



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Computerrecht 2019/135 Sms- en WhatsApp-berichten vallen onder de Wet openbaarheid van bestuur

Drahmann, A.

Citation

Drahmann, A. (2019). Computerrecht 2019/135 Sms- en WhatsApp-berichten vallen onder de Wet openbaarheid van bestuur. *Computerrecht*, 2019(4), 262-266. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/83340>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/83340>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Nederland

Computerrecht 2019/135

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
20 maart 2019, nr. 201800258/1/A3
(Mrs. H.G. Lubberdink, H.G. Sevenster en A.J.C. de Moor-van Vugt)
m.nt. A. Drahmman¹

(Art. 1 Wob)

NJB 2019/714
BA 2019/136
ABkort 2019/179
ECLI:NL:RVS:2019:899

Sms- en WhatsApp-berichten vallen onder de Wet openbaarheid van bestuur. Dit geldt voor zowel werktelefoons als privételefoons van bestuurders en ambtenaren.

Uitspraak op de hoger beroepen van:

1. de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
 2. Branchebelang Thuiszorg Nederland (hierna: BTN), appellanten,
- tegen de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 28 november 2017 in zaak nr. 17/532 in het geding tussen:
BTN
en
de minister

Procesverloop

Bij besluit van 14 juli 2016 heeft de minister een besluit genomen op een deel van het verzoek van BTN om openbaarmaking van documenten op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob).

Bij brief van 18 augustus 2016 heeft BTN tegen het besluit van 14 juli 2016 bezwaar gemaakt.

Bij brief van 3 februari 2017 heeft BTN bij de rechtbank beroep ingesteld tegen het niet tijdig nemen van een besluit op bezwaar door de minister.

Bij besluit van 23 februari 2017 heeft de minister het door BTN tegen het besluit van 14 juli 2016 gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 28 november 2017 heeft de rechtbank het door BTN ingestelde beroep voor zover gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit op bezwaar niet-ontvankelijk verklaard, het beroep voor zover gericht tegen het besluit van 23 februari 2017 gegrond verklaard en dit besluit vernietigd. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft de minister hoger beroep ingesteld.

BTN heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

BTN heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De minister heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 8 oktober 2018, waar de minister, vertegenwoordigd door mr. E.C. Pietermaat en mr. C.A. Geleijnse, beiden advocaat te Den Haag, en mr. J.W.T. van de Berg, en BTN, vertegenwoordigd door mr. C.N. van der Sluis, advocaat te Rotterdam en [gemachtigde], zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. Bij brief van 9 maart 2016 heeft BTN bij de minister een verzoek ingediend op grond van de Wob. Dit verzoek luidt als volgt:

“Hierbij verzoek ik u namens cliënte, BTN, met een beroep op artikel 3 van de Wob, mij alle documenten toe te zenden die onder u berusten betreffende de acties die door of namens u zijn ondernomen naar aanleiding van (uw) bekendheid met de financiële moeilijkheden c.q. het continuïteitsvraagstuk van het thans in surseance verkerende TSN Thuiszorg dan wel daarmee verband houden.”

1.1. De minister heeft op 24 maart 2016 met BTN contact gehad over de vraag of wellicht een specificering van het verzoek om informatie kon worden gedaan. BTN heeft daarna bij brief van 29 maart 2016 de minister een voorstel gedaan om het verzoek af te handelen in verschillende deelbesluiten. De minister heeft bij brief van 31 maart 2016 BTN meegedeeld niet aan dit voorstel tegemoet te kunnen komen. Daarna heeft de minister bij e-mailbericht van 18 april 2016 BTN meegedeeld dat met twee afzonderlijke deelbesluiten op het verzoek zal worden beslist. Het eerste besluit zal betrekking hebben op de documenten die specifiek zien op de contacten met Buurtzorg en het tweede besluit zal betrekking hebben op de contacten met TSN Thuiszorg. Bij afzonderlijke besluiten van 14 juli 2016 en 23 mei 2017 heeft de minister overeenkomstig de in het e-mailbericht van 18 april 2016 aangekondigde fasering besloten. Bij besluit op bezwaar heeft de minister het besluit van 14 juli 2016 gehandhaafd. Het beroep van BTN gericht tegen het besluit van 23 mei 2017 heeft de rechtbank doorgezonden naar de minister ter behandeling als bezwaarschrift.

