

MEMO



VERTROUWELIJK - CORRESPONDENTIE ADVOCaat/CLIËNTE

AAN Gemeente Utrecht
T.a.v. de heer Erik Scholten

VAN mr. drs. H. Doornhof
Advocaat
TELEFOON +31 88 253 5223
FAX +31 88 253 5258
E-MAIL hdoornhof@akd.nl

DATUM **CONCEPT** 1 februari 2019

ONS KENMERK --

KOPIE AAN --

ONDERWERP **Uithoflijn; geheimhouding**

MANAGEMENTSAMENVATTING

U hebt ons gevraagd uw organisatie te adviseren in verband met een in opdracht van de provincie Utrecht verricht integriteitsonderzoek. Van dit onderzoek is een (beknopte) openbare versie gepubliceerd; op het uitgebreide rapport hebben Provinciale Staten geheimhouding opgelegd. De gemeenteraad wenst niettemin inzicht in het rapport te verkrijgen, en heeft met het oog daarop schriftelijke vragen aan het college gesteld. Ter ondersteuning van de beantwoording daarvan hebben de juristen van uw organisatie een analyse uitgevoerd. U hebt ons gevraagd deze analyse te toetsen.

Wij sluiten ons aan bij de analyse van de juristen van uw organisatie. Het is voor het gemeentebestuur – zonder medewerking van Provinciale Staten – niet mogelijk om inzage in het rapport te verkrijgen.

Het gemeentebestuur kan slechts inzage verkrijgen als Provinciale Staten de geheimhouding zelf opheffen. In het bijzonder geldt het volgende.

- De geheimhouding staat in de weg aan vrije informatie-uitwisseling tussen provincie en gemeente; schending van de geheimhoudingsplicht is een misdrijf.
- Een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur moet geweigerd worden; de geheimhoudingsregeling zet deze wet 'buitenspel'.
- Bij Provinciale Staten kan een verzoek worden ingediend om opheffing van de geheimhouding. Dat is echter in beginsel een vrije beslissing van Provinciale Staten; de opheffing is niet afdwingbaar via de (bestuurs)rechter.

Aan het slot van dit advies wordt voorzien in conceptteksten waarmee de conceptbeantwoording van de raadvragen gewijzigd en aangevuld zou kunnen worden.

AKD N.V. is statutair gevestigd te Rotterdam (ingeschreven in het handelsregister onder nummer 24366820). Derdenrekening: NL28INGB0678001677. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD N.V. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Rotterdam onder nummer 61/2014 en waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.nl

DATUM 1 februari 2019
ONS KENMERK --
PAGINA 2 van 9

1. Aanleiding

Op 28 januari 2019 heeft de raad schriftelijke vragen gesteld over de Uithoflijn en over het in dat kader opgestelde onderzoeksrapport. Van specifiek belang voor dit advies zijn de vragen 13 en 14. Deze luiden als volgt:

Vraag 13

Is het college het met onze fracties eens dat de gemeente ook inzage in het Integisrapport zou moeten krijgen gezien de relevantie hiervan voor de democratische controle op het gezamenlijk project Uithoflijn? Zo nee, waarom niet?

Vraag 14

Is het college bereid om de Provincie te vragen om het rapport met de raad en college te delen? Zo niet, waarom niet? Kan het college aangeven onder welke condities de provincie eventueel wel bereid zou zijn om inzage te geven in dit rapport?

Ter ondersteuning van de beantwoording daarvan hebben de juristen van uw organisatie een analyse uitgevoerd. U hebt ons gevraagd deze analyse te toetsen. Dat doen wij in het hierna volgende.

2. Juridisch kader

In het hierna volgende wordt het relevante juridisch kader uiteengezet.

1.1. Wet openbaarheid van bestuur

Een algemeen kader voor de openbaarheid van bestuurlijke informatie is opgenomen in de Wet openbaarheid van bestuur ('**Wob**'). Het centrale artikel van de Wob is artikel 3. In het eerste lid daarvan is vastgelegd dat een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid kan richten tot een bestuursorgaan. Het vijfde lid bepaalt dat een verzoek om informatie wordt ingewilligd, met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11.

