehouden documenten wel op grond van artikel 3:2 Awb aan betrokkenen te verstrekken. In het verlengde hiervan wordt vanuit de kring van belanghebbenden opnieuw de Wob ingeroepen om - met het oog op lopende en mogelijk nog te entameren (schade)procedures - de ontbrekende documenten alsnog in hun bezit te krijgen. Bij deze nieuwe poging krijgt men gehoor. Rechtbank en Afdeling gaan om door - anders dan in 2003 en 2004 - de Wob nu wel van toepassing te achten op de onderzoeksgegevens van ID-Lelystad. Dit instrumentele gebruik van de Wob door (potentiële) procespartijen kan niet zomaar als oneigenlijk van de hand worden gewezen, omdat de facto sprake is van een lacune in het

bestuursrecht (het ontbreken van een zelfstandige discovery-procedure, analoog aan de artikelen 843a en 843b Rv), waarbij de Wob als alternatief voor bewijsverzekrijging wordt gebruikt. Wat zich in deze procedures opdringt is de wisselende opstelling van de minister van LNV bij de Afdeling en bij het CBb, waar het gaat over zijn materiële zeggenschap over het onderzoekslaboratorium van ID-Lelystad. Dit beeld wordt nog versterkt door de Overeenkomst WDT-Statuut. Hieruit blijkt dat beide partijen, de Staat (de SG van het ministerie van LNV) en de Stichting DLO ervan uitgingen dat de Wob op ID-Lelystad van toepassing was. Met het oog hierop is in artikel 6.1 van het Statuut vastgelegd, dat DLO LNV alle informatie zal verstrekken waarover LNV voor haar taken en verplichtingen, onder andere op grond van de Wet openbaarheid van bestuur, wenst te beschikken. Over vertrouwen gesproken.

6. De betekenis van de hiervoor opgenomen uitspraak is dat de Afdeling het element “onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf” in artikel 3, eerste lid, van de Wob nu aldus begrijpt, dat om een dergelijke verantwoordelijkheid jegens derden-rechtspersonen aan te kunnen nemen geen statutaire verankering van zeggenschap noodzakelijk is. Op basis van de eerdere Afdelingsuitspraken is aangenomen dat dit wel het geval was. Zie de noten van Hans Peters bij de uitspraken van de ABRvS van 26 november 2003, AB 2004, 227 en 228. De noodzaak van een statutaire grondslag kan ook worden afgeleid uit de toelichting op het voorgestelde artikel 2.3.1.3, aanhef en sub b, in het Voorontwerp Vierde tranche Awb, met name door de verwijzing naar de uitspraak van de ARRvS van 11 februari 1991, AB 1991, 598 (Stichting Fonds voor de Letteren). Wel wordt in deze uitspraak het begrip “overwegende invloed” uit het Voorontwerp overgenomen (o.w. 2.4.2, laatste zin), als concretisering van het begrip “onder verantwoordelijkheid” in de wetsbepaling. Onder omstandigheden kan zeggenschap op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst in combinatie met financiering op basis van subsidieverlening dus al voldoende zijn om overwegende invloed van een bestuursorgaan in de zin van artikel 3, eerste lid, van de Wob aan te kunnen nemen. Dat de materiële zeggenschapsstructuur in tegenstelling tot de statutaire bepaling is, is een gelukkige ontwikkeling. Het omgaan van de Wob door “constructies” kan hiermee worden tegengegaan. Dat in het geval van ID-Lelystad die overwegende overheidsinvloed is aangenomen, is volledig terecht. De Afdeling noemt in o.w. 2.4.2. een aantal elementen. Pas bij kennisneming van het betreffende stuk en de annexe subsidieregeling blijkt hoe sterk die overheidsinvloed is. Deze is rechtstreeks verklaarbaar vanuit het specifieke takenpakket: de uitvoering van “Wettelijke en Dienstverlenende Taken” en de verzelfstandiging van deze organisatie vanuit het ministerie van LNV. Zie hieromtrent de volgende stukken: Kamerstukken II, 1996/97, 25458, nr. 1 en 1999/2000, 26446, nr. 10. Uit deze Afdelingsuitspraak kan derhalve niet worden afgeleid dat de eisen om overwegende overheidsinvloed op een privaatrechtelijke rechtspersoon aan te kunnen nemen nu ineens verlaagd zijn. Wel is de Afdeling nu uitdrukkelijk overgestapt op het hanteren van een realistischer maatstaf.

7. Een tweede belangrijk element in deze uitspraak is de aanvulling van de Afdeling op de bewijslastverdeling inzake vanwege het bestuursorgaan beweerd niet aanwezige documenten. Tot deze uitspraak was een “geloofwaardige” ontkenning voldoende. Nadere eisen werden niet gesteld, hoewel de aannemelijkheid niet altijd overtuigend was. Met een min of meer blanco ontkenning neemt de Afdeling echter geen genoegen meer. Het bestuursorgaan zal moeten verduidelijken op welke wijze onderzoek is gedaan om de verlangde documenten te kunnen achterhalen. In het licht van het voorgaande is duidelijk waarom de Afdeling in deze zaak voor het eerst wat kritischer werd. Die aanvulling op het punt van de geloofwaardige ontkenning is overigens meer dan noodzakelijk. Ik heb het sterke vermoeden dat veel van dit type onderzoeken beperkt worden tot de aanwezigheid van schriftelijke stukken en dat onderzoek of de betreffende documenten elektronisch beschikbaar zijn achterwege wordt gelaten. In een tijd waarin steeds meer schriftelijke documenten worden gescand, dus elektronisch vastgelegd, onder vernietiging van het oorspronkelijke schriftelijke document, dient de routine van de Wob-toepassing overeenkomstig aangepast te worden. Deze uitspraak vormt de opmaat daartoe.

## G. Overkleeft-Verburg