



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Een digitaal postvak met sms- of Whatsapp-berichten is geen archiefbescheid in de zin van de Archiefwet

Drahmann, A.; Bakkum, M.H.A.

Citation

Drahmann, A., & Bakkum, M. H. A. (2021). Een digitaal postvak met sms- of Whatsapp-berichten is geen archiefbescheid in de zin van de Archiefwet. *Computerrecht*, 2021(1), 28-34. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278467>

Version: Publisher's Version

License: [Licensed under Article 25fa Copyright Act/Law \(Amendment Taverne\)](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278467>

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

Nederland

Computerrecht 2021/5

AFDELING BESTUURSRECHTSpraak VAN DE RAAD VAN STATE

21 oktober 2020, 201905713/1/A3

(Mrs. H.G. Sevenster, E. Steendijk en J.J. van Eck)
m.nt. A. Drahmman & M.H.A. Bakkum¹

(Art. 1 en art. 3 Wet openbaarheid van bestuur)

ECLI:NL:RVS:2020:2477

Een digitaal postvak met sms- of Whatsapp-berichten is geen archiefbescheid in de zin van de Archiefwet. Sms- en WhatsAppberichten die bij het uitvoeren van overheids-taken gebruikt zijn, vallen wel onder de reikwijdte van de Wob en van de Archiefwet. Vanaf het moment dat een Wob-verzoek wordt ingediend dient het behoud daarvan volledig te worden gewaarborgd. Er bestaat geen grond voor het oordeel dat de door de minister verrichte zoekslag onvoldoende, dan wel onvolledig is geweest.

Uitspraak in het geding tussen: Zorgthuisnl, gevestigd te Houten, appellante, en minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.

Procesverloop

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

Bij besluit van 28 juni 2019 heeft de minister het door BTN daartegen gemaakte bezwaar opnieuw ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft Zorgthuisnl (voorheen: BTN) beroep ingesteld.

De minister heeft een verweerschrift ingediend.

Zorgthuisnl heeft de Afdeling toestemming verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 17 februari 2020, waar Zorgthuisnl, vertegenwoordigd door [gemachtigde], bijgestaan door mr. C.N. van der Sluis, advocaat te Rotterdam, en de minister, vertegenwoordigd door mr. E.C. Pietermaat en mr. S. Cornelisse, advocaten te Den Haag, zijn verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1. BTN, thans: Zorgthuisnl, was als branchevereniging betrokken bij het continuïteitsvraagstuk van de destijds in financiële moeilijkheden verkerende zorgorganisatie TSN Thuiszorg. TSN was met 12.000 medewerkers één van haar grootste leden. Ook het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport was daarbij actief betrokken. Om meer duidelijkheid te krijgen over de rol van de toenmalige staatssecretaris en over wat er speelde met potentiële overnamekandidaten, heeft BTN bij de minister een Wob-verzoek ingediend.

2. 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."

2.1. 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 gegeven. 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 zou worden beslist. Het eerste besluit zou betrekking hebben op de documenten die specifiek zien op de contacten met Buurtzorg en het tweede besluit zou betrekking hebben op de contacten met TSN Thuiszorg (hierna: TSN). 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 van 23 februari 2017 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. De omvang van het geschil is in deze procedure dan ook beperkt tot het deelbesluit van 14 juli 2016, waarbij de minister heeft besloten tot (gedeeltelijke) openbaarmaking van 36 documenten.

3. Bij uitspraak van 28 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5979, heeft de rechtbank het door BTN ingestelde beroep, voor zover gericht tegen het besluit van 23 februari 2017, gegrond verklaard. 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

¹ Annemarie Drahmman is universitair hoofddocent en Marc Bakkum is onderzoeks- en onderwijsmedewerker aan de afdeling Staats- en bestuursrecht van Universiteit Leiden.

opsplitsen en daarbij is niet vereist dat BTN hiervoor toestemming had moeten geven, aldus de rechtbank.

3.1. 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 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 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.

4. In haar uitspraak van 20 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:899, heeft de Afdeling overwogen dat, gezien de ruime betekenis die aan de term "document" als bedoeld in artikel 1, onder a, van de Wob moet worden toegekend, sms- en WhatsApp-berichten ook onder deze term vallen. De rechtbank heeft ten onrechte geoordeeld dat sms- en WhatsApp-berichten die op privételefoons staan niet "onder" het bestuursorgaan "berusten". De minister moet daarom opnieuw beslissen op het verzoek en moet hierbij mogelijke sms- en WhatsApp-berichten betrekken, ook de zakelijke berichten die op privételefoons van bestuurders of ambtenaren kunnen staan. Met het oog op een efficiënte afdoening van het geschil heeft de Afdeling aanleiding gezien 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.

