

College van Beroep voor het bedrijfsleven, 15 juni 2005, LJN: AT8605, AWB 05/47

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=at8605>

Artikelen: 8:29 Awb, 19, lid 1, Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, 11 en 10, lid 2, aanhef en onder g, Wob. 6, zesde lid, Procesregeling, Mededingingswet

Trefwoorden: tussenbeslissing, gewichtige redenen, onevenredige benadeling, voldoende rechtvaardiging

Samenvatting:

Deze uitspraak betreft een tussenbeslissing van het CBb ex art. 8:29, derde lid, Awb of de door verweerder gevraagde beperking van de kennisneming in een hoger beroepsprocedure inzake de Mededingingswet gerechtvaardigd is. Op grond van artikel 8:29, tweede lid, zijn gewichtige redenen om stukken te overleggen of slechts kennisneming door de rechter toe te staan voor een bestuursorgaan in ieder geval niet aanwezig, voorzover ingevolge de Wob de verplichting zou bestaan een verzoek om informatie, vervat in de over te leggen stukken in te willigen. De beslissing van de bestuursrechter over de rechtvaardiging van een dergelijke weigering of beperking vergt een afweging van belangen. Enerzijds zijn daarbij aan de orde het belang dat partijen over en weer gelijkelijk beschikken over de voor de beslechting van het geschil relevante informatie, alsmede het belang dat de rechter beschikt over alle informatie die nodig is om de hem voorgelegde zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen. Anderzijds speelt hierbij dat openbaarmaking het belang van een partij onevenredig kan schaden. Verweerder heeft zich ter onderbouwing van zijn verzoek om beperking van de kennisneming van de stukken, beroepen op artikel 11, eerste lid, van de Wob, t.w. persoonlijke beleidsopvattingen in documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad. Het college heeft in de betreffende telefoonnotities over contacten met het Ministerie van Verkeer en Waterstaat echter geen persoonlijke beleidsopvattingen aangetroffen. Wel geven deze notities inzicht in de wijze waarop de Nederlandse en Surinaamse autoriteiten omgaan met de Luchtvaart Overeenkomst. Openbaarmaking van deze gegevens zou kunnen leiden tot onevenredige benadeling van deze overheden. Dat betekent dat zich ten aanzien van deze stukken de weigeringsgrond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob voordoet. Deze onevenredige benadeling is voorts naar het oordeel van het College in dit concrete geval een voldoende rechtvaardiging voor beperking van de kennisneming van deze telefoonnotities. Het College komt dan ook tot de slotsom dat ten aanzien van deze notities sprake is van gewichtige redenen als bedoeld in artikel 8:29 van de Awb. De beperking van de kennisneming is derhalve gerechtvaardigd.

Noot

1. Het gaat hier om een tussenbeslissing van het CBb op grond van de art. 8:29, derde lid, Awb in een hoger beroepszaak tegen een uitspraak van de Rb. Rotterdam van 15 december 2004 (LJN: AS2354). Deze uitspraak is illustratief voor toepassing van de Wob in het kader van de beslissing van de economische bestuursrechter ex art. 8:29, derde lid, Awb over de rechtvaardiging van een mededeling van geheimhouding of beperkte kennisneming door een procespartij (artt. 8:29, eerste lid, jo. 8:27, 8:28 en 8:42 Awb). Zie ook art. 5 Procesregeling CBb. Een dergelijk verzoek moet in hoger beroep opnieuw gedaan en behandeld worden, derhalve los van de beslissing door de rechtbank (vgl. ABRvS 11 mei 2000, AB 2000, 305). Bij het CBb is de wijze van behandeling van dit type verzoeken om geheimhouding van processtukken nader geregeld in art. 6 Procesregeling. Op grond hiervan wordt op een dergelijk geheimhoudingsverzoek beslist door een enkelvoudige kamer, zij het met de mogelijkheid van verwijzing naar een meervoudige kamer (vgl. art. 8:10 Awb). Het lid of de leden van de kamer die het verzoek behandelt/behandelen, worden bij de behandeling van het geding in hoofdzaak verder niet betrokken (vgl. art. 8:29, vijfde lid, Awb, dat verwijzing aan het ontbreken van toestemming van de tegenpartij koppelt). Vgl. ook art. 9 van de Landelijke procesregeling bestuursrecht. Meestal worden deze tussenbeslissingen niet genomen in een zelfstandige uitspraak en derhalve ook niet gepubliceerd (vgl. ABRvS 4 augustus 1998, AB 1998, 421). Wel wordt als regel naar de betreffende uitspraak verwezen in de uitspraak in het hoofdgeding. Dat geldt ook voor het CBb. Tegen een

