

ABRvS van 7 september 2011, LJN: BR6938, zaaknr. 201100335/1//H3

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BR6938>

Art.: 8, lid 1 en 10, lid 2, aanhef en sub g, Wob en 21 Wet op het onderwijstoezicht

Trefw.: actieve openbaarmaking, onderzoeksrapport van de Onderwijsinspectie, publicatie op de website, belang van een goede en democratische bestuursvoering, publieke informatie over de wijze waarop publieke middelen worden besteed, verantwoording van uitgeoefend toezicht, wettelijke regeling van openbaarmaking van inspectierapporten, belangenafweging voorgenomen openbaarmaking, gewicht algemeen (publiek) belang, onevenredige benadeling, negatieve publiciteit, gemiddelde lezer, inhoudelijke criteria

Samenvatting

In hoger beroep staat ter beoordeling of de minister een onderzoeksrapport van de Onderwijsinspectie inzake het financieel beheer van een schoolbestuur (VAHON) met een beroep op art. 8, eerste lid, van de Wob rechtmatig openbaar heeft kunnen maken, via publicatie hiervan op haar website. De rechtbank Den Haag heeft het ingestelde beroep ongegrond verklaard. De Afdeling bevestigt dit oordeel op basis van de volgende overwegingen. De minister heeft het onderzoek naar de aanwending van financiële middelen door de school in het kader van zijn toezichthoudende taak verricht. Nu in het rapport de bevindingen zijn neergelegd van de uitvoering van deze toezichthoudende taak, betreft het informatie over de uitvoering van beleid van de minister. De minister mocht zich op het standpunt stellen dat het in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering, dat het publiek inzage heeft in de wijze waarop publieke middelen worden besteed en in de wijze waarop de minister controle uitoefent. Derhalve valt het openbaar maken van het rapport onder de reikwijdte van artikel 8, eerste lid, van de Wob. Dat de Wet op het onderwijstoezicht niet voorziet in openbaarmaking van een dergelijk financieel rapport laat de plicht van de minister onverlet om in beginsel tot openbaarmaking hiervan over te gaan op grond van de Wob.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen is ook in geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking een nadere afweging van belangen geboden. Deze houdt in dit geval in, dat het algemene (publieke) belang dat door onverkorte openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van de VAHON om geen onevenredig nadeel te ondervinden als gevolg van de publicatie. Daarbij moet aan het algemeen belang een groot gewicht worden toegekend. Door openbaarmaking van het rapport wordt het publieke belang van openbaarheid gediend, nu de minister op deze wijze verantwoording aflegt over de manier waarop hij zijn bevoegdheden ter vervulling van zijn toezichthoudende taak aanwendt. Met juistheid heeft de rechtbank geoordeeld dat de VAHON niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij onevenredig wordt benadeeld door publicatie van het rapport, nu dit rapport - uitgaande van de "gemiddelde lezer" - aan een aantal kwaliteitscriteria voldoet, in het bijzonder: de neutrale bewoordingen, de weergave van de zienswijzen van de VAHON en de "voorlopigheid" van een hierop gebaseerd sanctiebesluit. Met het oog hierop behoefde de minister niet te verwachten dat publicatie van het rapport zodanige negatieve media-aandacht zou genereren dat de VAHON onevenredig zou worden benadeeld.

Noot

1. Deze uitspraak is een relevante toevoeging aan de artikel 8 Wob-rechtspraak inzake actieve openbaarmaking in het kader van toezicht en handhaving. Evenals in eerdere uitspraken volgt de Afdeling ook nu weer het klassieke argumentatieschema van de Wob, toegespitst op het oogmerk van een goede en democratische bestuursvoering, nader uitgewerkt in de ook bij een voornemen tot actieve openbaarmaking verplichte belangenafweging op basis van art. 10 van de Wob. Daarbij staat het - zwaarwegende - publieke (algemene) belang van openbaarheid, i.c. betreffende de besteding van publieke middelen en de verantwoording van het bestuursorgaan over zijn wijze van bevoegdheidsuitoefening, tegenover het particuliere belang van in dit geval de schoolvereniging, om beschermd te worden tegen onevenredige benadeling, in het bijzonder