Nieuw besluit

5. Bij besluit van 28 juni 2019 heeft de minister opnieuw op het door BTN gemaakte bezwaar beslist. Gevolg gevend aan de uitspraak van de Afdeling, heeft de minister alsnog een zoekslag verricht naar dergelijke berichten. Hiervoor is bij de Directeur-Generaal Langdurige Zorg (hierna: de DGLZ) en medewerkers van (de opvolgers) van de verantwoordelijke beleidsdirecties navraag gedaan naar de aanwezigheid van de door BTN gevraagde berichten. Uitkomst hiervan is dat thans geen sms- of WhatsApp-berichten (meer) onder de minister berusten die vallen onder de reikwijdte van het bestreden deelbesluit. Het Wob-verzoek gaat over de periode van 1 oktober 2015 tot en met 9 maart 2016. Inmiddels is een aanmerkelijk deel van de in deze periode gebruikte telefoons afgeschreven en vervangen. De gegevens die op deze telefoons waren opgeslagen kunnen nu niet meer worden achterhaald. In dit verband licht de minister toe dat iedere Rijksorganisatie afgeschreven telefoons overdraagt aan Domeinen Roerende Zaken (hierna: DRZ). In de regel schoont DRZ de telefoons grondig waarna de geschoonde telefoons worden aangeboden op de markt, dan wel aan scholen of goede doelen. Telefoons die niet meer kunnen worden aangeboden, worden gedemonteerd en gerecycled tot grondstoffen. Evenmin zijn kopieën van sms- en WhatsApp-berichten aangetrof-

fen. Voor zover de gevraagde berichten al aanwezig waren, zijn deze daarom niet meer te achterhalen. De minister wijst het verzoek in zoverre af op grond van artikel 3 van de Wob.

Beroep

6. Tegen voormeld besluit heeft Zorgthuisnl beroep ingesteld. Zorgthuisnl betoogt dat de uitspraak van 20 maart 2019 slechts bevestigde dat sms- en WhatsApp-berichten onder de reikwijdte van de Wob vielen, zodat na ontvangst van het Wob-verzoek, en in ieder geval na de uitspraak van de rechtbank, de plicht bestond om de toen aanwezige berichten die onder de reikwijdte vielen van het Wob-verzoek veilig te stellen. Bovendien had de minister ervoor zorg moeten dragen dat deze niet zouden worden vernietigd. Daarbij wijst Zorgthuisnl op het bestaan van de Gedragsregeling voor de digitale werkomgeving van 23 juni 2016 en handreikingen over online communicatie voor rijksambtenaren, waarin als uitgangspunt wordt geformuleerd dat ook online in het kader van de uitvoering van haar taak gegenereerde, ontvangen of verzamelde informatie eigendom is en blijft van de overheid. Ook wijst Zorgthuisnl op de bewaarplicht ingevolge de Archiefwet.

6.1. Uit artikel 3 van de Archiefwet volgt dat overheidsorganen verplicht zijn de onder hen berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren, alsmede zorg te dragen voor de vernietiging van de daarvoor in aanmerking komende archiefbescheiden. Sms- en WhatsApp-berichten die bij het uitvoeren van overheidstaken gebruikt zijn, vallen onder de reikwijdte van de Wob en van de Archiefwet. Dat betekent niet dat het niet bewaren van sms- en WhatsApp-berichten in strijd is met de Archiefwet. Een digitaal postvak met sms- of Whatsapp-berichten is als zodanig geen archiefbescheid in de zin van de Archiefwet. Daar komt bij dat de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: de AVG) een belangrijke rol speelt bij dit soort persoonlijke digitale postvakken. Het bewaren van digitale postvakken met sms- dan wel WhatsApp-berichten impliceert het (blijven) verwerken van veel persoonsgegevens en daarvoor gelden op grond van de AVG eisen van grondslag, noodzaak en proportionaliteit. De AVG kan daarom zelfs dwingen bepaalde gegevens niet langer te bewaren. Hieruit volgt dat het niet bewaren van digitale postvakken met sms- en WhatsApp-berichten op een privé-telefoon niet in strijd is, of in ieder geval niet hoeft te zijn, met de Archiefwet.

Voorts volgt, anders dan Zorgthuisnl betoogt, uit de Gedragsregeling voor de digitale werkomgeving 2016 en de Gedragscode Integriteit Rijk niet dat de minister voorafgaand aan de ontvangst van het Wob-verzoek reeds de – mogelijk – daaronder vallende sms- en WhatsApp-berichten diende te verzamelen en te bewaren. De Gedragsregeling en de Gedragscode bevatten geen afspraken of uitgangspunten over het bewaren of archiveren van documenten, e-mails en sms- en WhatsApp-berichten met het oog op eventuele Wob-verzoeken.

6.2. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in onder meer de uitspraak van 9 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1214, heeft een bestuursorgaan na indiening van een verzoek om openbaarmaking van documenten niet de vrijheid om documenten, waarop dat verzoek betrekking heeft, te vernietigen. Vanaf dat moment dient het behoud daarvan volledig te worden gewaarborgd.

Een bestuursorgaan dient dan ook na de indiening van een verzoek om informatie op grond van de Wob de documenten waarop dat verzoek ziet, te bewaren. Anders dan Zorgthuisnl betoogt, volgt uit het voorgaande niet dat op de minister de plicht rustte om direct na de uitspraak van de rechtbank alle sms- en WhatsApp-berichten die mogelijk vielen onder de reikwijdte van het Wob-verzoek te verzamelen. Omdat de minister hoger beroep had ingesteld kon hij hiermee wachten. Wel moest de minister zorgen dat de sms- en WhatsApp berichten niet verloren zouden gaan. De Afdeling constateert dat de minister eerst na de uitspraak van de Afdeling van 20 maart 2019 actie heeft ondernomen wat betreft de op de bestuurlijke aangelegenheid betrekking hebbende sms- en WhatsApp-berichten. De minister heeft er daarom onvoldoende op toegezien dat deze tot die tijd niet werden vernietigd. Derhalve kan niet worden geoordeeld dat de minister heeft voldaan aan zijn bewaarplicht.