Aangevallen uitspraak

2. De rechtbank heeft geoordeeld dat de minister ervoor mag kiezen om het Wob-verzoek in verschillende deelbesluiten af te handelen. De minister heeft het Wob-verzoek op deze wijze mogen opsplitsen en daarbij is niet vereist dat BTN hiervoor toestemming had moeten geven, aldus de rechtbank.

De rechtbank heeft verder geoordeeld dat ingevolge artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob sms- en WhatsApp-berichten als object onder de definitie van document vallen in die zin dat het gaat om een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat. De techniek van opslaan als zodanig

¹ Annemarie Drahmman is universitair hoofddocent aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de universiteit Leiden.

mag niet bepalen of de Wob wel of niet op een document van toepassing is. Sms- en WhatsApp-berichten die staan op telefoons met een abonnement op naam van het bestuursorgaan vallen naar het oordeel van de rechtbank wel onder de term “berusten onder” de minister, terwijl soortgelijke berichten die staan op privételefoons van ambtenaren niet vallen onder de term “berusten onder” de minister.

Het hoger beroep

3. De minister betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat sms- en WhatsApp-berichten als object vallen onder de definitie van document in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob. De minister voert aan dat sms- en WhatsApp-berichten naar aard en inhoud vergelijkbaar zijn met en een alternatief vormen voor telefoon-gesprekken en mondeling overleg in de wandelgangen en daarom niet onder het documentbegrip van de Wob vallen. Informatie uit dergelijke gesprekken kan alleen onder het bereik van de Wob vallen wanneer de inhoud daarvan, vergelijkbaar met een telefoonnotitie, wordt bewaard. De Wob verplicht niet tot het maken van een schriftelijke notitie van een telefoongesprek en ook niet tot het bewerken en opstellen van documenten, waaronder een telefoonnotitie. Een andere opvatting zou de bestuurspraktijk te veel belemmeren. Uit de keuze om het recht op toegang tot overheidsinformatie te beperken tot informatie die in een document is neergelegd, volgt dat de wetgever niet voor ogen had dat de burger ook toegang moet kunnen hebben tot de inhoud van mondelinge gesprekken. Volgens de minister is het voorts niet relevant of een sms- dan wel WhatsApp-bericht op een zakelijke, door de werkgever verstrekte telefoon of op een privételefoon van de ambtenaar staat. In beide gevallen berusten de berichten niet onder de minister en zijn deze daarom geen document als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob. De minister betoogt verder dat de werkgever geen toegang heeft tot de sms- en WhatsApp-berichten van de ambtenaar.

Het incidenteel hoger beroep

4. BTN betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat sms- en WhatsApp-berichten die staan op privételefoons van ambtenaren niet onder de minister berusten en daarmee niet binnen het bereik van de Wob vallen. Volgens BTN valt niet in te zien dat informatie uit sms- en WhatsApp-berichten, anders is dan informatie die is neergelegd in de vorm van een e-mail of notitie. Dat sms- en WhatsApp-berichten op privételefoons staan is wellicht van betekenis voor toepassing van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wob, maar categorisch op grond daarvan weigeren is volgens BTN niet houdbaar. Verder betoogt BTN dat de rechtbank heeft miskend dat de minister niet mocht overgaan tot gefaseerde besluitvorming. BTN voert aan dat de rechtbank ten onrechte voorbij is gegaan aan het primaat van de verzoeker, zoals dat voortvloeit uit artikel 3 van de Wob. Het is aan de indiener van het Wob-verzoek om de reikwijdte van het verzoek te bepalen en zonder de nadrukkelijke instemming van de verzoeker is het niet toegestaan om via afzonderlijke besluiten

op een Wob-verzoek te beslissen. Ook voert BTN aan dat zij door het opsplitsen van de besluitvorming onnodig wordt belast met het voeren van meerdere procedures, omdat tegen ieder besluit afzonderlijk in bezwaar en beroep moet worden opgekomen.

Het oordeel van de Afdeling

Sms- en WhatsApp-berichten

5. Een document is volgens artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob: “een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat”. Hierna worden de verschillende elementen die het documentbegrip bepalen, besproken.

Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat sms- en WhatsApp-berichten als object onder de huidige documentdefinitie van de Wob vallen in die zin dat het gaat om “een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat”. Uit de definitie van document in artikel 1, onder a, van de Wob, de jurisprudentie en uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Wob (hierna: parlementaire geschiedenis) blijkt dat aan de term ‘document’ een ruime betekenis moet worden toegekend. Behalve schriftelijke stukken vallen er ook onder geluidsbanden, videobanden, ponskaarten, diskettes, cd-rom's, fotomateriaal, e-mailberichten en digitale informatie (Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 21). Bij een vergelijking van sms- en WhatsApp-berichten met deze andere objecten is de conclusie dat een sms- of WhatsApp-bericht ander materiaal is dat gegevens bevat en derhalve als document in de zin van artikel 1, onder a, van de Wob moet worden aangemerkt. Sms- en WhatsApp-berichten zijn daarbij niet één op één de vervanger van telefoongesprekken, omdat bij sms- en WhatsApp-berichten onder meer andere documenten mee gestuurd kunnen worden of daarin kunnen worden opgenomen. De berichten lijken daarmee in functie en gebruik meer op e-mailberichten, die onder de reikwijdte van de Wob vallen (zie de uitspraak van de Afdeling van 12 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5104). Het is juist dat de aard van sms- en WhatsApp-berichten over het algemeen informeel en vluchtig is. De Afdeling volgt echter niet het standpunt van de minister dat gelet op de aard ervan sms- en WhatsApp-berichten niet onder de Wob zouden vallen, omdat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt dat de aard van het materiaal een rol speelt bij de vraag of een gegevensdrager een document bevat in de zin van de Wob. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bovendien dat de ontwikkeling van de computertechniek naar verwachting tot nieuwe gegevensdragers zal leiden (Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 21).

Het volgende element dat beoordeeld dient te worden is of sms- en WhatsApp-berichten “berusten onder het bestuursorgaan”. De rechtbank heeft terecht overwogen dat de techniek van opslaan niet bepalend is voor de vraag of de Wob wel of niet van toepassing is. Of een digitaal document nu opgeslagen is op een harde schijf, een eigen dan wel externe server of in de cloud, het gaat nog steeds om documenten “van” het bestuursorgaan. Voor de vraag of de

gevraagde documenten berusten bij het aangezochte bestuursorgaan, is niet alleen de fysieke aanwezigheid van het document van belang. Het document moet ook bestemd zijn voor het bestuursorgaan als zodanig (*Kamerstukken II* 1986-1987, 19 859, nr. 3, blz. 21). Hoewel deze passage ziet op de status van stukken van externe instanties is de Afdeling, anders dan de rechtbank, in lijn hiermee van oordeel dat zowel sms- en WhatsApp-berichten die staan op telefoons van bestuurders of ambtenaren met abonnement op naam van het bestuursorgaan (hierna: werktelefoons) als sms- en WhatsApp-berichten die staan op privételefoons van bestuurders of ambtenaren vallen onder de term “berusten onder” in de zin van de Wob, wanneer de inhoud van de berichten een bestuurlijke aangelegenheid betreft. In het geval dergelijke berichten op werktelefoons staan, berusten deze berichten al bij het bestuursorgaan. In het geval van privételefoons zijn dergelijke berichten bestemd voor het bestuursorgaan als zodanig en behoren de berichten te berusten bij het bestuursorgaan. Dit verschilt namelijk niet van de situatie dat een ambtenaar een fysiek document (aangaande een bestuurlijke aangelegenheid) mee naar huis zou nemen. Omdat sms- en WhatsApp-berichten die bestemd zijn voor het bestuursorgaan maar op privételefoons staan bij het bestuursorgaan behoren te berusten, mag van het bestuursorgaan worden verwacht dat het al het redelijkerwijs mogelijke doet om deze documenten alsnog te achterhalen (zie de uitspraak van de Afdeling van 30 september 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BJ8916). De rechtbank heeft hierbij terecht overwogen dat het aan het bestuursorgaan als werkgever is om te beslissen hoe in de verhouding met de werknemers die onder de verantwoordelijkheid van dat bestuursorgaan vallen hieraan uitvoering wordt gegeven. Anders dan de minister betoogt valt niet in te zien waarom de werkgever hiertoe geen mogelijkheden heeft bijvoorbeeld door het opstellen van werkprotocollen voor de omgang met berichten op telefoons. Hierbij kan worden omschreven hoe moet worden omgegaan met berichten die het werk betreffen. Anders dan de minister stelt raakt dit niet aan het privéleven van de betrokken werknemer. Dit heeft immers geen betrekking op de privételefoon zelf maar uitsluitend op de gegevens die zich daarop bevinden voor zover deze zien op een bestuurlijke aangelegenheid en bestemd zijn voor het bestuursorgaan. Een andere opvatting brengt bovendien met zich dat de toepassing van de Wob, anders dan de wetgever blijkens de wetsgeschiedenis heeft beoogd, mede bepaald wordt door de concrete gegevensdrager waarop de informatie staat hetgeen in de Wob-systeematiek ongewenst wordt geacht en willekeurig is in uitwerking. Dit brengt bovendien het risico in zich mee dat een verschuiving plaatsvindt naar privé gegevensdragers met het doel de toepassing van de Wob te ontlopen.