tussenbeslissing door de rechtbank ex art. 8:29, derde lid, Awb staat geen zelfstandig hoger beroep open. Het instellen daarvan kan slechts tegelijk met het hoger beroep tegen de einduitspraak (artt. 37, derde lid, Wet RvS, 18, derde lid, Beroepswet en 20, derde lid, Wbbo). Als regel wordt het dan als onderdeel van dit hoofdberoep behandeld. Zie CbB 17 november 2004, LJN: AR6034 (Glasgarage en Carglass/d-g NMa). Zie met betrekking tot een vorm van “intern beroep”, dat wil zeggen de bespreking in de einduitspraak van door betrokkene kenbaar gemaakte bezwaren tegen de bij tussenbeschikking toegestane geheimhouding: CbB 31 maart 2005, LJN: AT 3578, AT3582 en AT3583 (antidumpingheffing).

2. Deze zaak loopt al vanaf 2 januari 1998, de dag van indiening van een klacht door (o.m.) de Sociaal Culturele Vereniging Shiva bij de d-g NMa over prijsafspraken tussen de KLM en SLM (Surinaamse Luchtvaartmaatschappij) en misbruik van monopoliepositie op de vliegverbinding Amsterdam-Paramaribo (artt. 6 en 24 Mededingingswet). Deze klacht is opgevat als een verzoek tot toepassing van art. 56 Mededinging, d.w.z. tot oplegging van een bestuurlijke boete of een dwangsom. De samenwerking van KLM en SLM is gebaseerd op de luchtvaartovereenkomst (LVO) van 16 oktober 1990 tussen ons land en de Republiek Suriname. Op grond hiervan hebben de Nederlandse en de Surinaamse overheid het recht ieder een luchtvaartmaatschappij aan te wijzen voor de exploitatie van deze vliegroute. Bij besluit van 8 oktober 2001 (zaaknr. 11/137) heeft de d-g NMa vastgesteld dat de samenwerkings- en exploitatieovereenkomst van KLM en SLM onder de (inmiddels ingevolge art. 107, tweede lid, Mw per 1 januari 2003 vervallen) vrijstelling van art. 16 Mw valt, zodat art. 6, eerste lid Mw (verbod van mededingingsafspraken) niet van toepassing is, en een misbruik van een economische machtspositie in de zin van art. 24 Mw zich niet voordoet, nu weliswaar sprake is van de exploitatie door dit samenwerkingsverband van een monopolieroute, echter geen sprake is van excessief hoge tarieven omdat deze verklaarbaar zijn op basis van de kosten van samenwerking (o.m. een ongebruikelijk vast bedrag per vlucht en hoge cateringkosten). Het verzoek om toepassing van art. 56 Mw werd daarmee afgewezen en nadien in bezwaar niet-ontvankelijk verklaard omdat Shiva geen rechtstreeks belanghebbende zou zijn (art. 1:2, eerste lid, Awb). In hoger beroep oordeelt de Rb. Rotterdam, dat Shiva evenmin als belanghebbende in de zin van art. 1:2, derde lid, Awb kan worden aangemerkt, zodat het beroep ongegrond is (Rb. Rotterdam 11 maart 2003, LJN: AF5735; zie voorts: LJN: AF5736 en LJN: AF5745). Hiertegen is hoger beroep ingesteld bij het CbB, resulterend in een uitspraak van 20 februari 2004, JB 2004, 166 m.nt. R.J.N.S. Hierin werd de uitspraak van de rechtbank vernietigd wegens onvoldoende onderzoek naar de statutaire doelstelling van Shiva en ex art. 28, eerste lid, aanhef en onder b Wbbo terugverwezen naar de rechtbank. Inmiddels is parallel een tweede traject gestart met de indiening op 16 en 23 april 2003 bij de d-g NMa van een nieuwe (aansluitende) klacht over KLM en SLM, nu betreffende de periode vanaf 1 januari 1998. Deze klachten zijn tevens ingediend door de aan Shiva gelieerde Vereniging van Reizigers VVR. Bij besluit van 15 mei heeft de d-g NMa met een beroep op het zgn. prioriteitenbeleid bepaald deze klacht niet in onderzoek, een besluit dat nadien in bezwaar gehandhaafd is. Hiertegen is beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam (Rb. Rotterdam 15 december 2004, LJN: AS2354), zowel door de VVR als door Shiva. Het beroep van Shiva is niet ontvankelijk verklaard omdat deze vereniging geen bezwaar heeft gemaakt tegen het primaire besluit. Het beroep van de VVR wordt gegrond verklaard en het besluit vernietigd omdat de d-g NMa zijn besluit mede heeft gebaseerd op na de hoorzitting ontvangen informatie, hetgeen in strijd is met art. 7:9 Awb. De rechtsgevolgen ervan worden echter ex art. 8:72, derde lid, Awb echter in stand gelaten. Deze informatie betreft het door de staatssecretaris van V & W en de Surinaamse minister van Transport, Communicatie en Toerisme ondertekende “Memorandum of Understanding” van 29 april 2004. Dit voorziet in wijziging van de LVO en de introductie van een zekere mate van marktwerking, waardoor het monopolie van KLM en SLM per 1 mei 2006 beëindigd zou worden. De VVR is op 20 januari 2005 tegen deze uitspraak in hoger beroep gekomen bij het CbB. Deze tussenbeslissing van 15 juni 2005 is de eerste stap in deze procedure. De einduitspraak moet nog komen. Hoewel het derhalve gaat om tweetrajecten, zijn deze wel gekoppeld. Naar uit de uitspraak van de Rb. Rotterdam blijkt, heeft de d-g NMa zijn weigeringsbesluit mede gebaseerd op zijn besluit van 8 oktober 2001, dat

