

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State; 25 maart 2009; nr. 200704392/1; LJN: BH7691  
 (mrs. M. Vlasblom, W. Konijnenbelt en mr. W.D.M. van Diepenbeek)  
<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BH7691>

Srebrenica-onderzoek, werkingssfeer Wob, "onverminderd het elders bij wet bepaalde", verdragsrechtelijke geheimhoudingsverplichtingen, Verordening (EG) toegang tot documenten, toezegging van vertrouwelijkheid, risico weigering toestemming, persoonlijke levenssfeer van militairen, anonimisering, herleidbaarheid, intern beraad, persoonlijke beleidsopvattingen, rol van ambtenaren in de openbare discussie, bestuurlijke aangelegenheid

Art. 1, 2, 10 en 11 Wet openbaarheid van bestuur; art. 6:18 lid 1, 6:19 lid 1, 6:24, 7:12, 8:29 lid 5 en 8:72 lid 3 Awb; art. 105 lid 1 VN-Handvest; art. II lid 4 VN-Immunitatenverdrag; art. III lid 6 VN-Immunitatenverdrag gespecialiseerde organisaties; art. 1 NAVO-gegevensverdrag; art. 4, lid 1 onder a, en 5 Verordening (EG) 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie

*Verzocht is om openbaarmaking van de door het Nederlands Instituut voor Oorlogsdocumentatie (NIOD) bij opstelling van het rapport over de gebeurtenissen rond de val van de enclave Srebrenica in 1995 (rapport "Srebrenica, een 'veilig' gebied") gebruikte documenten. Het betreft bijna 2000 documenten uit drie archieven, te weten het archief van het Defensie Crisisbeheersingscentrum (DCBC-archief), het Debriefing Srebrenica-archief van de bevelhebber der Landstrijdkrachten (BLS-archief) en het archief van de School voor Vredesmissies in Amersfoort (SVM-archief). Het DCBC-archief bevat o.m. documenten afkomstig van VN en NAVO, verslagen van ambtenaren van besprekingen in VN- of NAVO-verband, berichten die zijn verspreid via het in 1995 in het kader van een gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid opgerichte Europese communicatienetwerk COREU (CORrespondance EUropéenne) en de curricula vitae van uitgezonden militairen. Het BLS-archief bevat o.m. verklaringen van Dutchbat-militairen.*

*Bij weigering tot openbaarmaking van 10 COREU-berichten heeft de minister ten onrechte, zonder de Raad van de Europese Unie te raadplegen, volstaan met de overweging dat duidelijk is dat die berichten, nu deze formeel afkomstig zijn van de Raad en derhalve vallen onder Verordening (EG) 1049/2001, op grond van de art. 4, lid 1 onder a, van deze verordening niet zullen worden vrijgegeven. Blijkens het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 juli 2001 in zaak T-204/99 (Matilla), beoordeelt de Raad ook bij COREU-berichten aan de hand van de inhoud van ieder document of dat openbaar gemaakt kan worden. Bevestiging van de rechtbankuitspraak met verbetering in zoverre van de gronden.*

*Door te oordelen dat de woorden 'elders bij wet bepaald' in art. 2 lid 1 Wob ook betrekking hebben op openbaarmakingsregelingen in internationale verdragen, heeft de rechtbank niet onderkend dat de weigering bedoelde VN- en NAVO-documenten openbaar te maken ten onrechte is gebaseerd op art. 2 lid 1 Wob. Naar zijn tekst regelt art. 2 lid 1 Wob alleen de verhouding tussen bijzondere nationale openbaarmakingsregelingen en de Wob. De passage in de memorie van toelichting, waarin er op wordt gewezen dat bijzondere openbaarheidsregelingen in internationale voorschriften, gesteld bij of krachtens voor Nederland van kracht zijnde verdragen kunnen prevaleren boven de Wob, betekent niet dat art. 2 lid 1 Wob ook de verhouding tussen dergelijke verdragsbepalingen en de Wob regelt maar bevestigt slechts dat volkenrechtelijke verplichtingen voorrang hebben boven bepalingen van nationaal recht en dus ook boven de Wob. Nu de rechtbank reeds op andere gronden heeft vernietigd, leidt dit slechts tot aanvulling van die gronden.*

*Bij zijn na die vernietiging genomen nieuwe besluit op bezwaar heeft de minister, onder verwijzing naar art. II lid 4 VN-Immunitatenverdrag en art. III lid 6 VN-Immunitatenverdrag gespecialiseerde organisaties resp. het NAVO-gegevensverdrag, zijn weigering tot openbaarmaking van VN- en NAVO-documenten ten onrechte gehandhaafd op grond van art. 2 lid 1 danwel art. 10, lid 2 onder a, Wob. VN-documenten vallen onder genoemde immunitetsverdragen en zijn ingevolge die verdragen onschendbaar ('inviolable'), zodat ze niet zijn onderworpen aan nationale wetgeving inzake openbaarheid van bestuur.*

*NAVO-documenten met de aanduidingen 'secret', 'confidential' en 'restricted' zijn aan te merken als 'classified information' in de zin van art. 1, onder (i), NAVO-gegevensverdrag, dat voor die gegevens een uitputtende regeling inzake openbaarheid en geheimhouding biedt, die ertoe strekt dat algemene openbaarmaking van deze gegevens niet is toegestaan.*

*De handhaving van zijn weigering tot openbaarmaking van NAVO-documenten met de aanduiding 'unclassified' – waarvoor dat verdrag geen regeling inzake openbaarheid en geheimhouding bevat - is gebaseerd op het NAVO-document 'the Management of non-classified NATO-information'. De minister heeft geen toestemming ex art. 8:29 lid 5 Awb verleend tot kennisneming van dit Managementdocument. Ter zitting heeft hij verklaard dat dit document rechtsregels bevat. Nu de Afdeling door het niet verlenen van toestemming tot kennisneming niet kan beoordelen of die weigering tot openbaarmaking terecht op*