De minister stelt terecht dat het voor het bestuursorgaan in de uitvoeringspraktijk belastend kan zijn als sms- en WhatsApp-berichten onder de Wob vallen. De belasting van een bestuursorgaan is door de wetgever echter als zodanig niet geaccepteerd als grond de Wob niet van toepassing te laten zijn. Als de Wob wordt gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is bedoeld, bijvoorbeeld het indienen

van een grote hoeveelheid verzoeken, gericht op het verstoren van het functioneren van het bestuursorgaan, dan kan misbruik van recht worden aangenomen. Daarnaast kan worden verzocht een verzoek nader te specificeren. De aard van sms- en WhatsApp-berichten brengt bovendien mee dat dergelijke berichten, in ieder geval indien gewisseld in het kader van intern beraad binnen de overheid, veelal persoonlijke beleidsopvattingen en daarmee verweven feiten zullen bevatten. Voor dit soort informatie bevat de Wob zelf beperkingen. Om die reden valt niet in te zien waarom de bestuurspraktijk zodanig wordt geschaad dat het niet meer mogelijk zou zijn vertrouwelijk overleg te kunnen voeren. Gezien de ruime betekenis die aan de term “document” als bedoeld in artikel 1, onder a, van de Wob moet worden toegekend, kan niet anders worden geoordeeld dan dat sms- en WhatsApp-berichten ook onder deze term vallen. Het betoog van de minister faalt. Het betoog van BTN slaagt.

Deelbesluiten

6. In de Wob, en meer specifiek artikel 3, staat niet dat het niet is toegestaan om via afzonderlijke besluiten op een Wob-verzoek te beslissen. Bovendien is de mogelijkheid van gefaseerde besluitvorming nadrukkelijk onder ogen gezien in de geschiedenis van de totstandkoming van de wijziging van de Algemene wet bestuursrecht, de Wob en enige andere wetten in verband met de inwerkingtreding van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (*Kamerstukken II*, 2008/09, 31751, nr. 3, p. 5):

“Ook met de voorgestelde verlenging en de nieuwe opschortingsmogelijkheid zal de beslistermijn in de praktijk niet in alle gevallen kunnen worden gehaald. Sommige Wob-verzoeken zijn zo complex dat het overheidsorgaan, zelfs als het de organisatie rondom de behandeling van Wob-verzoeken goed op orde heeft, deze niet binnen deze termijn op een zorgvuldige wijze zal kunnen afhandelen. De oplossing kan dan worden gezocht in overleg tussen het bestuursorgaan en de verzoeker, waarin afspraken worden gemaakt over prioritering en fasering bij de behandeling van het verzoek. Daarbij kan de verzoeker aangeven over welke informatie hij bij voorrang zou willen beschikken en kan het bestuursorgaan uitleggen over welke informatie betrekkelijk snel kan worden beslist en welke een langere beoordelings-tijd vergt. Vervolgens kunnen afspraken worden gemaakt over het in fases afhandelen van het verzoek” [...].