geen sprake is van een economische machtspositie en de inmiddels gemaakte afspraken omtrent de liberalisering van de rechtstreekse vliegroute.

3. Parallel aan dit traject hebben Shiva en de VVR tevens een klacht over de hoge vliegtarieven ingediend bij de Nationale ombudsman, met name over de rol van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. De No heeft het gevraagde onderzoek ingesteld. In het rapport (2004/166) is de klacht gegrond bevonden en de onderzochte gedraging als niet behoorlijk aangemerkt. De minister zou te passief zijn gebleven toen de rapportage van KLM en SLM over de oorzaken van de hoge vliegtarieven uitbleef. Op basis van nadien van het ministerie van V&W verkregen informatie is dit onderzoeksrapport herzien. Het betreffende rapport over de kostenstructuur bleek er wel te zijn, was echter onderwerp van de bilaterale besprekingen met Suriname. Toen deze besprekingen aanvankelijk niet succesvol waren is ervoor gekozen om dit overleg achter de schermen voort te zetten. Er was dus geen sprake van een passieve houding van de minister. In het Jaarverslag van de No over 2004 (TK 2004-2005, 30030, nr. 2) is aangekondigd dat het onderzoek naar de hoge vliegtarieven is heropend (onderdeel 2.3). Dit tweede rapport is nog niet afgerond.