6.3. Het betoog slaagt.

7. Voorts betoogt Zorgthuisnl dat de minister onvoldoende gevolg heeft gegeven aan de onderzoeksplichten die gelden nadat een Wob-verzoek is ontvangen. Volgens Zorgthuisnl is niet, dan wel onvoldoende gemotiveerd welk deel van de telefoons wel en welk deel niet is beoordeeld, welke telefoons van welke ambtenaren zijn beoordeeld en hoe is gekeken naar de berichten – met name WhatsApp – die gewoon het telefoonnummer volgen. Daarom is de zoekslag onvolledig verricht, dan wel onvoldoende kenbaar toegelicht. Bovendien heeft de minister, volgens Zorgthuisnl, niet al het redelijkerwijs mogelijke gedaan om de berichten te achterhalen. De ontkenning dat andere documenten onder hem berusten, is daarom niet geloofwaardig.

7.1. In het besluit van 28 juni 2019, zoals nader toegelicht in het verweerschrift, heeft de minister gemotiveerd dat hij eerst na de uitspraak van de Afdeling heeft gezocht naar sms- en Whatsapp-berichten die mogelijk onder de reikwijdte van het Wob-verzoek vallen. Bij deze zoekslag is eerst nagegaan welke directies van het ministerie, en daarbinnen welke ambtenaren, in de voor dat verzoek relevante periode, waren betrokken bij de bestuurlijke aangelegenheid waarop het verzoek betrekking heeft. In totaal is aan elf functionarissen – waaronder de DGLZ – gevraagd of zij willen nagaan of zij nog over sms- en WhatsApp-berichten beschikken. Ter zitting heeft de minister toegelicht dat voor de betrokken ambtenaren voldoende duidelijk moet zijn geweest dat ook berichten op hun privé-telefoon daaronder vallen. Het resultaat van dit verzoek is dat, met uitzondering van één ambtenaar die sms-berichten terugvond ten behoeve van een ander deelbesluit, geen van de bevroegde ambtenaren die destijds bij het TSN-dossier betrokken zijn geweest, beschikt over sms- en WhatsApp-berichten die

onder de reikwijdte van het Wob-verzoek vallen. Daarbij geeft het merendeel van de ambtenaren aan dat zij, voor zover zij zich dat kunnen herinneren, ook niet per sms of WhatsApp hebben gecommuniceerd over de betrokken bestuurlijke aangelegenheid. In het geval dat de betrokken medewerkers herinnering aan dergelijke berichten of communicatie hebben, beschikken zij niet meer over deze berichten. De reden daarvoor is dat zij, al dan niet bij het omwisselen van hun telefoon, de berichten niet hebben bewaard. Voor zover het dit deelbesluit betreft, berusten er dan ook geen sms- of WhatsApp-berichten onder de minister, aldus de minister ter zitting.

7.2. De mededeling van de minister dat er geen sms- of WhatsApp-berichten onder hem berusten die onder de reikwijdte van het Wob-verzoek vallen, is niet ongeloofwaardig. De betrokken ambtenaren hebben desgevraagd hun eigen telefoon en gesprekshistorie doorzocht. Indien zij bij de wisseling van hun telefoon ook een ander telefoonnummer hebben gekregen, dan is de WhatsApp-berichtenhistorie niet meegenomen. Als zij nog hetzelfde telefoonnummer als destijds gebruiken, dan hebben zij, zo blijkt uit de zoekslag, nu geen WhatsApp-berichten op hun telefoon, ook niet ingeval zij de WhatsApp-berichtenhistorie wel op de telefoon zouden hebben overgezet. Voor zover oude telefoons nog door andere personen binnen of buiten de Rijksoverheid worden gebruikt, daargelaten of deze telefoons nog kunnen worden achterhaald, dan zijn daarop geen sms- en WhatsApp-berichten meer te vinden van bij het TSN-dossier betrokken ambtenaren die deze telefoon hebben gebruikt in de periode waarop het Wob-verzoek betrekking heeft. Deze telefoons zijn immers, zoals de minister heeft toegelicht, grondig geschoond of gedemonteerd.

7.3. Het betoog van Zorgthuisnl ter zitting, onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 8 januari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:31, dat er een meer uitgebreidere digitale zoekslag dient plaats te vinden, leidt niet tot het oordeel dat de verrichte zoekslag onvolledig is geweest. In die uitspraak ging het om het doorzoeken van mailboxen. In de voorliggende zaak gaat het echter om sms- en Whatsapp-berichten op werk- dan wel privé-telefoons van medewerkers van het bestuursorgaan. Berichtenapps zijn niet in beheer van de overheid en de technische functionaliteit voor informatiebeheer binnen de berichtenapps is zeer beperkt. De Afdeling ziet daarom geen grond voor het oordeel dat de door de minister verrichte zoekslag onvoldoende, dan wel onvolledig is geweest.