Voorafgaand aan het besluit van 14 juli 2016 is tussen BTN en de minister contact geweest over fasering en dit stuitte toen niet op bezwaren. De minister heeft voorts het besluit opgesplitst in twee deelbesluiten naar onderwerp, opdat het eerste deel sneller openbaar kon worden gemaakt. Het standpunt van BTN dat de minister hiermee de besluitvorming zou vertragen door onnodig een groot aantal deelbesluiten te nemen is dan ook onjuist. Verder is van integraal en ongemotiveerd weigeren van een deel van de gevraagde informatie geen sprake, omdat de minister bij besluit van 14 juli 2016 en besluit van 23 februari 2017 in zijn geheel

op het Wob-verzoek heeft beslist en de documenten inhoudelijk zijn beoordeeld. De rechtbank heeft derhalve terecht geoordeeld dat de minister ervoor mocht kiezen om het Wob-verzoek in verschillende deelbesluiten af te handelen. Het betoog van BTN faalt.

Conclusie

7. Het hoger beroep van de minister is ongegrond. Het incidenteel hoger beroep van BTN is gegrond omdat hiervoor, onder 5, is geoordeeld dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat sms- en WhatsApp-berichten die op privételefoons staan niet “onder” het bestuursorgaan “berusten”. De vernietiging van het besluit is echter, zij het in zoverre op andere gronden, juist. De uitspraak, voor zover aangevallen, dient daarom, gedeeltelijk met verbetering van de gronden waarop deze rust, te worden bevestigd. De minister dient een nieuw besluit te nemen met inachtneming van deze uitspraak. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil ziet de Afdeling tevens aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Awb te bepalen dat tegen het nieuwe besluit slechts bij haar beroep kan worden ingesteld.

Wat betekent dit nu?

7.1. In de kern gaat deze zaak over de vraag of ook sms- en WhatsApp-berichten onder de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) vallen. Deze vraag is opgekomen, omdat sms- en WhatsApp berichten vaak lijken op een telefoongesprek en veel niet zakelijke privégesprekken bevatten. Ook is deze vraag opgekomen omdat zakelijke berichten niet alleen op werktelefoons maar ook op privételefoons van bestuurders of ambtenaren kunnen staan. Het antwoord op deze vraag is ja. Dit betekent dat de minister bij de afhandeling van het Wob-verzoek ook naar dit soort berichten had moeten kijken.

De Wob is duidelijk: daaronder valt alle vastgelegde informatie van zakelijke aard, ongeacht de gegevensdrager waarop deze is opgeslagen. Dat betekent dat als berichten zijn verstuurd in het kader van het werk (lees: bestuurlijke aangelegenheid), deze onder de Wob vallen. Het maakt daarbij niet uit op welk apparaat (zakelijk of privé) deze berichten staan omdat anders de wet kan worden ontlopen door de keuze van het apparaat waarop deze staan.

Moet de minister nu bang zijn dat geen vertrouwelijke berichten meer per sms of WhatsApp kunnen worden verstuurd? Het antwoord daarop is nee. De Wob heeft alleen betrekking op zakelijke en niet op privé-berichten. Daarnaast blijven de weigeringsgronden van de Wob, zoals wanneer het openbaar maken van berichten bijvoorbeeld de privacy schendt of als dit de belangen van de staat schendt, onverkort van toepassing. De aard van een sms of WhatsApp bericht brengt verder mee dat er al snel sprake zal zijn van persoonlijke beleidsopvattingen in het interne debat. Daarvoor kent de Wob een specifieke weigeringsgrond (artikel 11). Betekent dit dan dat de minister en andere bestuursorganen zomaar toegang hebben tot bijvoorbeeld de privételefoon van medewerkers? Ook het antwoord daarop is nee. De minister heeft geen toegang tot de privételefoon

van de werknemer. De werknemer die de privételefoon gebruikt voor het ontvangen en verzenden van werkgerelateerde berichten moet deze berichten zo nodig overdragen aan zijn werkgever. De werkgever kan hierover regelingen maken die bijvoorbeeld bepalen dat de werknemer dit soort berichten alleen op een werktelefoon zet.

Voor deze zaak betekent dit dat de minister opnieuw moet beslissen op het verzoek en hierbij mogelijke sms- en WhatsApp berichten moet betrekken. Om de procedure niet verder te vertragen is bepaald dat tegen het nieuwe besluit direct bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld.

