

MEMO

Datum	7 februari 2018
Behandeld door	mr. E.M. Scholten, concernjurist
Doorkiesnummer	030 – 28 60414
E-mailadres	e.scholten@utrecht.nl
Kenmerk	
Onderwerp	Raadsbrief en Auditrapport Uithoflijn
Beleidsveld	Verkeer en mobiliteit

Inleiding

Op donderdag 1 februari 2018 heeft de gemeenteraad een besluit genomen over de tijdelijke geheimhouding van het Auditrapport over de Uithoflijn. In dit memo wordt beoordeeld of de besluitvorming van de raad voldoet aan de eisen van de Gemeentewet alsmede de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).

Besluitvorming College

- Het college van burgemeester en wethouders heeft op zijn brief van 17 januari 2018 tijdelijke geheimhouding opgelegd.
De geheimhouding is gestoeld op de artikelen 55 lid 1, 86 lid 2 en 25 lid 2 van de Gemeentewet en artikel 10 lid 2 sub b en g van de Wob.

Gemeenteraad

- Aan de raad is het volgende voorgesteld:
 - o Op grond van artikel 25, derde lid van de gemeentewet de geheimhouding te bekrachtigen van een: (...)
Geheime raadsbrief uit de portefeuille Verkeer en Mobiliteit: de geheimhouding geldt totdat de opdrachtgevers een verbeterplan hebben vastgesteld en het gezamenlijk moment van openbaarmaking hebben bepaald;
- Ten aanzien van dit voorstel is een amendement ingediend. Dit amendement is aangenomen. Daarmee heeft de raad het volgende besluit genomen:
 - o Besluit de geheimhouding op de raadsbrief uit de portefeuille Verkeer en Vervoer voor een periode van 24 uren op te leggen met weglating van persoonsgegevens

Op 2 februari 2018 rond 18.00 uur was de 24 uur verstreken. De geheimhouding gold niet langer en de brief en het rapport zijn openbaar geworden met dien verstande dat persoonsgegevens zijn verwijderd.

Juridische analyse

Gemeentewet

De geheimhoudingsregeling uit de Gemeentewet is zo vormgegeven dat de gemeenteraad als hoogste bestuursorgaan van de gemeente het laatste woord over de geheimhouding heeft. De raad moet beslissen over de geheimhouding van stukken, die door het college onder geheimhouding zijn verstrekt in de eerst volgende raadsvergadering. Anders vervalt de door het college opgelegde geheimhouding. Dit blijkt uit artikel 25 lid 3 van de Gemeentewet:

De krachtens het tweede lid opgelegde verplichting tot geheimhouding met betrekking tot aan de raad overgelegde stukken vervalt, indien de oplegging niet door de raad in zijn eerstvolgende vergadering die blijkens de presentielijst door meer dan de helft van het aantal zitting hebbende leden is bezocht, wordt bekrachtigd.

In het vierde lid van dit artikel is voorts bepaald, dat de raad ook het laatste woord heeft over het opheffen van geheimhouding:

De krachtens het tweede lid opgelegde verplichting tot geheimhouding met betrekking tot aan leden van de raad overgelegde stukken wordt in acht genomen totdat het orgaan dat de verplichting heeft opgelegd, dan wel, indien het stuk waaromtrent geheimhouding is opgelegd aan de raad is voorgelegd, totdat de raad haar opheft. De raad kan deze beslissing alleen nemen in een vergadering die blijkens de presentielijst door meer dan de helft van het aantal zitting hebbende leden is bezocht.

Gelet op het bovenstaande was de raad bevoegd om over de geheimhouding te besluiten.¹ Het amendement past eveneens binnen de bevoegdheid uit lid 3 en 4 van dit artikel van de Gemeentewet. Het betreft aldus een bevoegd genomen raadsbesluit.

Wet openbaarheid van bestuur

De brief en het Auditrapport zijn voorts openbaar gemaakt. De openbaarmaking moet voldoen aan de Wob. De Wob kent twee hoofdprocedures: actieve openbaarmaking op eigen initiatief door of namens het bestuursorgaan en openbaarmaking naar aanleiding van een verzoek. Voor beide geldt de hoofdregel dat gegevens openbaar zijn tenzij zich een uitzonderingsgrond voordoet. De Wob kent een limitatief aantal uitzonderingsgronden.

Deze uitzonderingsgronden zijn te onderscheiden in:

- Absolute uitzonderingsgronden
- Relatieve uitzonderingsgronden

Als zich een absolute uitzonderingsgrond voordoet dan wordt informatie niet openbaar gemaakt. Een voorbeeld hiervan is bedrijfsgegevens die door een ontwikkelaar vertrouwelijk aan de gemeente worden medegedeeld. Bij de relatieve uitzonderingsgronden vindt een belangenweging plaats. Het belang van openbaarmaking (waaronder openbare democratische controle en transparantie) moet worden afgewogen ten opzichte van andere belangen (uitzonderingsgronden) die zich tegen openbaarmaking kunnen verzetten.