Absolute weigeringsgronden

In artikel 10, lid 1 zijn *absolute* uitzonderingsgronden opgenomen. Dat betekent dat deze uitzonderingsgronden zodanig zwaar zijn, dat het belang van openbaarheid daarvoor te allen tijden moet wijken. De absolute uitzonderingsgronden zijn de eenheid van de Kroon, de veiligheid van de Staat, bedrijfs- en fabricagegegevens en bijzondere persoonsgegevens.

Relatieve weigeringsgronden

In artikel 10, lid 2 zijn *relatieve* uitzonderingsgronden opgenomen. Bij deze uitzonderingsgronden moet het bestuursorgaan een afweging maken tussen het algemene

belang dat bij openbaarheid is gediend, en het belang dat door de uitzonderingsgrond wordt beperkt. De relatieve uitzonderingsgronden zijn:

- a. de betrekkingen van Nederland met andere staten en met internationale organisaties;
- b. de economische of financiële belangen van de Staat, de andere publiekrechtelijke lichamen of de in artikel 1a, onder c en d, bedoelde bestuursorganen;
- c. de opsporing en vervolging van strafbare feiten;
- d. inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;
- e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
- f. het belang, dat de geadresseerde erbij heeft als eerste kennis te kunnen nemen van de informatie;
- g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Een verzoek om openbaarmaking van informatie moet worden geweigerd, indien – naar het oordeel van het betrokken bestuursorgaan – de bescherming van één of meer van de voorgaande belangen zwaarder weegt dan het belang van publieke informatieverstrekking.

Beperking:

1.2. Provinciewet: geheimhouding

De bevoegdheid van Provinciale Staten om een geheimhoudingsplicht op te leggen is geregeld in artikel 25 van de Provinciewet. Dit artikel luidt als volgt:

1. Provinciale staten kunnen op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, omtrent het in een besloten vergadering behandelde en omtrent de inhoud van de stukken die aan provinciale staten worden overgelegd, geheimhouding opleggen. Geheimhouding omtrent het in een besloten vergadering behandelde wordt tijdens die vergadering opgelegd. De geheimhouding wordt door hen die bij de behandeling aanwezig waren en allen die van het behandelde of de stukken kennis dragen, in acht genomen totdat provinciale staten haar opheffen.
2. Op grond van een belang, genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, kan de geheimhouding eveneens worden opgelegd door gedeputeerde staten, de commissaris van de Koning en een commissie, ieder ten aanzien van stukken die zij aan provinciale staten of aan leden van provinciale staten overleggen. Daarvan wordt op de stukken melding gemaakt.
3. De krachtens het tweede lid opgelegde verplichting tot geheimhouding met betrekking tot aan provinciale staten overgelegde stukken vervalt, indien de oplegging niet door provinciale staten in hun eerstvolgende vergadering die blijkt de presentielijst door meer

DATUM 1 februari 2019
ONS KENMERK --
PAGINA 4 van 9

dan de helft van het aantal zitting hebbende leden is bezocht, wordt bekrachtigd.

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

Artikel 25 van de Provinciewet komt overeen met artikel 25 van de Gemeentewet. De bestuursrechter gaat met beide artikelen op een gelijke wijze om.

1.3. Wetboek van Strafrecht

Artikel 272, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht luidt als volgt:

Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.

De schending van de geheimhoudingsplicht is gekwalificeerd als een misdrijf.

2. Alleen Provinciale Staten kunnen beslissen om inzage in het rapport te bieden

De juristen van uw organisatie zijn terecht tot de conclusie gekomen dat het de gemeente niet mogelijk is om inzage in het rapport te verkrijgen. Vanwege de opgelegde geheimhouding kunnen uitsluitend Provinciale Staten beslissen om het gemeentebestuur daarin inzage te bieden. In het hierna volgende wordt dit nader toegelicht.