7.4. Het betoog faalt.

8. Volgens Zorgthuisnl is in het besluit van 28 juni 2019 onvoldoende gemotiveerd dat is voldaan aan de verplichting om al het redelijkerwijs mogelijke te doen om de berichten te achterhalen. Van de minister mocht worden verwacht dat hij in het besluit zou ingaan op de mogelijkheden dat de onder de reikwijdte van het Wob-verzoek vallende berichten zich bij externen bevinden. Aannemelijk is dat er berichten zijn gewisseld met vertegenwoordigers van diverse thuiszorgorganisaties en dat zij beschikken over de gevraagde gegevens. Daarmee is het door de minister ver-

richte onderzoek onvolledig, dan wel onvoldoende kenbaar toegelicht, aldus Zorgthuisnl.

8.1. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen (in de uitspraak van 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:292), mag onder bepaalde omstandigheden in redelijkheid enig onderzoek van de minister worden verwacht of binnen het bereik van de externe verzending de ontbrekende informatie elders nog beschikbaar was. In deze, door Zorgthuisnl aangehaalde uitspraak betrof het echter documenten waarvan vaststond dat die ook buiten het bestuursorgaan werden verspreid waarbij bekend was om welke specifieke documenten het ging. Uit die uitspraak kan geen verplichting worden afgeleid dat de minister bij externen navraag moet doen naar documenten waarvan niet duidelijk is of deze hebben bestaan.

8.2. Zorgthuisnl heeft slechts gesteld dat niet op voorhand onaannemelijk is dat er berichten zijn gewisseld met vertegenwoordigers van diverse thuiszorgorganisaties en dat zij mogelijk beschikken over de gevraagde gegevens. Weliswaar is het niet vereist dat Zorgthuisnl in detail aangeeft welk bericht, van welke datum en welk tijdstip ontbreekt. Nu Zorgthuisnl echter al zoveel informatie had, had zij meer concreet kunnen aangeven welke derden over welke documenten hadden moeten beschikken, zodat het bestuursorgaan deze had kunnen achterhalen. Aldus heeft Zorgthuisnl onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er sms- en Whatsapp-berichten onder de minister berusten. Er bestaat daarom geen grond voor het oordeel dat het door de minister verrichte onderzoek onvolledig is geweest.

8.3. Het betoog faalt.
(...)

Conclusie

10. Gelet op hetgeen is overwogen onder 6.2. is het door Zorgthuisnl tegen het besluit van 28 juni 2019 ingestelde beroep gegrond. Dat besluit komt voor vernietiging in aanmerking. De Afdeling ziet zich voor de vraag gesteld of de rechtsgevolgen van dat besluit in stand kunnen blijven (vgl. de uitspraak van de Afdeling van 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342). Daarbij ligt de vraag voor of aannemelijk is dat de minister thans niet meer beschikt over sms- en WhatsApp-berichten uit de periode waarop het Wob-verzoek van BTN betrekking heeft. De Afdeling acht niet onaannemelijk dat de minister na ontvangst van het Wob-verzoek geen sms- of WhatsApp-berichten heeft verzameld en bewaard, te minder nu de minister tot de uitspraak van de Afdeling van 20 maart 2019 ervan uitging dat dergelijke berichten niet als documenten in de zin van de Wob konden worden aangemerkt. Zoals volgt uit 7.3. en 8.2. bestaat geen grond voor het oordeel dat de door de minister na de uitspraak van de Afdeling van 20 maart 2019 verrichte zoekslag onvoldoende, dan wel onvolledig is geweest. De mededeling van de minister dat er geen sms- of WhatsApp-berichten onder hem berusten die onder de reikwijdte van het Wob-verzoek vallen, is daarom niet ongeloofwaardig.

11. De Afdeling zal het beroep tegen het besluit van 28 juni 2019 van de minister gegrond verklaren. Dat besluit

komt wegens strijd met artikel 3:2 van de Awb voor vernietiging in aanmerking. De Afdeling zal evenwel bepalen dat de rechtsgevolgen van dat besluit geheel in stand blijven.
(...)

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. verklaart het beroep gegrond;
 - II. vernietigt het besluit van minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 28 juni 2019, kenmerk DWJZ-2018000056 1547939-192633-WJZ;
 - III. bepaalt dat de rechtsgevolgen van dat besluit geheel in stand blijven;
- (...)

Noot

Inleiding

1. Deze uitspraak is een vervolg op de uitspraak van 20 maart 2019 (*Computerrecht* 2019/135, m.nt. A. Drahmans) over de vraag in hoeverre sms- en WhatsApp-berichten van bestuurders en ambtenaren onder de reikwijdte van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna “Wob”) en Archiefwet vallen. Deze vervolguitspraak geeft meer duidelijkheid over de vraag in hoeverre digitale postvakken vallen onder de Archiefwet alsmede over de reikwijdte van de bewaar- en onderzoeksplicht voor bestuursorganen. Hierna zal kort de casus worden weergegeven. Vervolgens zal puntsgewijs ingegaan worden op het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna de “Afdeling”). Achtereenvolgens gaan wij in op het oordeel dat digitale postvakken ‘als zodanig’ geen archiefbescheiden zijn, de bewaarplicht voordat een Wob-verzoek is ingediend, de bewaarplicht nadat een Wob-verzoek is ingediend en de onderzoeksplicht van bestuursorganen. Ten slotte zullen enkele praktische aanbevelingen worden gedaan voor de praktijk bij bestuursorganen.