4. Politiek gezien gaat het om een gevoelig dossier. Shiva en de VVR hebben de afgelopen jaren veel actie ondernomen om de hoge vliegtarieven op de politieke agenda te krijgen, zowel in Nederland als in Suriname. Zie voor brieven en vergaderverslagen: TK 1999-2000, 26800 IV, nr. 13, TK 2003-2004, 29200 XII, nrs. 115, 133 en 135 en TK 2004-2005, 29800 XII, nrs. 7 en 41. Zie voor kamervragen: TK 2001-2002, Aanh. hand. nr. 1100, TK 2003-2004, Aanh. hand. nr. 1766 en TK 2004-2005, Aanh. hand. nr. 216. Uit deze stukken blijkt, dat de gevoeligheid met name te maken heeft met de verhouding met Suriname. De samenwerkingskosten betreffen subsidiëring van de SLM door de KLM. Naar de minister in een algemeen overleg van 27 januari 2000 opmerkt: “het komt er tevens op neer dat de KLM de ALM op de been houdt à raison, zo wordt geschat van zo’n 12 mln. per jaar” (TK 1999-2000, 26800 IV, nr. 13, p. 3) en de ondervonden “aarzelingen” aan de zijde van Suriname om dit op de LVO gebaseerde, voor dit land lucratieve arrangement open te breken. De intentieverklaring ligt er, het is nu een kwestie van uitvoering, met name door wijziging van de LVO, en de feitelijke realisering van de beoogde marktwerking.

5. Hoewel dat niet direct uit de stukken blijkt, is dit luchtvaartdossier ook gevoelig uit een oogpunt van conformiteit met het gemeenschapsrecht en wel op twee punten. Allereerst de vraag of thans sprake is van (toegestane) staatssteun dan wel van compensatie voor diensten van algemeen economisch belang (artt. 16, 73, 86 en 87 EG). Een tweede punt betreft de Open Sky-jurisprudentie van het Hof van Justitie (8 zaken) omtrent de beperkingen van de bevoegdheid van lidstaten om bilaterale verplichtingen terzake van het vliegverkeer met derde landen aan te gaan. Zie o.m. het arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk, ondersteund door Nederland van 5 november 2002, zaaknr. C-466/98 en de onderliggende conclusie van a-g Tizzano. Vgl. het Memorandum of understanding, dat de toekomstige, nog te formaliseren tariefregeling uitdrukkelijk onderwerpt aan het gemeenschapsrecht. Naar uit de website van de VVR (www.vvso.org/vvr) kan worden opgemaakt heeft deze vereniging geen klacht bij de Commissie gedeponereerd (art. 226 EG jo. de klachtregeling van de Commissie). Anders dan in ons land kan tegen een weigering van de Commissie om een dergelijk onderzoek in te stellen geen beroep bij de gemeenschapsrechter worden ingesteld omdat het Hof een dergelijke beslissing wegens het ontbreken van rechtsgevolg niet als beschikking aanmerkt. Zie HvJ 22 februari 2005, zaaknr. C-141/02, Commissie/T-Mobile Austria.

6. Het is in deze complexe situatie dat het CBb ex art. 8:29, derde lid, Awb moet beslissen of beperkte kennisneming van een drietal telefoonnotities van contacten van de NMa met het ministerie gerechtvaardigd is. De mededeling van de d-g NMa aan het CBb dat uitsluitend zij kennis mocht nemen van de betreffende stukken, was gedaan op verzoek van het ministerie van V & W. Alles wijst er op, dat deze notities de onderhandelingen met Suriname betreffen.