*die regels is gebaseerd, moet het er reeds daarom voor worden gehouden dat de minister geen stukken heeft overgelegd die bevestigen dat naar het oordeel van de NAVO openbaarmaking van bedoelde documenten onwenselijk is en de betrekkingen van Nederland met de NAVO en de NAVO-landen zou schaden. Volgens vaste jurisprudentie komen de gevolgen van een weigering toestemming ex art. 8:29 lid 5 Awb te geven in beginsel voor risico van degene die de toestemming heeft geweigerd. Dit uitgangspunt ziet niet op verzoeken om geheimhouding van door het bestuur ingeroepen rechtsregels. De rechter moet zelfstandig kunnen beoordelen welke rechtsregels van toepassing zijn, of deze op het relevante tijdstip van kracht zijn en wat deze inhouden. Hij wordt geacht het recht te kennen. Het besluit wordt in zoverre niet gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde motivering.*

*De verslagen van ambtenaren van besprekingen in VN- of NAVO-verband zijn geen documenten afkomstig van de VN of de NAVO. Deze stukken zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad en bevatten persoonlijke beleidsopvattingen. Gelet op aard en inhoud van deze documenten kon de minister in redelijkheid afzien van gebruikmaking van de bevoegdheid ex art. 11 lid 2 Wob om informatie over deze persoonlijke beleidsopvattingen te verstrekken. Openbaarmaking zou afbreuk doen aan het uitgangspunt dat binnen een bestuursorgaan vrijelijk van gedachten moet kunnen worden gewisseld, zonder dat de verantwoordelijke bestuurder daarop naderhand kan worden aangesproken. De minister heeft zich voorts terecht op het standpunt gesteld dat de documenten voor het overige informatie bevatten die, indien openbaar gemaakt, de betrekkingen van Nederland met de betrokken NAVO-landen of de VN zou kunnen schaden.*

*Voorzover openbaarmaking van een aantal documenten is geweigerd op grond van art. 11 lid 1 Wob, oordeelt de Afdeling dat deze documenten inderdaad deze zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad en persoonlijke beleidsopvattingen bevatten en dat, voorzover deze documenten feiten bevatten, deze zodanig zijn verweven met de persoonlijke beleidsopvattingen dat de minister op die grond openbaarmaking ervan mocht weigeren.*

*Voorzover een aantal documenten met een beroep op art. 10, lid 2 onder e, Wob geanonimiseerd is verstrekt – zonder vermelding van de namen van militairen –, mocht de minister het belang van de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer in redelijkheid zwaarder laten wegen dan het belang van openbaarheid van hun namen. Militairen bekleden, als onderdeel van de krijgsmacht, een functie waarbij hun anonimiteit zo veel mogelijk moet worden gewaarborgd, reeds omdat zij met regelmaat in conflictsituaties moeten werken.*

*Voorzover openbaarmaking van de documenten met het curriculum vitae van uitgezonden militairen is geweigerd op de grond dat deze geen bestuurlijke aangelegenheid zouden betreffen, wordt deze weigering niet gedragen door een deugdelijke motivering omdat het NIOD-rapport een bestuurlijke aangelegenheid is en daarmee ook de door het NIOD bij opstelling van dat rapport gebruikte stukken onder die kwalificatie vallen.*

*De Afdeling bevestigt de aangevallen uitspraak, onder aanvulling van gronden, en verklaart het beroep tegen het nieuwe besluit op bezwaar gegrond, met vernietiging van dat besluit voorzover het betreft de weigering tot openbaarmaking van de VN- en NAVO-documenten en de documenten met curricula vitae, zulks met instandlating van de rechtsgevolgen van dat besluit voor zover het de VN- en NAVO-documenten met de aanduidingen 'secret', 'confidential' en 'restricted' betreft.*

## **Noot**

1. Deze uitspraak houdt verband met de nog lopende schadeprocedures tegen de Staat in het verlengde van het drama Srebrenica. Verzoekster op grond van de Wob is de weduwe van een tot het lokale personeel behorende elektricien, die voor Dutchbat werkzaam was gedurende de gehele periode van aanwezigheid in Bosnië. Na de inneming van Srebrenica door het Bosnisch-Servische leger is hij aanvankelijk met zijn gezin toegelaten tot het basiskamp (compound) van Dutchbat in Potocári. Hij had echter niet de vereiste status om hier te mogen blijven, is gescheiden van zijn gezin weggevoerd en niet weergezien. Aangenomen wordt dat hij is vermoord. De door zijn nabestaanden wegens onvoldoende bescherming en blootstelling aan de vijand door Dutchbat tegen de Staat aanhangig gemaakte schadevordering uit onrechtmatige daad c.a. is in eerste instantie door de rechtbank afgewezen. Zie het – mede als achtergrond bij deze Afdelingsuitspraak relevante – vonnis van de Rechtbank Den Haag van 10 september 2008, LJN: BF0187 en NSF 2008/430, waartegen hoger beroep is ingesteld. Zie tevens de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 10 september 2008, LJN: BF0184, betreffende een vergelijkbare schadeactie van nabestaanden van een tot het lokale personeel behorende tolk van Dutchbat. De behandeling door de rechtbank van de schadevordering tegen de Staat spitste zich in deze zaken toe op de vraag of Dutchbat zich bij de “evacuatie” van de vluchtelingen van de compound in meer of mindere mate uit de VN-bevelslijn

zou hebben losgemaakt, en wel in opdracht of met instemming van de Nederlandse gezagsdragers. Voor een dergelijke toerekening van verantwoordelijkheid aan de Staat was, naar de rechtbank concludeerde, onvoldoende bewijs aangedragen. Vandaar de afwijzing van de vordering.