Proceskosten

8. De minister dient op navolgende wijze in de proceskosten van BTN te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het hoger beroep van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ongegrond;
- II. verklaart het incidenteel hoger beroep van Branchebelang Thuiszorg Nederland gegrond;
- III. bevestigt de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 28 november 2017 in zaak nr. 17/532, voor zover aangevallen;
- IV. bepaalt dat tegen het te nemen nieuwe besluit slechts bij de Afdeling beroep kan worden ingesteld;
- V. veroordeelt de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport tot vergoeding van bij Branchebelang Thuiszorg Nederland in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 1.024,00 (zegge: duizendvierentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- VI. bepaalt dat van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport een griffierecht van € 508,00 (zegge: vijfhonderdacht euro) wordt geheven.

Noot

1. Deze uitspraak is van groot belang voor de Nederlandse praktijk. Op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) kan eenieder een verzoek om openbaarmaking van documenten indienen bij bestuursorganen. Deze documenten moeten (al dan niet gedeeltelijk) openbaar worden gemaakt, tenzij een van de limitatief in de Wob opgenomen uitzonderingen van toepassing is. In deze uitspraak oordeelt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat ook sms- en WhatsApp-berichten van zowel bestuurders als ambtenaren onder de reikwijdte van de Wob vallen en dus in beginsel voor openbaarmaking in aanmerking komen. Opvallend daarbij is dat het zowel berichten op werk- als privételefoons betreft.

2. De aanleiding voor deze uitspraak is de volgende. Branchebelang Thuiszorg Nederland (BNT) heeft de minister van volksgezondheid, welzijn en sport verzocht om alle documenten toe te zenden “betreffende de acties die door

of namens u zijn ondernomen naar aanleiding van (uw) bekendheid met de financiële moeilijkheden c.q. het continuïteitsvraagstuk van het thans in surseance verkerende TSN Thuiszorg dan wel daarmee verband houden.”

3. Een document is in artikel 1 Wob gedefinieerd als “een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat”. De Afdeling wijst erop dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan de term ‘document’ een ruime betekenis moet worden toegekend. Al in 1987 is in de memorie van toelichting aangegeven dat onder ‘document’ ook geluidsbanden, videobanden, ponskaarten, diskettes, cd-rom's, fotomateriaal, e-mailberichten en digitale informatie valt.² De Afdeling overweegt mijns inziens terecht dat sms- en WhatsApp-berichten in functie en gebruik meer lijken op e-mailberichten dan op telefoongesprekken. Net als e-mailberichten zijn sms- en WhatsApp-berichten dus documenten in de zin van de Wob.

4. Het volgende element waaraan moet worden voldaan is of deze berichten “berusten onder het bestuursorgaan”. En hier wordt het pas echt interessant: want berust een door een ambtenaar met zijn privételefoon verstuurd sms-bericht bij het bestuursorgaan? De Afdeling beantwoordt deze vraag bevestigend: zowel berichten die staan op telefoons van bestuurders of ambtenaren met abonnement op naam van het bestuursorgaan (werktelefoons) als berichten op privételefoons vallen onder de term “berusten onder”. Voldoende is dat de inhoud van de berichten een bestuurlijke aangelegenheid betreft en ook dit is een begrip dat ruim moet worden uitgelegd. De Afdeling overweegt daarnaast nog dat de techniek van opslaan niet bepalend is voor de vraag of de Wob wel of niet van toepassing is: of een document nu opgeslagen is op een harde schijf, een eigen dan wel externe server of in de cloud, het gaat nog steeds om documenten “van” het bestuursorgaan.