Casus

2. BTN (thans Zorgthuisnl) was als branchevereniging betrokken bij het continuïteitsvraagstuk van de destijds in financiële moeilijkheden verkerende zorgorganisatie TSN Thuiszorg (hierna “TSN”). Ook het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport was daarbij actief betrokken. Om meer duidelijkheid te krijgen over de rol van de toenmalige staatssecretaris en over wat er speelde met potentiële overnamekandidaten, heeft BTN bij de minister in 2016 een Wob-verzoek ingediend. De minister heeft (onder meer) besloten tot (gedeeltelijke) openbaarmaking van 36 documenten. Volgens BTN zijn daarbij ten onrechte sms- en WhatsAppberichten die op privételefoons van ambtenaren stonden niet openbaar gemaakt. Op 20 maart 2019 heeft de Afdeling geoordeeld dat, gezien de ruime betekenis die aan de term “document” als bedoeld in artikel 1, onder a, van de Wob moet worden toegekend, sms- en WhatsAppberichten ook onder deze term vallen. Dit geldt voor

zowel voor werk- als privételefoons van bestuurders én ambtenaren. Als deze berichten op een werktelefoon staan, berusten deze berichten reeds 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. De Afdeling oordeelde daarom dat de minister opnieuw moest beslissen op het Wob-verzoek en daarbij mogelijke sms- en WhatsAppberichten moest betrekken. Bij besluit van 28 juni 2019 heeft de minister dit gedaan. Hieruit blijkt dat de minister alsnog een zoekslag heeft verricht naar dergelijke berichten. Hiervoor is bij de Directeur-Generaal Langdurige Zorg (hierna "DGLZ") en medewerkers van de verantwoordelijke beleidsdirecties navraag gedaan naar de aanwezigheid van de door BTN gevraagde berichten. De uitkomst hiervan was dat er nu geen sms- of WhatsAppberichten (meer) onder de minister berusten. Als verklaring hiervoor wordt gegeven dat het Wob-verzoek gaat over de periode van 1 oktober 2015 tot en met 9 maart 2016 en dat inmiddels een deel van de in deze periode gebruikte telefoons is afgeschreven en vervangen. De gegevens van die telefoons kunnen nu niet meer worden achterhaald. Afgeschreven telefoons worden namelijk overgedragen aan Domeinen Roerende Zaken (hierna "DRZ"). DRZ schoont de telefoons, waarna de geschoonde telefoons worden aangeboden op de markt, dan wel aan scholen of goede doelen. Telefoons die niet meer kunnen worden aangeboden, worden gedemonteerd en gerecycled tot grondstoffen. Voor zover de gevraagde berichten al aanwezig waren, zijn deze daarom niet meer te achterhalen. Tegen dit nieuwe besluit is BTN in beroep gegaan bij de Afdeling.

Het oordeel van de afdeling: digitale postvakken zijn geen archiefbescheiden

3. De Afdeling heeft in eerdere uitspraak geoordeeld dat sms- en WhatsApp-berichten die bij het uitvoeren van overheidsstaken zijn gebruikt, vallen onder de reikwijdte van de Wob en de Archiefwet. Uit artikel 3 van de Archiefwet volgt dat overheidsorganen verplicht zijn de onder hen berustende archiefbescheiden in goede, geordende en toegankelijke staat te brengen en te bewaren. De Afdeling oordeelt in deze uitspraak dat een *digitaal postvak* met sms- of WhatsApp-berichten als zodanig *geen* archiefbescheid in de zin van de Archiefwet is. Hierbij acht de Afdeling de Algemene verordening gegevensbescherming ("AVG") mede van belang. Het bewaren van dit soort digitale postvakken impliceert het (blijven) verwerken van veel persoonsgegevens en daarvoor gelden op grond van de AVG eisen van grondslag, noodzaak en proportionaliteit. Hieruit volgt – aldus de Afdeling – *“dat het niet bewaren van digitale postvakken met sms- en WhatsApp-berichten op een privé-telefoon niet in strijd is, of in ieder geval niet hoeft te zijn, met de Archiefwet.”*

4. Dit oordeel lijkt ons juist. Een postvak als zodanig is geen archiefbescheid. Ook e-mailboxen hoeven niet op grond van de Archiefwet integraal gearhiveerd te worden. Het draait immers om de documenten binnen die postvakken en mailboxen en die kwalificeren niet allemaal als ar-

chiefbescheid. Dit doet er echter niet aan af dat het om praktische redenen wel handig kan zijn om mailboxen en postvakken integraal en automatisch te archiveren, omdat een handmatige selectie tijdrovend is en ook bij het individu de verantwoordelijkheid legt om te bepalen of iets archiefwaardig is of niet. Daarbij is volgens ons bovendien relevant of het een digitaal postvak betreft op een werktelefoon of een privételefoon. Verwacht mag worden dat sms- en WhatsAppberichten op een werktelefoon in beginsel werkgerelateerd zullen zijn. Het bewaren van berichten uit dergelijke postvakken achten wij dan ook niet in strijd met de AVG. Dat is anders voor privételefoons, nu sms- en WhatsAppberichten juist eerder niet-werkgerelateerd zullen zijn. Dit onderscheid missen wij in de uitspraak van de Afdeling.