2.1. Gedeputeerde Staten mogen het rapport niet vrijwillig overleggen: schending geheimhoudingsplicht is een misdrijf

Bestuursorganen delen vaak vrijwillig onderling informatie; een goede uitvoering van de bestuurstaken is daarbij regelmatig gebaat. In dat verband geldt ook dat de Commissaris van de Koning en de burgemeester toezien op een goede samenwerking tussen provincie en gemeente (artikel 175, lid 1, onder b van de Provinciewet en artikel 170, lid 1, onder b van de Gemeentewet). Voor het uitwisselen van informatie is geen specifieke grondslag in de wet neergelegd; een en ander is onderdeel van het dagelijkse bestuur van de gemeente of provincie. In dit licht zou denkbaar zijn dat Gedeputeerde Staten informatie van deze aard uit eigen beweging met het gemeentebestuur deelt.

DATUM 1 februari 2019
ONS KENMERK --
PAGINA 5 van 9

Voor het onderzoeksrapport geldt echter dat de opgelegde geheimhouding aan deze vrijwillige informatieverstrekking in de weg staat. De geheimhoudingsplicht die door Provinciale Staten is opgelegd geldt voor alle personen die van de stukken kennis dragen. Daaronder vallen – uiteraard – onder meer de leden van het college van Gedeputeerde Staten en de onder hun verantwoordelijkheid vallende ambtenaren.

Het schenden van de geheimhoudingsplicht is een misdrijf. In artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht is vastgelegd dat hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie. Van een 'geheim' in de zin van dit artikel is in ieder geval sprake wanneer geheimhouding is opgelegd (zie in dat verband de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 2 april 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:4007).

2.2. Het opleggen van geheimhouding betekent dat een Wob-verzoek moet worden afgewezen

Hiervoor is toegelicht dat er geen specifieke wettelijke grondslag bestaat voor het gemeentebestuur om informatie op te vragen bij Gedeputeerde Staten. Verzoeken om informatie te verstrekken moet het gemeentebestuur daardoor – net als ieder ander – baseren op de Wob. Via een Wob-verzoek zou de informatie openbaar kunnen worden gemaakt.

In dat verband is van belang dat de geheimhoudingsregeling van de Provinciewet een uitputtende regeling inzake openbaarmaking is, die voorrang heeft boven de Wob (zie in dat verband de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 21 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:591), in combinatie met het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 11 juli 2003 (ECLI:NL:GHSHE:2003:AH9823)).

Het een en ander brengt met zich dat Gedeputeerde Staten naar aanleiding van een Wob-verzoek niet de ruimte hebben om het belang dat bij openbaarmaking van het onderzoeksrapport is gediend, af te wegen tegen eventuele weigeringsgronden. In een reactie op het Wob-verzoek kunnen zij slechts opmerken dat het hen vanwege de geheimhouding niet vrijstaat om in de openbaarmaking te voorzien.

2.3. Opheffing geheimhouding is niet via de rechter afdwingbaar

Bij een bestuursorgaan dat geheimhouding heeft opgelegd, kan een verzoek worden ingediend om opheffing daarvan. Een Wob-verzoek om openbaarmaking van stukken waarop geheimhouding rust, moet ook als een zodanig verzoek worden opgevat (zie de

DATUM 1 februari 2019
ONS KENMERK --
PAGINA 6 van 9

uitspraak van de Afdeling van 21 februari 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:591)).

Op voorhand gaan wij ervan uit dat Provinciale Staten niet uit vrije wil zullen beslissen om de geheimhouding op te heffen. Tegen de weigering om dit te doen, staat beroep open bij de bestuursrechter. De bestuursrechter beoordeelt of zich een belang voordoet als bedoeld in artikel 10 van de Wob; alleen in die gevallen bestaat immers de bevoegdheid om geheimhouding op te leggen. De vraag of het betreffende bestuursorgaan in de specifieke omstandigheden ook gebruik mocht maken van deze bevoegdheid, wordt terughoudend getoetst (zie de uitspraak van de Afdeling van 5 maart 2014 (ECLI:NL:RVS:2014:761)). De bestuursrechter vernietigt een geheimhoudingsbesluit slechts indien niet aannemelijk kan worden gemaakt dat zich een belang als bedoeld in artikel 10 van de Wob voordoet.