door negatieve publiciteit in de media. De betekenis van deze uitspraak betreft de op de actieve openbaarmaking van toezichtsrapporten toegesneden inkleuring van de afwegingsfactor onevenredige benadeling in art. 10, tweede lid, sub g, van de Wob, toegespitst op de hieruit voortvloeiende negatieve publiciteit voor school en schoolbestuur. Dat gebeurt via de formulering van aan een dergelijk onderzoeksrapport te stellen inhoudelijke (kwaliteits)eisen, waarbij de “gemiddelde lezer” als ijkpunt wordt opgevoerd.

Tegelijkertijd is de realiteit dat de Afdeling met deze rechtspraak op grond van artikel 8, eerste lid, van de Wob bestuursorganen bij toezicht en handhaving de facto een belangrijk sanctie-instrument in handen geeft, immers de bevoegdheid tot “naming en shaming”. Deze bevoegdheid kan reeds worden ingezet wanneer de juistheid van een onderzoeksrapport of de rechtmatigheid van een opgelegde sanctie (nog) niet in rechte is vastgesteld.

2. Deze uitspraak is tevens van bijzondere betekenis voor het onderwijsrecht, in het bijzonder voor het functioneren van de Onderwijsinspectie. In de voorliggende uitspraak wordt door de Afdeling volstaan met de opmerking dat de Wet op het onderwijstoezicht (WOT) niet voorziet in een regeling van openbaarmaking van een rapport als het onderhavige. Niet duidelijk is of de thans bij de Tweede Kamer ahangende wetswijziging en de daarop vooruitlopende verbreding van het takenpakket van de Inspectie door invoering van een “geïntegreerd toezicht” (Kamerstukken II 2009/10, 32193, nrs. 1-3) door de Afdeling in haar beoordeling is betrokken. Het lijkt er op dat dit niet het geval is. Of in het voorliggende geval anticipatie op nieuwe wetgeving aangewezen of wenselijk is, is dus (nog) niet bij de bestuursrechter aan de orde gesteld, evenmin als de vraag hoe het toepasselijke regime van openbaarmaking er na de verwachte inwerkingtreding van deze wetswijziging precies gaat uitzien. In het bijzonder gaat het dan over de vraag of het openbaarmakingsregime in art. 21 van de WOT ook op dit type financiële controlerapporten van toepassing is. En zo ja, hoe de artikelen 8, eerste lid, van de Wob en 21 van de WOT zich in dat geval tot elkaar verhouden. Is dan sprake van samenloop of derogeeft de bijzondere regeling inzake actieve openbaarmaking in art. 21 van de WOT aan art. 8, eerste lid, van de Wob? De vraag of het openbaarheidsregime in de WOT als *lex specialis* heeft te gelden is tevens beslissend voor het niveau van rechtsbescherming van de schoolbesturen. Uitgaande van de wetsgeschiedenis van de WOT geldt een beslissing tot openbaarmaking op grond van art. 21 van de WOT niet als besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, van de Awb, in tegenstelling tot een de facto overeenkomstige beslissing op grond van art. 8, eerste lid, van de Wob. Wat het beeld nog verder compliceert is dat de werkingssfeer van art. 8, eerste lid, van de Wob ruimer is dan die van art. 21 van de WOT, immers tevens de openbaarmaking van sanctiebesluiten omvat, terwijl laatstgenoemd artikel qua reikwijdte beperkt is tot zgn. inspectierapporten. In dit perspectief is art. 8, eerste lid, van de Wob aan te merken als complementaire voorziening. De uiteindelijke betekenis van deze uitspraak voor de praktijk van actieve openbaarmaking van inspectierapporten door de Onderwijsinspectie staat dus nog niet vast.