Bewaarplicht voor indiening Wob-verzoek

5. De Afdeling constateert verder dat uit de Gedragsregeling voor de digitale werkomgeving 2016 en de Gedragscode Integriteit Rijk niet volgt dat de minister voorafgaand aan de ontvangst van het Wob-verzoek al de sms- en WhatsAppberichten diende te verzamelen en te bewaren. De Gedragsregeling en de Gedragscode bevatten geen afspraken of uitgangspunten over het bewaren of archiveren van documenten, e-mails en sms- en WhatsAppberichten met het oog op eventuele Wob-verzoeken.

6. Naar aanleiding van deze overweging van de Afdeling, komt bij ons de vraag op wat de juridische status is van deze Gedragsregeling en Gedragscode en de relevantie voor de vraag welke informatie bewaard moet worden. Het uitgangspunt is – zoals de Afdeling zelf overweegt – dat sms- en WhatsAppberichten die verband houden met het uitvoeren van overheidsstaken, onder de reikwijdte van de Wob en de Archiefwet vallen. Uit de krachtens artikel 5 van de Archiefwet opgestelde selectielijst volgt dan welke berichten moeten worden bewaard; deze archiefwaardige berichten mogen dus hoe dan ook niet worden verwijderd. Daar komt bij dat hoewel de Gedragscode en Gedragsregeling niet expliciet iets regelen over het bewaren van sms- en WhatsAppberichten, dit uitgangspunt er wel in kan worden teruggevonden. In de Gedragscode (*Stcrt.* 2019, 71141, p. 2) staat dat de gedragscode *“kan worden gezien als een hulpmiddel voor verdere invulling van die regelgeving”*. In de context van de Wob wordt op pagina 16 aangegeven: *“Zorgvuldig omgaan met informatie betekent ook dat je geen relevante informatie (bewust) achterhoudt of manipuleert als dat jou of de organisatie beter uitkomt. Als in de besluitvorming van de overheid bijvoorbeeld bepaalde gevoelige (onderzoeks)informatie wordt betrokken, wordt het algemeen belang alleen gediend als alle beschikbare informatie objectief in beeld komt en mee kan worden gewogen.”* Ook in de Gedragsregeling is als uitgangspunt opgenomen dat informatie die men voor zijn werk ontvangt, opmaakt of verzendt in aanmerking komt om direct of op termijn openbaar gemaakt te kunnen worden en wordt duurzaam toegankelijk gehouden (pagina 13). Uit de overweging van de Afdeling in rechtsoverweging 6.1 mag dan ook volgens ons niet worden afgeleid dat sms-

en WhatsAppberichten niet bewaard zouden hoeven te worden omdat dit niet in de Gedragscode en -regeling zou staan.

Bewaarplicht na indiening Wob-verzoek

7. De Afdeling herhaalt in de uitspraak het oordeel dat bestuursorganen na indiening van een Wob-verzoek niet de vrijheid hebben om documenten waarop dat verzoek betrekking heeft, te vernietigen. Vanaf dat moment dient het behoud daarvan volledig te worden gewaarborgd. Deze bewaarplicht hield volgens de Afdeling echter niet in dat op de minister de plicht rustte om direct na de uitspraak van de rechtbank alle sms- en WhatsAppberichten die onder het Wob-verzoek vielen te *verzamelen*, omdat de minister hoger beroep had ingesteld. Wel moest de minister ervoor zorgen dat de sms- en WhatsAppberichten niet verloren zouden gaan. De Afdeling constateert dat de minister pas na de uitspraak van de Afdeling in 2019 actie heeft ondernomen wat betreft de sms- en WhatsAppberichten. De minister heeft er daarom onvoldoende op toegezien dat deze tot die tijd niet werden vernietigd. Daarom heeft de minister zijn bewaarplicht geschonden.

8. Wij zijn verheugd dat de Afdeling herhaalt dat er een bewaarplicht bestaat nadat er een Wob-verzoek is ingediend. In 2019 constateert de minister dat de meeste telefoons uit 2016 zijn geschoond en vernietigd en dat daarom de gevraagde informatie er niet meer is. Als de minister echter direct in 2017 (de datum van de rechtbankuitspraak) de bestuurders en ambtenaren gevraagd zou hebben de berichten op hun telefoons te bewaren, dan had de uitkomst van de Wob-procedure anders kunnen zijn. Ter voorkoming van misverstanden benadrukken wij dat volgens ons de Afdeling refereert aan het oordeel van de rechtbank, omdat dat de eerste uitspraak was waarin werd geoordeeld dat de berichten onder de reikwijdte van de Wob vallen. Gesteld kan worden dat de minister pas vanaf dat moment kon weten dat de bewaarplicht ook voor dit soort documenten geldt. Sinds de uitspraak van de Afdeling uit 2019 is echter voor alle bestuursorganen duidelijk dat sms- en WhatsAppberichten onder de reikwijdte van de Wob vallen en dus ook dat de bewaarplicht geldt vanaf het moment dat het Wob-verzoek is ingediend.