Bij de geheimhoudingsbesluiten van het provinciebestuur is gewezen op het persoonlijke karakter van het onderzoek, de grote hoeveelheid persoonsgerichte gegevens in het rapport, de daarin voorkomende vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens van BAM B.V., gedetailleerde geldstromen en prestatiegegevens. Het een en ander is direct te relateren aan de volgende in artikel 10 van de Wob genoemde belangen:

- bedrijfs- en fabricagegegevens die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld (lid 1, onder c);
- inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen (lid 2, onder d);
- de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (lid 2, onder e);
- het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden (lid 2, onder g).

Vanwege de aanwezigheid van deze belangen hebben Provinciale Staten kunnen beslissen tot geheimhouding. Het lijkt daardoor op voorhand niet mogelijk om met succes in rechte op te komen tegen een eventuele weigering van de opheffing van de geheimhouding.

2.4. Ten overvloede: in overleg met Provinciale Staten kan – na (tijdelijke) opheffing van de geheimhouding - de raad inzage verkrijgen

Ten overvloede merken wij nog het volgende op. Voor zover alle partijen doorslaggevend gewicht willen toekennen aan het informeren van de gemeenteraad, zouden Provinciale Staten het rapport – al dan niet geanonimiseerd – aan het gemeentebestuur kunnen toezenden, onder de toezegging dat:

- (1) het gemeentebestuur op grond van de Gemeentewet eveneens geheimhouding zal opleggen, en;
- (2) de raad ook slechts onder geheimhouding kennis van het rapport zal kunnen nemen.

DATUM 1 februari 2019
ONS KENMERK --
PAGINA 7 van 9

Via deze weg zou kunnen worden voorkomen dat het rapport in de openbaarheid komt. Echter, daarvoor is wel vereist dat Provinciale Staten de geheimhouding formeel *opheffen*. Zij zouden dit ook tijdelijk kunnen doen, al is dat praktisch lastig voor te stellen en zou hoe dan ook het risico groter worden dat het rapport algemener bekend wordt. Al met al moet dus een aparte stemming in de provinciale volksvertegenwoordiging plaatsvinden en is het bestuur van uw gemeente voor deze route (daarmee) afhankelijk is van de bereidheid van het provinciebestuur om medewerking te verlenen.

Een en ander is – wij benadrukken dit nog maar weer een keer - een politieke afweging, en niet afdwingbaar. In dat licht wees u terecht al op de – begrijpelijke – voorzichtigheid bij het provinciebestuur, dat als opdrachtgever en als werkgever een bijzondere verantwoordelijkheid draagt voor de in het onderzoeksrapport genoemde personen. Bij deze afweging zal het provinciebestuur daarnaast ook belang (moeten) toekennen aan de contractuele verplichtingen ten opzichte van Integis. Kort en goed: een eventuele (informele) poging om het (hele) rapport alsnog te verkrijgen, lijkt niet kansrijk te zijn.

3. Voorstel aanvulling conceptbeantwoording raadsvragen

Gelet op al het voorgaande zouden de volgende bouwstenen kunnen dienen als aanvulling op de conceptbeantwoording van raadsvragen 13 en 14:

Vraag 13

Is het college het met onze fracties eens dat de gemeente ook inzage in het Integisrapport zou moeten krijgen gezien de relevantie hiervan voor de democratische controle op het gezamenlijk project Uithoflijn? Zo nee, waarom niet?