5. Dat ook berichten op de privételefoon van ambtenaren onder de Wob vallen, is vanuit het oogpunt van de privacy van een werknemer opvallend. De Afdeling geeft hiervoor echter twee – wat mij betreft overtuigende – argumenten. Ten eerste geldt dat als met privételefoons berichten over een bestuurlijke aangelegenheid worden verzonden, deze berichten behoren te berusten bij het bestuursorgaan. Volgens de Afdeling kunnen daarmee parallellen worden gemaakt met de situatie dat een ambtenaar een fysiek document mee naar huis zou nemen. Een betere vergelijking zou ik hebben gevonden het geval dat een ambtenaar op zijn privécomputer thuiswerkt en een (concept) brief over een bestuurlijke aangelegenheid met een privé-e-mailadres verstuurt naar een derde. Voor de vraag of een document openbaar gemaakt zou moeten worden, kijkt de Afdeling terecht alleen of sprake is van een bestuurlijke aangelegenheid. Dit raakt tevens aan het tweede argument van de Afdeling: een ruim toepassingsbereik is noodzakelijk, omdat de Wob anders eenvoudig te ontlopen zou zijn door te communiceren met privé gegevensdragers. Ter illustratie kan het volgende voorbeeld dienen: een journalist van HP/De Tijd heeft een Wob-verzoek ingediend om een sms tus-

sen de CEO van Unilever en premier Rutte te krijgen. Achtergrond van het verzoek is dat deze sms waarin zou staan dat Unilever het hoofdkantoor toch niet zou verplaatsen naar Nederland, aanleiding zou zijn geweest voor het kabinet om de dividendbelasting toch niet af te schaffen.³ Voor de vraag in hoeverre deze sms Wob-baar is, zou niet relevant moeten zijn of de premier voor deze communicatie een werk- of privételefoon heeft gebruikt.

6. Een relevante vraag is wel *hoe* de berichten van een privételefoon bij het bestuursorgaan terecht komen, mede gelet op de privacy van de werknemer. De Afdeling benadrukt dat een bestuursorgaan geen toegang heeft tot de privételefoon van de werknemer. Het is de werknemer die werkgerelateerde berichten moet overdragen aan zijn werkgever. Van een bestuursorgaan mag echter worden verwacht dat het al het redelijkerwijs mogelijke doet om de berichten alsnog te achterhalen. Het bestuursorgaan – als werkgever – zou werkprotocollen kunnen opstellen voor de omgang met berichten op telefoons, bijvoorbeeld door te bepalen dat de werknemer dit soort berichten alleen op een werktelefoon zet.

7. Betekent dit nu dat alle sms- en WhatsApp-berichten Wob-baar zijn? Dit is uiteraard niet het geval. Ten eerste kent de Wob een aantal weigeringsgronden in artikel 10 en 11. Artikel 11 Wob bepaalt dat als sprake is van een document opgesteld ten behoeve van intern beraad, geen informatie wordt verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen. De Afdeling geeft in de uitspraak zelf al aan dat de aard van sms- en WhatsApp-berichten met zich brengt dat deze weigeringsgrond vaak van toepassing zal zijn. Ten tweede is het vaste jurisprudentie dat geen informatie verstrekt hoeft te worden als sprake is van misbruik van recht. Van misbruik van recht is bijvoorbeeld sprake bij het indienen van een grote hoeveelheid verzoeken gericht op het verstoren van het functioneren van het bestuursorgaan.

8. Afrondend kan worden gesteld dat de Afdeling met deze uitspraak laat zien dat de Wob technologie-neutraal is en mee kan gaan met moderne ontwikkelingen. Op dit moment is een wetsvoorstel aanhangig dat de Wob zal vervangen door de Wet open overheid. Vermeldenswaardig is dat hoofdstuk 6 van dit wetsvoorstel de digitale informatiehuishouding betreft. Het betreft onder meer de verplichting voor de minister van BZK om een meerjarenplan op te stellen. Dat plan moet stappen bevatten tot verbetering van de wijze waarop digitale documenten worden vervaardigd, geordend, bewaard, vernietigd en ontsloten.⁴ Nu duidelijk is dat sms- en WhatsApp-berichten ook onder de Wob (en in de toekomst onder de Woo) vallen, is een dergelijk plan hard nodig. Tot die tijd kunnen bestuursorganen echter niet stilzitten en zullen zij aan de slag moeten gaan met het opstellen van werkprotocollen voor het gebruik van sms- en WhatsApp door ambtenaren.

A. Drahmman

² Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 21.

³ <https://www.hpdetijd.nl/2019-06-06/mark-rutte-raakt-dividend-sms-van-14-miljard-kwijt/>.

⁴ Kamerstukken II 2018/19, 35112, nr. 2.