In dit geval is beoordeeld of de uitzonderingsgronden tot niet-openbaarmaking moesten leiden. Hiertoe zijn de volgende gronden gewogen:

- Economische of financiële belangen van het bestuursorgaan (artikel 10 lid 2 sub b Wob)
- Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 lid 2 sub e Wob)²
- Voorkomen van onevenredige bevoordeling en benadeling van betrokken rechtspersonen of derden (artikel 10 lid 2 sub g Wob)

¹ Het vereiste quorum was aanwezig.

² De geheimhouding was niet gebaseerd op deze grondslag (bescherming persoonlijke levenssfeer). Uit het amendement blijkt dat de raad dit punt meeweegt en bij de openbaarmaking tot het weglaten van persoonsgegevens heeft besloten.

Besluitvorming en afweging door college en gemeenteraad

Tussen bestuurders van de gemeente en de provincie zijn in de Stuurgroep van 17 januari 2018 afspraken gemaakt over de geheimhouding. Het college van burgemeester en wethouders heeft conform deze afspraken het besluit genomen om tijdelijke geheimhouding op te leggen zodat de provincie in de gelegenheid is om eigen besluitvorming over een verbeterplan te organiseren. Op basis hiervan zou het auditrapport in maart van dit jaar openbaar worden. De provincie heeft in afwijking van de gemaakte afspraken gekozen voor een ander moment waarop de tijdelijke geheimhouding komt te vervallen, namelijk als sprake is van *succesvolle* exploitatie van de lijn. In het provinciale scenario zou het auditrapport ergens rond 2022–2024 openbaar worden.

De raad heeft op basis van het raadsvoorstel tot bekrachtiging van de geheimhouding een afweging gemaakt tussen bovengenoemde belangen en het belang van openbaarheid. De raad heeft besloten dat het belang van openbaarheid zwaarder weegt dan voornoemde economische of financiële belangen van de bestuursorganen én het voorkomen van onevenredige bevoordeling en benadeling van betrokken partijen. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat het rapport integraal bekend was bij de raad en dat ook de positie van de provincie onderdeel van de beraadslagingen heeft uitgemaakt. Daarbij is van essentieel belang dat de raad heeft besloten dat het auditrapport binnen 24 uur openbaar moet worden gemaakt en geanonimiseerd (oftewel alleen de eerbieding van de persoonlijke levenssfeer kan leiden tot onleesbaar maken van tekstdelen).

Economische en financiële belangen

Als de op geld waardeerbare belangen van de bestuursorganen in het geding zijn, dan kan dit reden zijn voor geheimhouding. Daarvoor is wel vereist dat het bestuursorgaan onderbouwd aannemelijk maakt dat zijn financiële positie als gevolg van openbaarmaking van de gevraagde informatie wordt geschaad. Het bestuursorgaan moet **concretiseren en preciseren** waarom openbaarmaking van informatie tot schade kan leiden. Openbaarheid is immers de hoofdregel.

Analyse effect op financiële positie

Er is beoordeeld of in het auditrapport specifieke punten worden benoemd die

- de onderhandelingsruimte van de provincie negatief beïnvloeden.
- ertoe leiden dat bestaande of nieuwe contractpartijen een hogere prijs voor hun werken en/of diensten kunnen vragen.
-

De provincie heeft diverse passages aangegeven die geschrapt zouden moeten worden gelet op de financiële en economische belangen van de provincie. Hieronder voorbeelden van de passages met onderbouwing van de provincie en onze analyse waarom dit niet leidt tot een financieel nadelige positie:

Voorbeeld 1:

Zowel de integrale planning van de ontvangstorganisatie (OA) en POUHL zijn niet compleet. Daarnaast geven deze planningen onvoldoende inzichten in de onzekerheden die in de planningen zitten. Naar verwachting kan vanaf februari 2018 een betrouwbare inschatting van de opleverdatum worden gegeven.
Onderbouwing geheimhouding aangeleverd door Provincie: Onderdeel van afspraken met ON

Wij zien niet in waarom deze algemene constatering met succes kunnen worden aangevoerd door een aannemer. Bovendien wordt aangegeven dat die betrouwbare planning er nu wel is.

Voorbeeld 2:

Ook zouden in deze audits eventueel aanvullende wensen duidelijk moeten worden (bijvoorbeeld de extra wissels zoals Qbuzz die voorstelt).

Toelichting provincie: Raakt contract Qbuzz.

Partijen zijn er van op de hoogte dat Qbuzz deze wens heeft.

Voorbeeld 3:

We bevelen aan dergelijke rapportages op te stellen voor : directieleveringen, NTR, POUHL, gemeentelijke projecten waar een raakvlak mee geïdentificeerd is, activiteiten in het kader van VEB, het opstellen van safety cases (omdat dit gebleken risicovol is).

Toelichting geheimhouding provincie: Onderdeel van de ON onderhandelingen.