Er loopt dus een directe lijn van deze civiele procedures naar het Wob-verzoek van de weduwe, waaromtrent de Afdeling kreeg te oordelen in deze hoger beroepszaak tegen een (niet gepubliceerde) uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 23 april 2007 inzake de – partiële - weigeringsbesluiten van de minister van Defensie en diens nadere besluiten op bezwaar. Motief van de Wob-verzoekster is duidelijk bewijsvergaring ten behoeve van de lopende civiele procedure, een bekend fenomeen in de Wob-jurisprudentie. Naar bekend kunnen persoonlijk motief en/of belang van de verzoeker bij openbaarmaking niet in de besluitvorming verdisconteerd worden. Uitgangspunt van de individuele aanspraak op openbaarmaking is immers het – geabstraheerde – publieke c.q. algemeen belang van openbaarheid (art. 3, derde lid, jo. art. 2, eerste lid, Wob). Zie de uitwerking van dit beginsel in de jurisprudentie van de Afdeling in mijn bijdrage aan JB Select 2009, onder nr. 38.

Het onderliggende Wob-verzoek was toegespitst op de vanuit het ministerie van Defensie aan het NIOD in verband met zijn onderzoek naar de val van de enclave Srebrenica ter beschikking gestelde documenten. Daarmee is het Wob-verzoek helder afgebakend. Bovendien mag van een dergelijk aanhaken een zekere relevante van de verlangde documenten verwacht worden. Een andere factor is het gelijkheidsbeginsel, met name de vraag of verstrekking aan het NIOD rechten schept voor derden. Zoals hierna nog zal worden besproken, is deze gegevensverstrekking op onderdelen niet zonder betekenis gebleken.

Deze uitspraak illustreert nog eens dat de Afdeling wars is van beschouwingen over de betekenis van dat publieke belang, dus de vraag welke overheidsdocumenten in een democratische rechtsorde tot het publieke domein behoren, ook niet in principiële kwesties zoals de voorliggende. Ik vind dat een gemis. Juist in een zeer gevoelige zaak als de voorliggende hadden enige inleidende beschouwingen niet misstaan. Bestuursrechtspraak is ook – rechtstatelijk - overtuigen en opvoeden. Mijns inziens is de communicatiefunctie van de bestuursrechtelijke rechtspraak ten aanzien van de gewone burgers door het aanhouden van strakke argumentatieschema's echter teveel op de achtergrond geraakt. Vandaar mijn pleidooi om de discussie hierover te openen. Deze Afdelingsuitspraak leent zich daar bij uitstek voor, mede in vergelijking met de eerder genoemde vonnissen van de Rechtbank Den Haag.

2. Dogmatisch gezien kent deze uitspraak een aantal belangrijke onderdelen. In de eerste plaats de nadere uitleg van de afbakening van de werkingssfeer van de Wob in art. 2, eerste lid, met name van de zinsnede “onverminderd het elders bij wet bepaalde” in relatie tot geheimhoudingsregimes in internationale verdragen. Een tweede punt betreft de toepassing van de raadplegingsplicht in de art. 4 en 5 van verordening (EG) nr. 1049/2001 (toegang tot documenten), i.c. om – in het kader van het onderzoek – verplicht terug te koppelen naar de Europese Raad. Een derde relevant element is de differentiatie in de consequenties van een ex art. 8:29, vijfde lid, Awb door betrokkene (procespartij) geweigerde toestemming. Verder is deze uitspraak van betekenis als nadere invulling van de persoonlijke levenssfeer van militairen (ambtenaren) als Wob-weigeringsgrond. Een vijfde aspect betreft de betekenis van de persoonlijke herleidbaarheid van documenten op individuele ambtenaren bij de toepassing van art. 11, tweede lid, Wob. In een zesde, als relevant aan te merken onderdeel van deze uitspraak, bevestigt de Afdeling haar ruime uitleg van het begrip bestuurlijke aangelegenheid in relatie tot documenten met curricula vitae van uitgezonden militairen. Hoewel de Afdeling, vanwege het ontbreken van een materiële grief, hieromtrent niet inhoudelijk oordeelt, bevat deze uitspraak voorts nog een uitgesproken voorbeeld van de nog onvoldoende uitgekristalliseerde rechtsvraag naar de doorwerking in de Wob-toepassing van een door het

bestuursorgaan eerder specifiek toegezegde vertrouwelijkheid, met name ingeval van onverplichte gegevensverstrekking. In dit geval gaat het over de debriefingsverklaringen van Dutchbat-militairen.

3. Eerst echter iets over de informatie-positie van het NIOD in relatie tot de Wob en de Archiefwet 1995. Sinds 1 januari 1999 is het NIOD (Nederlands Instituut voor Oorlogsdocumentatie) een onderdeel van de KNAW (Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen). Daarvoor was het een rijksinstituut (RIOD), onder primaire zeggenschap van de minister van OC&W. De wettelijke grondslag van de KNAW is art. 1.5, eerste lid, van de WHW. Ingevolge art. 1.16 van deze wet is de KNAW een publiekrechtelijke rechtspersoon. Op grond van art. 1a, eerste lid, aanhef en sub d, Wob jo. art. 1:1, eerste lid, sub a, Awb is deze wet van toepassing op de KNAW met inbegrip van de daaronder ressorterende onderzoeksinstituten. Zie met betrekking tot onjuistheden in het Besluit bestuursorganen WNO en Wob mijn noot bij ABRvS 15 december 2004, JB 2005/59 (TNO). De overdracht van de archieven van het RIOOD aan de KNAW ten behoeve van het NIOD is – met terugwerkende kracht - geregeld bij KB van 24 oktober 2001, Stb. 2001, 524. Het NIOD is een archiefvormende instantie. Dit zgn. werkarchief neemt dus nog steeds in omvang toe.

Oudere archiefbestanden zijn/worden op grond van de Archiefwet overgedragen aan het Nationaal Archief, blijven echter in bruikleen aanwezig bij het NIOD. Op deze archiefbescheiden is het informatieregime van de Archiefwet 1995 c.a. van toepassing. Documenten in het werkarchief van het NIOD vallen daarentegen onder de werkingssfeer van de Wob, met beslissingsbevoegdheid bij het bestuur van de KNAW. Hieruit kan worden afgeleid dat KNAW/NIOD hun onderzoeksfunctie als bestuurlijke aangelegenheid in de zin van art. 3, eerste lid, jo. art. 1, aanhef en sub b, Wob opvatten. Vgl. ABRvS 3 oktober 2007, JB 2007/212, m.nt. dzz. (EUR, cafébrand Volendam) en ABRvS 15 december 2004, JB 2005/59 m.nt. dzz. (TNO) ten aanzien van de toepassing van de Wob op onderzoeksinstellingen.