9. Tegelijkertijd moeten we constateren dat de door de Afdeling geconstateerde schending van de bezwaarplicht zonder gevolgen blijft. Nu duidelijk is dat de gevraagde berichten er inmiddels niet meer zijn, kunnen zij niet meer openbaar worden gemaakt. Dit heeft tot gevolg dat de Afdeling het beroep weliswaar gegrond verklaart, maar de rechtsgevolgen van het besluit in stand laat. Naast een veroordeling in de proceskosten, wordt het schenden van de bewaarplicht niet gesanctioneerd. Al eerder hebben wij ons afgevraagd of de Wob en de Archiefwet aangevuld zouden moeten worden met een handhavingssysteem die ervoor zou kunnen zorgen dat bestuursorganen meer geprikkeld worden om hun informatiehuishouding op orde te krijgen en houden (ABRvS 3 juni 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1342, AB 2020/301, m.nt. A. Drahmman en M.H.A. Bakkum).

Onderzoeksplicht

10. Ten slotte beoordeelt de Afdeling de vraag in hoeverre de door de minister verrichte zoekslag naar de berichten voldoet aan de onderzoeksplicht die op hem rust. De Afdeling oordeelt dat de mededeling van de minister dat er geen relevante sms- of WhatsAppberichten onder hem berusten, niet ongeloofwaardig is.

11. Hetgeen de Afdeling oordeelt over de onderzoeksplicht geeft volgens ons goede handvatten voor de praktijk van bestuursorganen. Met name is van belang dat de Afdeling bevestigt dat aan de onderzoeksplicht kan worden voldaan door aan de betrokken ambtenaren te vragen om hun eigen telefoon en gesprekshistorie te doorzoeken. Dit zal een belangrijke geruststelling zijn voor ambtenaren die wellicht vreesden dat zij hun privételefoon zouden moeten laten doorzoeken door ICT-medewerkers. De Afdeling wijst er terecht op dat er een verschil is tussen (werkgerelateerde) mailboxen en sms- en WhatsAppberichten op werk- dan wel privételefoons. In tegenstelling tot werkgerelateerde mailboxen zijn deze berichtenapps niet in beheer van de overheid en is de technische functionaliteit voor informatiebeheer binnen de berichtenapps zeer beperkt.

12. Daarnaast geeft de Afdeling een belangrijk handvat om te bepalen wanneer is voldaan aan de bekende verplichting voor bestuursorganen "*al het redelijkerwijs mogelijke te doen*" om documenten te achterhalen die ten onrechte niet onder hen berusten. De Afdeling heeft eerder geoordeeld dat onder bepaalde omstandigheden van de minister mag worden verwacht om bij externen te informeren of de binnen de overheid ontbrekende informatie daar nog wel beschikbaar is. In de door de Afdeling genoemde zaak betrof het specifieke documenten waarvan het bestaan vaststond (ABRvS 10 februari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:292, Gst. 2016/59, m.nt. C.N. van der Sluis). De Afdeling oordeelt nu in deze uitspraak dat de minister niet verplicht is om bij externen navraag te doen naar documenten waarvan niet duidelijk is of deze hebben bestaan. In dit concrete geval was de enkele stelling van BTN dat "*niet op voorhand onaannemelijk is dat er berichten zijn gewisseld met vertegenwoordigers van diverse thuiszorgorganisaties*" onvoldoende. BTN had volgens de Afdeling (zeker nu zij al zoveel informatie had) concreter kunnen aangeven welke derden over welke documenten hadden moeten beschikken, zodat het bestuursorgaan deze had kunnen achterhalen.

Hoe nu verder?

13. Uit deze uitspraak blijkt (nogmaals) dat sms- en WhatsAppberichten op zowel werk- als privételefoons vallen onder de reikwijdte van de Wob en Archiefwet en dat op bestuursorganen een bewaar- en onderzoeksplicht rust. Volgens ons zijn bestuursorganen nu aan zet om deze verplichtingen te implementeren binnen hun organisaties. Nu duidelijk is dat de postvakken als geheel niet gearchiveerd hoeven te worden, maar dat navraag bij individuele ambtenaren volstaat, is het des te belangrijker dat die individuele ambtenaren weten waartoe zij verplicht zijn. Dit zou allereerst kunnen door de in de uitspraak genoemde Gedrags-