3. De huidige, op art. 8, eerste lid, Wob gebaseerde, jurisprudentie van de Afdeling inzake actieve openbaarmaking in het kader van toezicht en handhaving kan als volgt worden samengevat. De grondslag hiervan is de Afdelingsuitspraak van 31 mei 2006, JB 2006/218 m.nt. dzz., betreffende de publicatie door het gemeentebestuur van Nijkerk van een onderzoeksrapport naar belangenverstrengeling door een ambtenaar op de gemeentelijke website. Kern hiervan is dat art. 8, eerste lid, van de Wob in een bestuurlijke aangelegenheid waarbij belangen in artikel 10 van de Wob zijn betrokken, de grondslag biedt voor het nemen van besluiten, als bedoeld in art. 1:3, eerste lid, van de Awb. Voor belanghebbenden bij een dergelijk besluit staat derhalve dezelfde rechtsgang open als die beschikbaar is voor belanghebbenden bij een besluit op grond van art. 3 van de Wob. Daarna heeft de Afdeling enkele uitspraken gedaan over de actieve openbaarmaking van boetebesluiten. Zie in het bijzonder de uitspraak van 10 november 2010, JB 2010/276 m.nt. L.J. Wildeboer, waarnaar de Afdeling in de hiervoor opgenomen uitspraak ook verwijst. Daarin kwam in het bijzonder de vraag aan de orde wanneer een boetebesluit gepubliceerd mag worden, met name of sprake dient te zijn van een in rechte vast staand besluit. Of sprake is van onevenredige benadeling door de publicatie van een niet in rechte vaststaand sanctiebesluit hangt volgens de Afdeling af van het oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. Indien door

belanghebbende ex art. 8:81 van de Awb een voorlopige voorziening kan worden gevraagd in de vorm van een niet- of nader bepaalde wijze van openbaarmaking van het boetebesluit, betekent het ontbreken hiervan dat het belang van het verstrekking van informatie als bedoeld in art. 8, eerste lid van de Wob niet dient te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van de beboete rechtspersonen of hiertoe te herleiden natuurlijke personen. Het kunnen vragen van een voorlopige voorziening is niet alleen een kwestie van rechtsingang, maar ook van gelegenheid, in het bijzonder door een zeker tijdsverloop tussen bekendmaking van het besluit tot openbaarmaking (voornemen) en de effectuering hiervan. Zie art. 4:8 Awb en het voor verzoeken om openbaarmaking geldende art. 6, vijfde lid, van de Wob, waarvan overeenkomstige toepassing bij actieve openbaarmaking in de rede ligt. Genoemde uitspraak laat zien dat de Afdeling nagaat of het adieren van de voorzieningenrechter voorafgaand aan de publicatie ook feitelijk mogelijk was. Overigens geldt dat indien de voorzieningenrechter in de bodemprocedure niet in zijn voorlopig rechtmatigheidsoordeel wordt gevolgd, de consequentie daarvan is dat de inmiddels gerealiseerde publicatie door de bestuursrechter alsnog als onevenredig benadelend in de zin van art. 10, tweede lid, aanhef en sub 9 van de Wob zal worden aangemerkt, met alle schaderisico's voor het bestuursorgaan van dien.