In plaats van de laatste twee alinea's van de conceptbeantwoording van deze vraag:

Overigens hebben wij hebben juridisch intern laten toetsen of er mogelijkheden zijn om het rapport – ondanks de provinciaal opgelegde geheimhouding - te verkrijgen. Wij komen tot de conclusie dat die mogelijkheden er niet zijn, als Provinciale Staten hieraan niet willen meewerken. Deze conclusie wordt onderschreven door de juristen van de provincie en het advocatenkantoor AKD.

In het kort geldt dat een vrije informatiewisseling tussen provincie en gemeente door de geheimhouding onmogelijk is geworden. Het verstrekken van informatie waarop geheimhouding rust is een misdrijf (artikel 272 Wetboek van Strafrecht). Het is eveneens onmogelijk om inzage in het onderzoeksrapport te verkrijgen met behulp van de Wet openbaarheid van bestuur. De geheimhoudingsregeling heeft voorrang boven deze wet.

Er kan slechts inzage in het rapport worden geboden als Provinciale Staten de geheimhouding opheffen. Dat is in beginsel een vrije, politieke beslissing. Opheffing van de geheimhouding kan niet worden afgedwongen, nu in het besluit een wettelijk erkend belang wordt genoemd.

Vraag 14

Is het college bereid om de Provincie te vragen om het rapport met de raad en college te delen? Zo niet, waarom niet? Kan het college aangeven onder welke condities de provincie eventueel wel bereid zou zijn om inzage te geven in dit rapport?

In plaats van de nu opgenomen verwijzing naar de beantwoording van vraag 13:

Het college respecteert het dat Provinciale Staten hebben besloten om het zware instrument van geheimhouding toe te passen. Het college acht het daarom op dit moment niet opportuun om te trachten Provinciale Staten tot een ander standpunt te brengen. Daar komt bij dat de kans van slagen van deze inspanningen zeer klein lijkt: het provinciebestuur is erg stellig in de overtuiging dat geheimhouding nodig is.

4. Conclusie: de analyse van de gemeentjuristen is juist

Gelet op al het voorgaande gelden – kortgezegd – de volgende conclusies:

Gedeputeerde Staten mogen het rapport niet vrijwillig overleggen

- De geheimhouding staat in de weg aan vrije informatie-uitwisseling tussen provincie en gemeente. In dat verband is van belang dat schending van de geheimhoudingsplicht een misdrijf is.

Een Wob-verzoek moet worden afgewezen

- Het gemeentebestuur kan een verzoek om openbaarmaking indienen op grond van de Wob. De geheimhoudingsplicht brengt echter met zich dat een dergelijk verzoek geweigerd moet worden. De geheimhoudingsregeling van de Provinciewet is een bijzondere regeling, die voorrang verkrijgt boven de Wob.

Opheffing geheimhouding is niet via de rechter afdwingbaar

- Bij Provinciale Staten kan een verzoek worden ingediend om opheffing van de geheimhouding. Dat is in beginsel echter een vrije beslissing van Provinciale Staten. De opheffing is niet afdwingbaar via de (bestuurs)rechter.

Mogelijk kan 'gezamenlijke geheimhouding' worden afgesproken

- Voor zover alle partijen doorslaggevend gewicht willen toekennen aan het informeren van de gemeenteraad, zouden Provinciale Staten het rapport – al dan

DATUM 1 februari 2019

ONS KENMERK --

PAGINA 9 van 9

niet geanonimiseerd – aan het gemeentebestuur kunnen toezenden, onder de toezegging dat (1) het gemeentebestuur op grond van de Gemeentewet (eveneens) geheimhouding zal opleggen, en (2) de raad ook slechts onder geheimhouding kennis van het rapport zal kunnen nemen. Ook dit is echter een vrije, politieke, beslissing van Provinciale Staten en moeilijk voorstelbaar, ook omdat dan vereist is dat Provinciale Staten de geheimhouding formeel (tijdelijk) opheffen.

Voor overleg over de inhoud van dit memo zijn wij vanzelf steeds beschikbaar.

Hugo Doornhof
Robin Janssen