code en -regeling te actualiseren. Wij vragen ons echter af of het niet beter zou zijn als de overheid zou investeren in de kwaliteit van hun informatiehuishouding door ofwel vaker aan hun ambtenaren werktelefoons te verstrekken ofwel het gebruik van een andere werk-chat-app voor te schrijven. Door meer werktelefoons te verstrekken wordt de noodzaak om privételefoons voor werkgerelateerde zaken te gebruiken kleiner en kan dit beter en effectiever worden verboden. Daar komt bij dat het minder bezwaarlijk is om postvakken op werktelefoons wel te archiveren, nu het immers werktelefoons betreft. Daarnaast vinden wij dat de overheid zich niet te snel mag verschuilen onder de beperkte technische mogelijkheden om WhatsAppberichten te doorzoeken en archiveren. Als dat het geval is dan rust volgens ons op de overheid de verplichting om een voor ambtenaren werkbaar alternatief te ontwikkelen. Het is een feit dat ambtenaren de behoefte hebben om te chatten over werkgerelateerde zaken op hun privételefoon. Het is ook een feit dat die berichten vallen onder de reikwijdte van de Wob en Archiefwet en dus bewaard moeten worden. Volgens ons zou daarom het gebruik van een werk-chat-app voorgeschreven kunnen worden die alle daarop gewisselde berichten wel automatisch kan archiveren op de server van het bestuursorgaan. De werking is vergelijkbaar met het gebruik van je zakelijke e-mailaccount op je privételefoon: de daarop verzonden e-mails komen terecht op de e-mailserver van de overheid, maar de via je privé-e-mailadres verzonden e-mails niet. Een werk-chat-app die op vergelijkbare wijze alleen de werk-chats archiveert, kan zowel aan de behoefte om te appen als de juridische eisen voldoen. Deze praktische oplossingen (een werktelefoon of werk-chat-app) zijn volgens ons noodzakelijk, omdat de thans geformuleerde bewaarplicht (te) kwetsbaar is. Deze is immers afhankelijk van de bereidheid van de individuele ambtenaar om periodiek zijn chats te exporteren en archiveren.

A. Drahmman & M.H.A. Bakkum

Computerrecht 2021/6

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

23 november 2020, UTR 20/2315

(Mrs. J.J. Catsburg, P.J.M. Mol en M. Eversteijn)

m.nt. M. Jansen¹

(Art. 6 lid 1 sub f AVG, overweging 47 AVG, art. 85 AVG jo. art. 43 UAVG)

ECLI:NL:RBMNE:2020:5111

De rechtbank Midden-Nederland vernietigt het besluit van de Autoriteit Persoonsgegevens tot het opleggen van een bestuurlijke boete van € 575.000,- aan VoetbalTV.

Volgens de Autoriteit Persoonsgegevens zou VoetbalTV zonder rechtmatige grondslag video-opnames hebben gemaakt van amateurvoetbalwedstrijden. Volgens de rechtbank baseert de Autoriteit Persoonsgegevens zich op een verkeerde uitleg van het begrip gerechtvaardigd belang. Ook is het boetebesluit onzorgvuldig genomen, nu de Autoriteit Persoonsgegevens is gestopt bij de vaststelling dat VoetbalTV geen gerechtvaardigd belang zou hebben. Het beroep van VoetbalTV op de journalistieke exceptie wordt verworpen.

Uitspraak in de zaak tussen: VoetbalTV B.V., gevestigd te Amsterdam, eiseres en Autoriteit Persoonsgegevens, verweerder

Procesverloop

(...)

Overwegingen

Inleiding

1. (...) gelet op artikel 8:22, tweede lid van de Awb, [is] artikel 27, tweede lid, van de Faillissementswet niet van toepassing. Het beroep van eiseres kan dus ondanks haar faillissement door de rechtbank worden behandeld. (...)

3. VoetbalTV is een videoplatform voor het amateurvoetbal. Eiseres maakt in opdracht van voetbalclubs videoregistraties van wedstrijden in het amateurvoetbal. (...) Op het VoetbalTV-platform kan men voetbalmomenten terugkijken, wedstrijden analyseren, gegevens verzamelen en delen met anderen. Een eigen redactie van eiseres verzamelt verder 'highlights' zoals doelpunten en kansen en vertoont deze. Bovendien kunnen trainers/analisten gebruik maken van een analysetool.

4. Verweerder heeft onderzoek gedaan naar de privacy van spelers en toeschouwers. Dit onderzoek heeft geleid tot een concept onderzoeksrapport van 15 mei 2019 en, nadat eiseres een zienswijze heeft ingediend, tot een definitief onderzoeksrapport van 6 november 2019, waarin verweerder concludeert dat eiseres onrechtmatig persoonsgegevens verwerkt. Verweerder heeft op 22 november 2019 het voornemen uitgebracht om tot handhaving over te gaan. Omdat een besluit tot handhaving uitbleef, heeft eiseres op 20 mei 2020 beroep tegen het niet-tijdig beslissen ingesteld. Verweerder heeft vervolgens op 16 juli 2020 het bestreden besluit genomen.

Over het beroep tegen het niet-tijdig beslissen

5. Het door eiseres ingestelde beroep tegen het niet-tijdig beslissen heeft van rechtswege mede betrekking op het bestreden besluit. Eiseres heeft geen belang meer bij een beoordeling van haar beroep tegen het niet-tijdig beslissen, omdat er inmiddels een besluit is genomen. Daarom verklaart de rechtbank het beroep tegen het niet-tijdig beslissen niet-ontvankelijk.

¹ Mr. drs. Mark Jansen is advocaat bij Dirkzwager legal & tax.