Voorts is aannemelijk dat de Wbp – op onderdelen van – het werkarchief van de NIOD van toepassing is.

Het NIOD heeft in november 1996 van het kabinet opdracht gekregen om als onafhankelijk instituut historisch-wetenschappelijk onderzoek te doen naar: “de gebeurtenissen voor, tijdens en na de val van Srebrenica”. Het onderzoeksrapport “Srebrenica, een “veilig” gebied – Reconstructie, achtergronden, gevolgen en analyses van de val van een “Safe Area” is op 10 april 2002 door aanbieder aan de minister van OC&W openbaar gemaakt. Een afgeslankte versie van dit rapport is in boekvorm verschenen. Het rapport zelf is beschikbaar bij de KB. Zie voor een samenvatting van deze studie en de voortgangsverslagen van het onderzoek de website van het NIOD ([www.niod.nl](http://www.niod.nl)).

In het onderzoekscontract zijn afspraken gemaakt over de toegang van het NIOD tot vertrouwelijke documenten bij het ministerie van Defensie. De verstrekking van deze documenten aan het NIOD was dus niet gebaseerd op de Wob, zodat de regel “Eenmaal openbaar, altijd openbaar”, als uitvloeisel van het verbod van selectieve openbaarmaking, in dit geval niet van toepassing is. Onderdeel van de contractuele afspraken was de verplichting tot “teruglevering” van de door overheidsinstanties ter beschikking gestelde vertrouwelijke documenten na afronding van het onderzoeksrapport. Deze verplichting is ook nagekomen, naar mij is verzekerd. De door het NIOD bij zijn onderzoek gebruikte categorie van 212 van in totaal 400 in de Afdelingsuitspraak genoemde debriefingsverklaringen van Dutchbat-militairen zijn echter niet aan het ministerie van Defensie teruggegeven, omdat de verstrekking aan het NIOD was gebaseerd op uitdrukkelijke, voorafgaande toestemming van betrokkenen (informed consent in de zin van art. 1, aanhef en sub i, Wbp), onder expliciete toezegging van vertrouwelijkheid door het NIOD. Deze debriefingsverklaringen berusten derhalve zowel bij het ministerie van Defensie, als – partieel – bij het NIOD.

In het kader van zijn onderzoek heeft het NIOD zelf een omvangrijk Srebrenica-archief opgebouwd.

Zoals hiervoor opgemerkt valt dit bijzondere werkarchief in beginsel onder het toepassingsbereik van de Wob.

Het verschijnen van het onderzoeksrapport heeft bij KNAW/NIOD een aantal Wob-verzoeken uitgelokt. Appellante in deze uitspraak zou daar echter niet bij zijn, werd mij verteld. Indien een Wob-verzoek ziet op ook elders aanwezige documenten is het instituutsbeleid om de besluitvorming met het betreffende bestuursorgaan af te stemmen. Aannemelijk is dat een eventueel Wob-verzoek met betrekking tot de debriefingsverslagen door het NIOD geweigerd zou worden met een beroep op de zelf afgegeven vertrouwelijkheidsgarantie.

4. Bezien vanuit de invalshoek van de minister van Defensie oordeelt de Afdeling in deze uitspraak dat het opstellen van het NIOD-rapport als bestuurlijke aangelegenheid in de zin van art. 3, eerste lid, jo. art. 1, aanhef en sub b, Wob moet worden aangemerkt. De onderliggende onderzoeksdocumenten delen in die kwalificatie. Dit betekent dat de minister geen openbaarmaking van documenten kon weigeren vanwege het ontbreken van het karakter van bestuurlijke aangelegenheid. De Afdeling vernietigt dan ook een dergelijke weigering van tot deze categorie behorende documenten met het curriculum vitae van uitgezonden militairen. Deze opvatting spoort met hetgeen hiervoor is vermeld over de opvattingen van KNAW en NIOD terzake van de gelding van de Wob voor hun onderzoeksbestanden.

5. Naar ik uit de ow. 2.8 t/m 2.8.2 van deze uitspraak opmaak had de uitspraak van de rechtbank tot vernietiging van het besluit op bezwaar tevens betrekking op de hierin opgenomen weigering van de minister tot openbaarmaking van de 400 in het BLS-archief van Defensie opgenomen debriefingsverklaringen van Dutchbat-militairen op grond van art. 10, tweede lid, sub e, en art. 11 Wob. Door appellante was aangevoerd, dat door de verstrekking van 212 ervan aan het NIOD, deze verklaringen niet meer tot het vertrouwelijk deel van het archief behoorden, zodat zij ook jegens verzoeker openbaar gemaakt dienden te worden. De rechtbank nam daarom geen genoegen met de motivering van het weigeringsbesluit ten aanzien van deze 212 documenten, met voorbijgaan aan de toezegging van vertrouwelijkheid aan betrokkenen, en vernietigde dit onderdeel van het weigeringsbesluit. Bij de Afdeling gaat het primair om de grief van de minister van miskenning door de rechtbank dat appellante op dit onderdeel van het weigeringsbesluit geen beroep zou hebben ingesteld. De Afdeling volgt op dit punt echter het oordeel van de rechtbank, dat het ingestelde beroep mede ziet op de 212 aan het NIOD verstrekte verklaringen. Het stond de rechtbank dan ook vrij om ten behoeve van het door de minister nieuw te nemen besluit op bezwaar in te gaan op de toereikendheid van de motivering van het weigeringsbesluit, te weten het beroep op toegezegde vertrouwelijkheid, aldus de Afdeling.