4. In de voorliggende uitspraak gaat het over de bevoegdheid tot actieve openbaarmaking van een onderzoeksrapport in de toezichtsfase. Dit rapport ligt ten grondslag aan een nadien genomen terugvorderingsbesluit. Evenals in de casus-Nijkerk, waarin het door het gemeentebestuur gepubliceerde onderzoeksrapport resulteerde in het latere ontslag van de betreffende ambtenaar, behoeft het bestuursorgaan met openbaarmaking van onderzoeksbevindingen op eigen initiatief niet te wachten tot een sanctiebesluit is genomen. De vraag of de openbaarmaking onevenredige benadeling in de zin van art. 10, tweede lid, aanhef en sub g, impliceert, met name door het risico van negatieve publiciteit, is in de toezichtsfase echter anders ingevuld, want toegespitst op de kwaliteit en evenwichtigheid van de inhoud van het onderzoeksrapport. Daarbij zijn de volgende elementen van belang: (a) de neutrale titel, (b) de weergave in neutrale bewoordingen van feitelijke bevindingen en (c) de opnemingswijze van de VAHON, zowel per onderdeel als in een bijlage. De kernvraag bij deze toetsing is of het de gemiddelde lezer duidelijk is dat een inmiddels op basis van dit rapport genomen (of te nemen) sanctiebesluit nog aantastbaar is. Kortom, dat het definitieve oordeel over feiten, kwalificaties en sanctionering nog niet vast staat. Ook in deze gevallen behoort gelegenheid te zijn om voorafgaand aan de effectuering van daadwerkelijke openbaarmaking een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter uit te lokken. In deze overweging zou de beperking gelezen kunnen worden dat de bestuurlijke openbaarmakingsbevoegdheid ex art. 8, eerste lid, van de Wob in de toezichtsfase beperkt is tot die gevallen waarin een onderzoeksrapport door een sanctiebesluit wordt gevolgd. Die uitleg lijkt me echter te beperkt, mede gezien de wijze van invulling door de Afdeling van het belang van een goede en democratische bestuursvoering, in samenhang met het publieke belang van openbaarmaking. Dat de bevoegdheid tot actieve openbaarmaking een ruim toepassingsbereik kent bleek reeds eerder uit de Afdelingsuitspraak van 15 december 2010, JB 2011/41 m.nt. dzz.

5. Zoals hiervoor reeds aangegeven kent art. 21 jo. de art. 3 (taken van de Inspectie), 11 (periodiek kwaliteitsonderzoek) en 15 (incidenteel onderzoek) van de Wet op het onderwijstoezicht een zelfstandige regeling voor de actieve en passieve openbaarmaking van inspectierapporten.

Ingevolge het eerste lid van art. 21 maakt de inspectie een inspectierapport openbaar in de vijfde week na vaststelling ervan. Zie voor de Toezichtkaart en de inspectierapporten de website van de Onderwijsinspectie (www.onderwijsinspectie.nl, rubriek Zoek Scholen). In het tweede lid van genoemd artikel is bepaald dat inspectierapporten tevens op verzoek openbaar gemaakt worden, ingevolge het derde lid echter niet eerder dan nadat het rapport actief openbaar gemaakt is, terwijl het tweede lid nog voorziet in een bijzondere tariefregeling. Deze voorzieningen gelden als een *lex specialis* ten aanzien van de Wob. Gaat het in art. 8, eerste lid, van de Wob om een bevoegdheid tot actieve openbaarmaking, in art. 21, eerste lid, lijkt – afgaande op de bewoordingen van deze bepaling – daarentegen sprake te zijn van een verplichting tot openbaarmaking van onderzoeksrapporten, met een in de wet vastgelegd tijdsverloop tussen de

vaststelling en de feitelijke publicatie ervan. Uit de wetsgeschiedenis blijkt echter dat het uitgangspunt van daadwerkelijke openbaarmaking van inspectierapporten uitzonderingen kent (Kamerstukken II 2000/01, 27783, nr. 3, p. 36), terwijl elders gesproken wordt over de toekenning aan de Inspectie van een bevoegdheid tot actieve openbaarmaking (p. 37). Wat de betekenis is van het achterwege blijven van publicatie voor de openbaarmaking op verzoek (derde lid) is niet duidelijk. Voorts is de wetgever ervan uitgegaan dat tegen de (inherente) beslissing tot (actieve) openbaarmaking op grond van art. 21, eerste lid, van de WOT geen rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat. De wet negeert het beslissingselement en noemt slechts de vaststelling van het rapport als grondslag van openbaarmaking. En deze vaststelling geldt niet als besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, van de Awb. In plaats van rechtsbescherming wordt naar het klachtrecht verwezen. Zie Kamerstukken II 2001/02, 27783, nrs. 30 en 34.