7. De tekst van art. 8:29, eerste t/m vierde lid en de toelichting hierop in de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Awb Tweede Tranche (PG Awb II, p. 417-418) is volstrekt helder. Dit artikel voorziet in de bescherming van drie belangen: (a) het belang dat partijen over en weer beschikken over de relevante informatie, (b) het belang dat de rechter beschikt over alle informatie die nodig is om de hem voorgelegde zaak op een juiste en zorgvuldige wijze af te doen en (c) het belang dat bepaalde gegevens niet, althans in beperkte mate, openbaar worden. De vraag of sprake is van een gewichtige reden, die dwingt tot geheimhouding of beperkte kennisneming, moet derhalve op een dergelijk belang herleidbaar zijn, waarbij het voorbehoud van beperkte kennisneming recht doet aan het belang onder b: de informatiepositie van de rechter. Tegelijkertijd voorziet art. 8:29, tweede lid in een ondergrens: een gewichtige reden doet zich niet voor, indien de geweigerde stukken ingevolge een daartoe strekkend verzoek op grond van de Wob openbaar gemaakt zouden moeten worden. Deze bepaling is derhalve alleen van toepassing op documenten in de zin van art. 1, aanhef en sub a, Wob, die aanwezig zijn bij een bestuursorgaan in de zin van art. 1a Wob, tevens procespartij die ingevolge art. 8:29, eerste lid, Awb de mededeling van weigering of beperkte kennisneming doet (zie ook art. 8:45 Awb). De rechterlijke besluitvorming verloopt derhalve in drie stappen. De eerste betreft de vraag of op de betreffende stukken een eventuele openbaarmakingsplicht ingevolge de Wob rust. Is dat het geval, dan zal de rechter een Wob-toets moeten uitvoeren (vgl. CBb 21 maart 2002, LJN: AE0767). Behoren de betreffende stukken tot het publieke domein, dan doet zich geen gewichtige reden voor die een weigering van overlegging hiervan rechtvaardigt. Is dat niet het geval, dan moet een belangenafweging plaatsvinden, toegesneden op de rechten van de verdediging, te weten: de beginselen van fair trial, equality of arms en een procedure op tegenspraak (adversarial principle). Afhankelijk van het karakter van de zaak is de maatstaf van het rechterlijk oordeel in art. 8:29 Awb derhalve grondrechtelijk ingekleurd door de artikelen 6 EVRM, 6 en 13 EVRM zoals verbijzonderd in het beginsel van effectieve rechtsbescherming als een door het Hof van Justitie erkend algemeen beginsel van gemeenschapsrecht en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten. Het Handvest is weliswaar (nog) niet rechtens bindend, maar uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie in samenhang met de onderliggende conclusies blijkt, dat het Handvest niettemin in een aantal gevallen indirecte doorwerking heeft gekregen. Het mededingingsrecht valt volledig onder het gemeenschapsrecht. Dit betekent dat de grondrechtenuitspraak van het Hof van Justitie tevens relevant is voor dit onderdeel van het bestuursrecht. Dit temeer nu door de belangrijke uitspraak van het EHRM (Grand Chamber) van 30 juni 2005, zaaknr. 45036/98, *Bosphorus v. Ierland*, de positie van het Hof als grondrechtenrechter in relatie tot de lidstaten aanmerkelijk versterkt is. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt, dat de vraag welke stukken dienen te worden verstrekt en voor de wederpartij beschikbaar dienen te zijn mede verband houdt met de aard van de procedure. Is sprake van een “criminal charge” in de zin van art. 6 EVRM, zoals bij de oplegging van geldboeten of andere punitieve sancties, dan stelt het Hof strenge eisen, waaronder de toegang tot het dossier (vgl. art. 41, tweede lid, tweede streepje, Handvest). Zie o.m. het arrest van het Hof van Justitie van 7 januari 2004, zaaknr. C-204/00, *Aalborg Portland/Commissie*. Zie ook de uitspraak van de Rb. Rotterdam van 26 november 2002, SEP/d-g NMa, AB 2003, 385 m.nt. OJ. Hierin leidt de rechter uit de rechtspraak van zowel het EHRM als het HvJ af: “dat voor het kunnen voeren van een adequate verdediging onder meer is vereist dat de overtreder inzage heeft in alle stukken die door het tot boeteoplegging bevoegde bestuursorgaan aan het besluit omtrent het opleggen van een boete ten grondslag zijn gelegd dan wel anderszins relevant zijn voor (de toetsing van) dat besluit. Dat geldt zowel voor de stukken die van belang zijn voor de “bewezenverklaring” als voor de stukken die van belang zijn voor de “strafmaat”. Dit betekent dat alle stukken die relevant zijn voor de bewezenverklaring en voor de strafmaat ter inzage gelegd moeten worden, derhalve met inbegrip van de bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Wil de d-g NMa het belang van bedrijfsvertrouwelijkheid laten prevaleren, dan kan dat. Dit betekent echter wel, dat de om die reden achtergehouden stukken niet betrokken mogen worden bij de totstandkoming van een bewezenverklaring en ook niet bij de bepaling van de strafmaat. Vgl. voorts de tussenbeschikking van het CBb van 12 mei 2004, LJN: AP0240 betreffende een informatieverzoek van het College ex art. 8:45 aan de minister van LNV met betrekking tot de correspondentie met de Commissie over de Regeling SFM-premielasten. De minister verstrekte de gevraagde correspondentie, echter met een beroep op art. 8:29 Awb jo. art. 10, tweede lid,