6. Uit deze overweging kan worden afgeleid dat ook de Afdeling de gegevensverstrekking aan het NIOD als relevante factor ziet bij heroverweging van het weigeringsbesluit door de minister. Reeds eerder bleek dat de Afdeling in het perspectief van de Wob slechts relatieve betekenis hecht aan een door het bestuursorgaan toegezegde vertrouwelijkheid c.q. geheimhouding. Zie ABRvS 19 april 2006, JB 2006/168 m.nt. dzz. (bronbescherming algemeen ambtsbericht). Anders echter ABRvS 22 maart 2006, JB 2006/124 m.nt. dzz. (onverplichte meldingen IGZ) en ABRvS 1 december 2004, JB 2005/25 m.nt. dzz. (infectiecijfers ziekenhuizen bij IGZ en RIVM). In mijn noot bij laatstgenoemde uitspraak heb ik betoogd dat waar het gaat om de betekenis van vooraf toegezegde vertrouwelijkheid dient te worden onderscheiden tussen verplichte en onverplichte gegevensverstrekking (inlichtingen). Is sprake van verplichte gegevensverstrekking, dan komt aan een voorafgaande toezegging van geheimhouding in het licht van de Wob mijns inziens slechts beperkte betekenis toe. Dit is echter anders indien de gegevensverzameling als zodanig, dus op grond van aard en inhoud, onderworpen is aan strikte waarborgen van gegevensbescherming, met name op grond van de Wbp

en/of Wob. In dat geval is een vertrouwelijksgarantie op te vatten als een bevestiging van geldend recht.

De toezegging van vertrouwelijkheid door de minister met betrekking tot de debriefingsverklaringen verenigt meerdere elementen in zich. Deze was bedoeld om een openhartige reactie van deze groep Dutchbat- militairen uit te lokken, dus uitstijgend boven hun ambtelijk-hiërarchische inlichtingenplicht aan de minister. Gezien het gevoelige karakter van deze verklaringen vormt deze toezegging echter tevens een bevestiging van geldende waarborgen van gegevensbescherming.

Bij de onderzoeksinstellingen ligt de doorwerking van toezeggingen van vertrouwelijkheid/geheimhouding nog een slag zwaarder. Zie in dit verband mijn kritische noot bij de uitspraak van de ABRvS van 3 oktober 2007, JB 2007/212 (EUR, cafébrand Volendam). Die betrof met name de – potentiële - doorkruising op grond van de Wob van de regels van beroeps(onderzoeks)ethiek van wetenschappelijke onderzoekers. Zie naast het hiervoor reeds genoemde art. 1:7 WHW, tevens de art. 9, vierde lid, en 25 Wbp. Met zijn uitspraak van 21 januari 2009, JB 2009/73 m.nt. dzz. (geheimhouding vertrouwenspersoon) heeft de ABRvS echter op grond van art. 3, eerste lid, Wob een opening voor informatiescheiding binnen de organisatie van een bestuursorgaan gecreëerd. Deze uitspraak kan als aanknopingspunt fungeren om onder de Wob tot een bevredigende oplossing te komen van de problematiek van de openbaarheid van (wetenschappelijke) onderzoeksbestanden.

7. In het voorliggende geval moet er van worden uitgegaan, dat de minister met zijn gegevensverstrekking aan het NIOD – anders dan de rechtbank Utrecht lijkt aan te nemen - de aan betrokkenen toegezegde vertrouwelijkheid niet heeft doorbroken, omdat deze is gebaseerd op uitdrukkelijke toestemming van elk van de betrokkenen, onder complementaire toezegging van vertrouwelijkheid door het NIOD. Zie in dit verband voor het zelfbeschikkingsrecht van de betrokkene (geregistreerde) de art. 8, aanhef en sub a, art. 23, eerste lid, aanhef en sub a, jo. art. 1, aanhef en sub i, Wbp alsmede art. 10, derde lid, Wob. Zelfbeschikking is immers een rechtvaardigingsgrond van gegevensverwerking. Werd die toestemming niet gegeven, dan kreeg het NIOD de betreffende verklaring niet in handen. Vandaar het verschil tussen het aantal van 400 en van 212 verklaringen. Voor laatstgenoemde categorie van aan het NIOD verstrekte verklaringen geldt derhalve een dubbele vertrouwelijkheidsgarantie, zowel van de minister als van het NIOD, elk voor zijn eigen archief(deel). Zoals hiervoor reeds opgemerkt, kunnen aan – selectieve – gegevensverstrekking (openbaarmaking) aan een derde-instantie, dus buiten de Wob om, gebaseerd op individuele toestemming van betrokkenen, in beginsel geen aanspraken door latere Wob-verzoekers worden ontleend. Onder omstandigheden kan dit anders zijn. Uitzonderingen liggen in de sfeer van het gelijkheids- en het redelijkheidsbeginsel, maar daar zal niet snel sprake van zijn.

8. Zie in dit verband tevens het besluit van de Minister-President en de ministers van Buiza, Defensie en BZK tot instelling van een commissie van onderzoek besluitvorming Irak (Commissie-Davids) van 6 maart 2009, Stcrt. 2009, 48, alsmede het mede door de voorzitter ondertekende Protocol met betrekking tot het kennisnemen van informatie door de commissie Davids, Stcrt. 2009, 64. Het Protocol voorziet in art. 9 in een regeling met betrekking tot de opneming in het onderzoeksverslag van staatsgeheime informatie. Opneming hiervan in het onderzoeksrapport is afhankelijk van voorafgaande toestemming van genoemde ministers. In art. 7 van het Instellingsbesluit is bepaald dat de door de commissie verzamelde stukken na beëindiging van de werkzaamheden worden overgedragen aan het centraal archief van het ministerie van AZ. Zie voorts de met de Tweede en Eerste Kamer gewisselde brieven en de mondelinge behandeling van instelling en protocol van de onderzoekscommissie door de Tweede Kamer onder kamerstuknummer 31847, Onderzoek naar de besluitvorming rond de inval in Irak.