Naar onze mening is deze behoefte en dit risico inherent aan complexe projecten en voldoende bekend bij alle partijen. Het valt niet in te zien hoe dit advies kan worden omgezet in een te honoreren claim van een wederpartij.

Voorbeeld 4:

Proefbedrijf waarin op basis van expert opinion rekening gehouden dient te worden met hertesten naar aanleiding van gevonden resultaten (bijvoorbeeld ten aanzien van de reistijd/frequentie eis).

Toelichting geheimhouding provincie: ivm discussies Qbuzz.

Naar onze mening is de stelling dat rekening gehouden moet worden met hertesten een algemeen gegeven voor een complex project en geen gegeven waaruit direct een contractvoordeel te behalen is. Als dit nodig is en dit is nog niet meegenomen in het afgesloten contract, dan moet dit alsnog worden gecontracteerd.

Uiteindelijk hebben wij een beperkte aantal concretere passages geselecteerd waarvan wij het niet uitgesloten achtten dat deze van invloed konden zijn op contractposities.

Voorbeeld 5:

Onderhoudbaarheid assets: Er loopt een discussie over de onderhoudbaarheid van assets tussen POUHL/BAM enerzijds en OVA anderzijds. OVA vindt dat de assets van de UHL slecht te onderhouden zijn. POUHL/BAM deelt dit niet.

Gemarkeerd door de provincie maar geen specifieke onderbouwing geheimhouding.

Gecheckt bij POUHL dat partijen bekend zijn met elkaars standpunten zoals de tekst doet vermoeden, dus of bij wederpartij bekend is dat POUHL het eens is met BAM. Dat blijkt het geval.

Conclusie over de geanalyseerde passages.

In het rapport worden knelpunten benoemd. Het merendeel van de passages is dermate algemeen – inherent aan complexe projecten en daarmee samenhangende risico's – van aard om direct van invloed te kunnen zijn op (mogelijke) contractposities. Voor meer concrete passages is bevestigd dat de issues bij alle betrokken partijen al bekend zijn.

De voorbeelden zijn exemplarisch voor alle markeringen die de provincie heeft aangegeven. In geen van de gevallen wordt daadwerkelijk geciteerd uit contracten of wordt aangegeven dat de Provincie niet

voldoet aan contractuele verplichtingen, uitgezonderd het uitlopen van plannings hetgeen bij contractspartijen al bekend is. Waar wordt aangegeven dat nog (onderhouds-)contracten moeten worden afgesloten, zien wij niet hoe dat gegeven de contractpositie nadelig beïnvloedt.

Naar aanleiding van onze analyse vrijdag en ons advies het hele rapport openbaar te maken, behoudens de privacygegevens, hebben wij noch die middag noch daarna concrete informatie ontvangen waaruit kan worden afgeleid dat contractposities direct in het geding zijn en dat openbaarmaking van een passage tot significante schade zou leiden.

Conclusie

De raad heeft donderdag de belangenafweging al gemaakt dat het rapport bekend gemaakt kon worden behoudens persoonsgegevens. Vanuit juridische optiek is de door de raad gemaakte belangenafweging zeer wel te rechtvaardigen, omdat de meeste passages uit het auditrapport dermate algemeen (inherent aan complexe projecten en daarmee samenhangende risico's) van aard zijn om een directe invloed te kunnen hebben op (mogelijke) contractposities. Ook bij de meer concrete passages valt niet in te zien hoe deze voor betrokken partijen de standpunten of risico's significant kunnen beïnvloeden.

In het Auditrapport zijn persoonsgegevens en tot personen herleidbare gegevens onleesbaar gemaakt. Zo is ook de lijst van geïnterviewde personen geanonimiseerd. Hiermee wordt recht gedaan aan de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer (artikel 10 lid 2 sub e van de Wob). Bovendien wordt voorkomen, dat zij (nadelige) gevolgen ondervinden van uitlatingen die zij ten behoeve van het auditrapport hebben gedaan (artikel 10 lid 2 sub g van de Wob). Ook overigens lijkt de uitzonderingsgrond genoemd in artikel 10 lid 2 sub g van de Wob niet aan te orde te zijn.

Het besluit van de Gemeenteraad voldoet aan hetgeen is bepaald in artikel 25 lid 3 en 4 van de Gemeentewet over het bekrachtigen en opheffen van geheimhouding. De raad heeft in zijn besluitvorming de betrokken relatieve uitzonderingsgronden uit de Wet openbaarheid van bestuur afgewogen. De raad komt tot het oordeel dat het belang van openbaarheid groter is dan de door de provincie veronderstelde in het geding zijnde financiële en economische belangen. Dit standpunt is inhoudelijk zeer wel te rechtvaardigen. Na het onleesbaar maken van persoonsgegevens lijkt ook van onevenredige bevoordeling en benadeling geen sprake. Ook overigens valt niet in te zien dat deze uitzonderingsgrond aan de orde is. Dit alles leidt tot de conclusie dat vanuit juridisch oogpunt sprake is van een zorgvuldig besluit.

EMS6/2/2018