onderdelen a en g, van de Wob. Dit verzoek om geheimhouding werd echter niet door het CBb gehonoreerd omdat de betreffende Wob-bepaling niet doorslaggevend is in een procedure als de onderhavige (beroep tegen de weigering tot subsidieverstrekking). “De artikelen 8:29 en 8:45 Awb hebben immers betrekking op de kennisneming van gedingstukken door partijen in een beroepsprocedure, en regelen anders dan de Wob niet het verstrekken van informatie in het kader van openheid en openbaarheid van bestuur.” De hiervoor opgenomen uitspraak betreft een nog weer andersoortige zaak, immers weigeringsbesluit om tot handhaving over te gaan. Dit betekent dat terzake minder zware eisen gelden als bij procedures omtrent daadwerkelijk opgelegde sancties het geval is. Vgl. voorts CBb 21 maart 2002, LJN: AE0767. Duidelijk is wel, dat de procesrechtelijke informatieregeling van art. 8:29 Awb gedifferentieerd moet worden toegepast, mede op basis van een grondrechtelijke inkleuring van het beslissingskader.

8. De rechtspraak van het CBb omtrent de toepassing van art. 8:29 Awb laat het volgende beeld zien. In veel uitspraken wordt weliswaar overwogen dat een van de procespartijen ingevolge art. 8:29, eerste lid stukken geweigerd heeft of een mededeling van beperkte kennisneming heeft gedaan, alsmede dat het College ingevolge art. 8:29, derde lid omtrent de rechtvaardiging hiervan uit een oogpunt van gewichtige redenen heeft besloten, beoordelingsmaatstaf en motivering van deze beslissing worden daarbij echter niet vermeld. Wel wordt door het CBb een deugdelijke motivering van een dergelijk verzoek verlangd (vgl. CBb 19 april 2005, AB 2005, 217), terwijl dit type verzoeken ook niet steeds (of volledig) worden gehonoreerd (vgl. CBb 18 juli 2003, AB 2004, 387).

9. Uit de hiervoor opgenomen tussenbeschikking en andere uitspraken blijkt, dat het CBb een verzoek om geheimhouding of beperkte kennisneming primair toetst op basis van de Wob. Ook komt het voor dat sprake is van toetsing op basis van een specifieke, aan de Wob derogerende informatieregeling (vgl. CBb 21 maart 2002, LJN: AE1058). Weliswaar oordeelt het CBb in het voorliggende geval dat de als toepasselijk geoordeelde weigeringsgrond onevenredige benadeling in art. 10, tweede lid, aanhef en sub g, Wob in dit concrete geval een voldoende rechtvaardiging voor beperking van de kennisneming van de in geding zijnde telefoonnotities vormt, als invulling van de derde stap van het toetsingskader van art. 8:29 derde lid, Awb is dit wel erg mager. Uit deze jurisprudentie van het CBb en trouwens ook uit die van de Rb Rotterdam blijkt, dat de weigeringsgronden van de Wob in de artt. 10 en 11 feitelijk zijn geïncorporeerd in artikel 8:29, derde lid, Awb, derhalve de primaire maatstaf zijn gaan vormen met betrekking tot het al dan niet honoreren van een verzoek om geheimhouding of beperkte kennisneming van processtukken, zij het met een aanvullende – marginale – toetsing waarbij het aangelegde criterium onduidelijk blijft. De bezwaren van deze invulling zijn niet gering, niet alleen omdat deze concretisering van het afwegingskader op gespannen voet staat met tekst en uitleg van art. 8:29 Awb, maar ook omdat hierdoor alle problemen met betrekking tot inhoud en toepassing van de Wob op een gevoelig punt in het bestuursprocesrecht zijn geïncorporeerd en de kans op fricties in relatie tot het grondrechtelijk afwegingskader en de jurisprudentie van EHRM en Hof van Justitie navenant is toegenomen. Om die reden is deze rechtsontwikkeling geen gelukkige.

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