6. Hoewel art. 21 van de WOT door het gebruik van de term inspectierapport neutraal is geformuleerd kan uit de systematiek van de regeling, in het bijzonder de samenhang met de art. 3, 11 en 15, en de toelichting op deze bepalingen in de wetsgeschiedenis worden opgemaakt, dat de reikwijdte ervan is beperkt tot onderzoeksrapporten over de onderwijskwaliteit. Dit openbaarheidsregime spoort derhalve met de in de WOT aan de Inspectie geattribueerde toezichtstaak. Feitelijk is sinds 2008 echter sprake van een verbreding van deze toezichtstaak, uitgaande van een systeem van geïntegreerd toezicht, waarbij aan de Inspectie tevens het aan de minister geattribueerde financiële nalevingstoezicht uitvoert (Bijlage bij het Organisatie- en mandaatbesluit OCW 2008, Stcrt. 2008, nr. 167). Zie voor een toelichting op deze ontwikkeling: Kamerstukken II 2009/10, 32193, nr. 3, p. 1-2.

7. In oktober 2009 is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend tot wijziging van de Wet op het onderwijstoezicht (Kamerstukken II 2009/10, 32193, nrs. 1-3). Besluitvorming hieromtrent in de Tweede kamer lijkt thans aanstaande. Dit wetsvoorstel voorziet onder meer in attributie van het (financiële) nalevingstoezicht aan de Onderwijsinspectie door uitbreiding van de taken van de Inspectie in artikel 3 in samenhang met een aanpassing van de artikelen 11 en 15. Het wetsvoorstel bevat echter geen wijzigingsvoorstel voor art. 21 van de WOT. Derhalve moet het ervoor worden gehouden dat met de uitbreiding van toezichtstaken van de Inspectie tevens een hiermee corresponderende uitbreiding van de reikwijdte van het openbaarheidsregime tot alle onderzoeksrapporten van de Inspectie is beoogd. Na inwerkingtreding gaan derhalve ook de financiële controlerapporten onder deze regeling vallen.

8. Hiervoor is reeds aangegeven welke nieuwe problemen zullen ontstaan bij de inwerkingtreding van de aanhangige wijziging van de de Wet op het onderwijstoezicht, nog afgezien van de gesignaleerde onduidelijkheden in de huidige regeling, mede veroorzaakt door de op onderdelen weinig consistente toelichting in het wetgevingsproces. De meest in aanmerking komende oplossing is een heroverweging van art. 21 van de WOT. Dit bijzondere informatieregime is een bron van rechtsonzekerheid. De meerwaarde ervan in relatie tot de rechtspraak van de Afdeling inzake actieve openbaarmaking is inmiddels twijfelachtig en de beoogde werking ervan op het punt van rechtsbescherming ronduit negatief. Mijns inziens is er voldoende aanleiding om artikel 21 van de WOT te schrappen. Het heikele punt zal wel het element van de rechtsbescherming zijn. Het is echter de vraag of de bestuursrechter het gezien de bewoordingen van art. 21, eerste lid, van de WOT, de jurisprudentie op grond van art. 8, eerste lid, van de Wob alsook de op handen zijnde wetswijziging (nog) accepteert, dat de rechtsbescherming tegen een beslissing/besluit tot actieve openbaarmaking van inspectierapporten op grond van de wetsgeschiedenis uitgesloten is. Daarvoor zijn de belangen van de scholen en schoolbesturen te groot. Tegen die achtergrond is het zelfs de vraag of de Afdeling met haar toetsing in de voorliggende uitspraak nog niet wat verder had moeten gaan. Deze is thans toegespitst op een evenwichtige weergave in het controlerapport van feiten en standpunten en van de “voorlopigheid” van het inspectie-oordeel. Het aspect van “naming en shaming” is echter dusdanig dominant, dat er veel voor te zeggen is om de beoordeling voorafgaande aan de openbaarmaking substantiëler in te vullen.

G. Overkleeft-Verburg