9. De minister heeft openbaarmaking van een tiental, via het Europese communicatienetwerk COREU ontvangen berichten geweigerd, onder verwijzing naar de weigeringsgrond openbaar belang in art. 4, eerste lid, aanhef en onder a, jo. art. 5 van verordening (EG) 1049/2001 inzake de toegang tot documenten, ervan uitgaande dat de Raad deze documenten niet zal willen vrijgeven. Zie omtrent de raadpleegverplichting met betrekking tot van de Europese instellingen afkomstige documenten het arrest van het HvJ van 18 december 2007, Zweden/Commissie, JB 2008/53 m.nt. dzz. en – spiegelend - ABRvS van 9 april 2008, JB 2008/124 m.nt. dzz. De Afdeling past de door het GvEA in zijn arrest van 12 juli 2001, zaaknr. T-204/99, geformuleerde regel toe. Verspreiding van documenten via het COREU-net kwalificeert niet als weigeringsgrond in de zin van art. 4, eerste lid, aanhef en onder a, verordening. Een verzoek om toegang dient dan ook met betrekking tot elk afzonderlijk document onderzocht te worden. De Afdeling is van oordeel dat de minister door de Raad niet te raadplegen zijn weigeringsbesluit niet deugdelijk heeft gemotiveerd. Daarmee bevestigt de Afdeling de raadpleegverplichting in art. 5 van verordening 1049/2001 te incorporeren in de (onderzoeks- en) motiveringsplicht op grond van de Awb en deze ook serieus te nemen (zie genoemde eerdere uitspraak van 9 april 2008). Een beroep van een bestuursorgaan op de uitzonderingsgrond: “tenzij het duidelijk is dat het document wel of niet wordt vrijgegeven”, zal dus strikt gemotiveerd dienen te zijn, wil het bij de Afdeling overeind blijven.

10. Een deel van de verlangde documenten maakt deel uit van het berichtenverkeer in het kader van VN en NAVO als internationale verdragsorganisaties. Daardoor vallen deze documenten onder het VN-Immunitatenverdrag of het NAVO-gegevensverdrag. Evenals de minister heeft de rechtbank de afbakeningsbepaling in art. 2, eerste lid, Wob aldus uitgelegd, dat de zinsnede “onverminderd het elders bij wet bepaalde” mede betrekking heeft op aan de Wob derogerende openbaarmakingsregelingen in internationale verdragen. De Afdeling oordeelt daarentegen op basis van een grammaticale en wetshistorische interpretatie, dat art. 2, eerste lid, Wob niet de doorwerking van verdragsrechtelijke geheimhoudingsbepalingen in de Wob regelt. Deze bepaling betreft uitsluitend het nationale recht, want ziet op de relatie van de Wob tot daaraan derogerende openbaarmakingsregelingen in sectorwetgeving (Wob als vangnetregeling). Daarom heeft de minister zijn weigeringsbesluit ten onrechte op dit artikellid gebaseerd.

Het weigeringsbesluit met betrekking tot de VN-documenten kan evenmin op de (relatieve) weigeringsgrond in art. 10, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wob worden gebaseerd. Want ingevolge de vigerende immunitatenverdragen zijn deze documenten “inviolable”, hetgeen normering op nationaal niveau uitsluit, dus ook die via de Wob. Dit deel van het weigeringsbesluit wordt derhalve vernietigd, zij het dat de rechtsgevolgen ex art. 8:72, derde lid, Awb in stand gelaten worden, nu de minister het verzoek om openbaarmaking van de VN-documenten verdragsrechtelijk niet kan inwilligen.

Bij de NAVO-documenten wordt qua regime gedifferentieerd al naar gelang de classificatie ervan. De als “classified information” (secret, confidential en restricted) gerubriceerde stukken worden beheerst door het NAVO-gegevensverdrag, een uitputtende internationale verdragsregeling inzake gegevensverstrekking en geheimhouding (strikte doelbinding en auteursregel), op grond waarvan geen algemene openbaarmaking van informatie is toegestaan. De Afdeling vernietigt ook dit onderdeel van het weigeringsbesluit, eveneens met behoud van rechtsgevolgen ex art. 8:72, derde lid, Awb, nu de minister het verzoek om openbaarmaking niet op grond van dit gegevensverdrag kan inwilligen.

11. Het bijzondere van deze benadering is dat de Afdeling enerzijds vaststelt dat de Wob op de verlangde documenten niet van toepassing is, maar in plaats daarvan een zelfstandige of, in het geval van het NAVO-gegevensverdrag, een krachtens internationaal recht prevalerende regeling, echter de

aanspraken op openbaarmaking op basis van deze verdragsregelingen volledig toetst in het kader van de aanhangige Wob-procedure. Dat wringt. De relatie van verordening (EG) nr. 1049/2001 tot de Wob is op onderdelen evenmin helder is. Zie met name de hierin opgenomen specifieke voorziening betreffende de toegang tot gevoelige documenten in art. 9, die in hoge mate overeenkomt met de hiervoor aangehaalde verdragsrechtelijke geheimhoudingsregimes. Aannemelijk is deze regeling na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op veel grote schaal zal worden toegepast. Weliswaar is er een streven in het Europees Parlement om bij de lopende herziening van deze verordening art. 9 te doen vervallen (Verslag van 19 februari 2009, COM(2008)0229), haalbaar lijkt me dit vooralsnog niet.

Er is daarom aanleiding om - mede in het licht van deze uitspraak - de afbakeningsregeling in art. 2, eerste lid, tweede zinsdeel, van de Wob te heroverwegen en aan te passen.

12. Gaat het bij de NAVO-documenten om als “unclassified information” gerubriceerde stukken, dan is het NAVO- gegevensverdrag niet van toepassing, maar – naar zeggen van de minister - een daarop toegesneden zgn. Managementdocument, dat eveneens in een strikte NAVO-doelbinding zou voorzien. Openbaarmaking van de verlangde, als zodanig gerubriceerde documenten, is door de minister dan ook met een beroep op deze doelbinding in deze beleidsregels geweigerd.

Bij de beoogde toetsing van dit onderdeel van het ministeriële weigeringsbesluit aan deze regeling neemt de zaak bij de Afdeling een bijzondere wending. De minister stelt dat hem op grond van internationale verdragsverplichtingen niet is toegestaan het Managementdocument aan derden te verstrekken. De Afdeling heeft eerder in een andere samenstelling geoordeeld dat de weigering van de minister ex art. 8:29, eerste lid, Awb om deze regeling te overleggen gerechtvaardigd is.

Appellante weigert echter toestemming ex art. 8:29, vijfde lid, Awb, zodat de Afdeling niet mede op grond van deze regeling uitspraak kan doen. De gevolgen van een dergelijke weigering komen naar vaste rechtspraak in beginsel voor risico van de weigeraar. Zo niet in dit geval omdat de Afdeling dit uitgangspunt nuanceert waar het gaat om door het bestuur ingeroepen rechtsregels. “De rechter dient zelfstandig te kunnen beoordelen welke rechtsregels van toepassing zijn, of deze op het relevante tijdstip van kracht zijn en wat deze inhouden. Hij wordt geacht het recht te kennen”, aldus de Afdeling. Nu de Afdeling het weigeringsbesluit van de minister niet op rechtmatigheid kan toetsen moet het er, naar wordt overwogen, reeds daarom voor worden gehouden dat dit besluit niet op basis van deze NAVO-regeling genomen had mogen worden. Daardoor ontbeert het weigeringsbesluit een draagkrachtige motivering, zodat het vernietigd dient te worden. Dit betekent dat het risico van niet kunnen kennismaken door de bestuursrechter van de onderliggende regeling bij een besluit voor risico van het bestuursorgaan komt.

Dit is een belangrijke en principiële aanvulling van de jurisprudentie inzake art. 8:29 Awb. Hoewel de Afdeling die relatie niet uitdrukkelijk legt wordt met deze uitspraak mede invulling gegeven aan de rechtsstatelijke - tevens grondrechtelijk verankerde - beginselen van rechtszekerheid en fair trial. Aldus is terecht een aan de grondslagen ontleende grens gesteld aan de processuele “lijdelijkheid” van de bestuursrechter en tevens aan de gelding van de inherente prikkel (risico-sanctie) op instemming met beperkte kennisneming van de processtukken door appellanten. De toepassing van art. 8:29 Awb lijkt zo’n vlucht te hebben genomen, dat een dergelijk signaal ook overigens welkom is. Had de Afdeling op dit punt anders geoordeeld, dan zou het wezen van een rechtmatig bestuur en van rechterlijke toetsing in zijn kern geraakt zijn. Het is daarom toe te juichen dat de Afdeling op dit punt een duidelijke grens heeft getrokken.

Hoe de minister verder moet na de vernietiging van zijn weigeringsbesluit met betrekking tot de als “unclassified” gerubriceerde NAVO-documenten is echter niet duidelijk geworden. De Afdeling biedt de minister geen uitweg in zijn conflict van plichten, te weten: de plicht tot hernieuwde besluitvorming enerzijds en zijn plicht tot nakoming terzake van internationale



geheimhoudingsverplichtingen anderzijds. Daarbij is een complicerende factor dat de Afdeling in rechte heeft vastgesteld dat de beperking van kennisneming van de NAVO-regeling door appellante gerechtvaardigd is. Aldus is een rechterlijk oordeel gegeven over het verbindende karakter van de geheimhoudingsplicht waaraan de minister op basis van – prevalerend - internationaal recht zegt gebonden te zijn. Besluit de minister om de betreffende regeling - als onderdeel van de motivering van een nieuw weigeringsbesluit - wel aan appellante beschikbaar te stellen, dan zegt dat niet alleen iets over de mate van dringendheid van de NAVO-geheimhoudingsplicht van (interne) beleidsregels, maar ook over de wijze van (marginaal?) toetsen op gerechtvaardigde geheimhouding als processtuk door de Afdeling.

13. Een categorie van hiermee samenhangende documenten betreffen de ambtelijke verslagen van internationale bijeenkomsten in het kader van de VN-Veiligheidsraad en van de Noord-Atlantische Raad. De minister heeft openbaarmaking hiervan geweigerd op grond van art. 11, eerste lid, (intern beraad en persoonlijke beleidsopvattingen) en art. 10, tweede lid, aanhef en sub a, (betrekkingen met internationale organisaties) Wob. De Afdeling oordeelt het weigeringsbesluit als toereikend gemotiveerd. Gelet op aard en inhoud van de betreffende documenten heeft de minister in redelijkheid kunnen afzien van gebruikmaking van zijn bevoegdheid in art. 11, tweede lid, Wob. Daarmede voegt deze uitspraak wat toe aan de jurisprudentie over de doorwerking van het belang van goede internationale betrekkingen in de toepassing van de Wob. Zie met betrekking tot de invulling van de relatieve weigeringsgrond in art. 10, tweede lid, aanhef en sub a, tevens de uitspraak van de ABRvS van 12 maart 2008, JB 2008/107 m.nt. dzz. (e-mailwisseling Probo Koala). Het is duidelijk dat de Afdeling de minister op dit terrein een ruime discretie laat.

14. Deze uitspraak bevat voorts een nadere uitwerking van het leerstuk van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren onder de Wob (art. 10, eerste lid, aanhef en sub d, tweede lid, aanhef en sub e, en derde lid). In geding is de geanonimiseerde verstrekking van een aantal documenten, in het verlengde van de op art. 10, tweede lid, aanhef en sub e, Wob gebaseerde weigering van de minister om de namen van niet naar Srebrenica uitgezonden militairen openbaar te maken.

In lijn met haar eerdere rechtspraak, in het bijzonder ABRvS 18 juli 2007, JB 2007/180 m.nt. dzz. en ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/232 m.nt. Stolk en JB 2008/162, betreffende de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren, oordeelt de Afdeling – in algemene zin - dat bij de openbaarmaking van namen van militairen de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van die militairen aan de orde is. Volgens de Afdeling is de minister er terecht van uitgegaan, dat militairen een functie bekleden waarbij hun anonimiteit zoveel mogelijk moet worden gewaarborgd.

Om die reden heeft de minister naar de Afdeling meent een juiste afweging gemaakt en is het weigeringsbesluit toereikend gemotiveerd.

Ik volsta met een enkele opmerking. Evenals in genoemde eerdere gevallen, gaat de Afdeling in deze uitspraak uit van een functionele inkleuring van de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren als weigeringsgrond in de Wob, i.c. toegespitst op de veiligheid van militairen. Daarbij wordt niet gedifferentieerd tussen de groep van militaire ambtenaren die in de openbaarheid zijn getreden en anderen die dat niet hebben gedaan.

Inderdaad is de instrumentele functie van de gegevensbescherming met het oog op andere kernwaarden, zoals het gelijkheids-/anti-discriminatiebeginsel breed aanvaard als onderdeel van het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de uitwerking daarvan in het internationale en communautaire recht alsmede in nationale wet- en regelgeving. Zie onder meer de verhoogde rechtsbescherming van de bijzondere persoonsgegevens in de Wbp jo. art. 10, eerste lid, aanhef en sub d, Wob. De functionele koppeling van de gegevensbescherming van ambtenaren aan

het – relatief onbepaalde - begrip veiligheid, zoals in deze en voorgaande uitspraken door de Afdeling is aangenomen, staat op onderdelen mogelijk op gespannen voet met de heersende leer, onder meer betreffende botsende grondrechtsaanspraken, in het bijzonder van de artikelen 8 en 10 EVRM.

Ook militairen en andere ambtenaren kunnen “public figures” met verminderde aanspraken op gegevensbescherming zijn. Dat geldt in het bijzonder voor de publieke rol van militairen in het kader van buitenlandse missies en vooral in de nasleep van het Srebrenica-drama.

In verband met de missie-Srebrenica zijn militairen – al dan niet verplicht – veelvuldig in de openbaarheid getreden, niet alleen via het publieke debat in de media, maar ook door de openbare verhoren van de Enquêtecommissie Srebrenica (kamerstukken nr. 28506), voorlopige getuigenverhoren bij de civiele rechter (vgl. het arrest van het Hof Den Haag van 28 oktober 2004, NJF 2004/587), de behandeling van schadevorderingen door de civiele rechter (vgl. de uitspraken van de Rechtbank Den Haag van 10 september 2009, LJN: BF0184 en LJN: BF0182) en enkele persoonlijke publicaties van betrokkenen. Bovendien bevatten de onderzoeksrapporten van het NIOD en van de parlementaire enquêtecommissie Srebrenica informatie op naam van een groot aantal militairen.

Voor deze categorie van functioneel of op grond van persoonlijke motieven in de openbaarheid getreden militairen relativeert dit openbaarheidsaspect het door de Afdeling aangevoerde veiligheidsargument en daarmee het gewicht van de persoonlijke levenssfeer als weigeringsgrond in hoge mate. Een zwak punt in deze rechtspraak is voorts, dat de Afdeling geen onderzoeksplicht van het bestuursorgaan aanneemt met betrekking tot de toestemming van betrokkene (art. 10, derde lid, Wob). Zie ABRvS 19 april 2006, JB 2006/168 m.nt. dzz.

Het geweld tegen publieke functionarissen is helaas een groeiend maatschappelijk probleem. Bovendien is inmiddels gebleken dat ook families van uitgezonden militairen kwetsbaar zijn. Mijns inziens rechtvaardigt dit – diffuse - veiligheidsaspect echter niet dat openbaarheidsaanspraken onder de Wob – categoriaal - worden ingeperkt in een omvang als de Afdeling nu lijkt te doen. Bovendien blijft het punt dat ambtenaren in hun functioneren op enigerlei wijze identificeerbaar behoren te zijn – ook politieambtenaren en militairen -, met name in het licht van interne en externe klachtvoorzieningen en strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zie wat eerstgenoemd punt betreft hoofdstuk 9 Awb.

15. In de overige gevallen van weigering van documenten zijn deze gemotiveerd met een beroep op art. 11, eerste en tweede lid, (intern beraad, persoonlijke beleidsopvattingen) al dan niet in combinatie met art. 10, tweede lid, aanhef en sub a, (internationale betrekkingen) Wob. Een opmerkelijk element in de door de Afdeling gehonoreerde besluitvorming van de minister is de min of meer constitutionele, op de ministeriële verantwoordelijkheid toegesneden inkleuring van art. 11, tweede lid, Wob. Dit blijkt met name uit herhaalde redengeving dat de minister het niet wenselijk vindt dat standpunten van ambtenaren een zelfstandige rol gaan spelen in de openbare discussie. De hiervoor gesignaleerde publieke rol van een aantal militaire ambtenaren blijkt voorts gevolgen te hebben voor de reikwijdte van art. 11, tweede lid, Wob. Want vanwege de hierdoor toegenomen herleidbaarheid van documenten op individuele personen kunnen persoonlijke beleidsopvattingen en hiermee verweven feiten in een aantal gevallen niet meer in geanonimiseerde vorm openbaar gemaakt worden. Dit is de paradox van de toegenomen participatie van ambtenaren in het publiek debat. De toegenomen zichtbaarheid van het hogere militaire kader door openbaarheid en publiciteit leidt tot een verminderde openbaarheid van relevante documenten onder de Wob. Iets om nog eens over na te denken.

Tegelijkertijd vormt deze uitspraak een mooie illustratie van de verschillen in invalshoek en doelstelling van de privacy-weigeringsgronden in art. 10, eerste en tweede lid, en de beperking van openbaarmaking van persoonlijke beleidsopvattingen in art. 11, eerste en tweede lid, Wob. In beide artikelen is de herleidbaarheid van de informatie op individuele personen een belangrijk beslissingselement. Ook artikel 11 beschermt (mede) de persoonlijke levenssfeer van ambtenaren (en tot de kring van het intern beraad gerekende derden). Het doel van deze voorziening is echter de bescherming van een vrije ambtelijk-bestuurlijke gedachtenuitwisseling, in tegenstelling tot de privacy-weigeringsgronden in art. 10, waarbij de gegevensbescherming van de betrokkene voorop staat.

## G. Overkleeft-Verburg