

Informatie

JB 2012/133 CBB, 02-04-2012, AWB 11/340 A, LJN BW0618

Beperkte kennisneming, Gewichtige redenen, Openbaarmaking, Anonimisering, Persoonsgegevens, Wet openbaarheid van bestuur, Publicatie tussenbeslissing, Herziening

<b>Aflevering</b>	2012 afl. 7
<b>College</b>	College van Beroep voor het bedrijfsleven
<b>Datum</b>	2 april 2012
<b>Rolnummer</b>	AWB 11/340 A LJN BW0618
<b>Rechter(s)</b>	mr. Stuldreher
<b>Partijen</b>	Koninklijke KPN N.V. en KPN B.V., te Den Haag (hierna: KPN), gemachtigde: mr. P.V. Eijsvoogel, advocaat te Amsterdam, tegen de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), verweerster, gemachtigden: mr. G.M. Szakaly en mr. F. de Ruijter, beiden werkzaam bij OPTA. Aan welk geding tevens als partij deelneemt: Tele2 Nederland B.V., te Diemen (hierna: Tele2), gemachtigden: mr. M. Geus en mr. drs. D.P. Kuipers, beiden advocaat te Den Haag.
<b>Noot</b>	<i>S.M.C. Nuyten en H.P. Wiersema</i>
<b>Trefwoorden</b>	Beperkte kennisneming, Gewichtige redenen, Openbaarmaking, Anonimisering, Persoonsgegevens, Wet openbaarheid van bestuur, Publicatie tussenbeslissing, Herziening
<b>Regelgeving</b>	Awb - 8:29; lid 1, 2 en 3 Awb - 8:31 Awb - 8:42 Awb - 8:62 Awb - 8:78 Awb - 8:88 Wob - 10; lid 2 sub e

» **Samenvatting**

In hetgeen OPTA door middel van voornoemde brief van KPN ter adstructie van de mededeling ingevolge art. 8:29, eerste lid, Awb heeft aangevoerd, ziet het College geen aanleiding om zijn eerdere beslissing van 12 oktober 2011 te herzien. Daartoe overweegt het College dat, hoewel OPTA bij brief van 12 september 2011 uitdrukkelijk in de gelegenheid is gesteld een nadere toelichting te geven omtrent het vertrouwelijk karakter van onder meer de persoonsgegevens, zij in haar reactie van 30 september 2011 niet heeft gemotiveerd waarom het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken KPN-medewerkers dient te prevaleren boven het belang van openbaarheid van de betreffende stukken, zoals het College in zijn beslissing van 12 oktober 2011 ook heeft overwogen.

Het College ziet geen reden om aan te nemen dat de door OPTA door middel van voornoemde brief van KPN gegeven motivering van de onderhavige mededeling ingevolge art. 8:29, eerste lid, Awb door OPTA redelijkerwijs niet had kunnen worden ingebracht voordat het College op 12 oktober 2011 zijn beslissing op grond van art. 8:29, derde lid, Awb nam. In die brief is sprake van een zuiver juridisch betoog aan de hand van gegevens die reeds bekend waren of bekend hadden kunnen zijn bij OPTA voordat evengenoemde beslissing werd genomen. Naar het oordeel van het College is derhalve geen sprake van bijzondere omstandigheden die nopen tot herziening van de beslissing van 12 oktober 2011. Het College acht beperking van de kennisneming van voornoemde stukken dan ook niet gerechtvaardigd.

beslissing/besluit

**» Uitspraak****1. De procedure**

Bij besluit van 13 oktober 2010 (kenmerk: OPTA/AM/2010/202963) heeft OPTA het handavingsverzoek van Tele2 aangaande de beweerdelijke overtreding door KPN van de op grond van het marktanalysebesluit Vaste Telefonie op haar rustende verplichtingen afgewezen.

Op 17 november 2010 heeft KPN tegen dit besluit bezwaar gemaakt en zich voorts tot de voorzieningenrechter van het College gewend met het verzoek om bij wijze van voorlopige voorziening het bestreden besluit te schorsen tot zes weken na de beslissing van OPTA op het bezwaarschrift, althans een dusdanige voorlopige maatregel te treffen dat aan de belangen van KPN wordt tegemoet gekomen.

Bij uitspraak van 20 december 2010 (AWB 10/1256; [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), LJN: BO7997) heeft de voorzieningenrechter van het College het verzoek om voorlopige voorziening afgewezen.

Gelet op het bepaalde in artikel 17.1, eerste lid, van de Telecommunicatiewet en in het licht van de uitspraak van de voorzieningenrechter van 20 december 2010 heeft OPTA het bezwaarschrift van KPN bij brief van 29 april 2011 aan het College doorgezonden teneinde dit als beroepschrift in behandeling te nemen.

KPN heeft de gronden van het beroep aangevuld en OPTA heeft verweer gevoerd.

Bij brief van 31 augustus 2011 heeft OPTA de op de zaak betrekking hebbende stukken toegezonden. Ten aanzien van de vertrouwelijke versies van een aantal van deze gedingstukken heeft OPTA met verwijzing naar artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) medegedeeld dat uitsluitend het College kennis zal mogen nemen van deze stukken.

Bij beslissing van 12 oktober 2011 heeft het College beslist dat de beperking van de kennisneming van de op de zaak betrekking hebbende stukken gerechtvaardigd is, met uitzondering van de – voor zover hier van belang – door OPTA als vertrouwelijk aangemerkte persoonsgegevens van KPN-medewerkers. OPTA is verzocht om - met inachtneming van hetgeen in genoemde beslissing is overwogen – nieuwe openbare versies van de betreffende stukken over te leggen.

Bij brief van 21 oktober 2011 heeft OPTA de op de zaak betrekking hebbende stukken waarvan het College in haar beslissing van 12 oktober 2011 tot het oordeel is gekomen dat de beperking van de kennisneming niet gerechtvaardigd is, wederom aan het College toegezonden. In haar brief heeft OPTA opgemerkt dat KPN niet akkoord kan gaan met openbaarmaking van de persoonsgegevens van haar medewerkers. Gelet hierop heeft OPTA – onder verwijzing naar een door haar overgelegde brief van KPN van 21 oktober 2011 – andermaal medegedeeld dat in zoverre uitsluitend het College van de navolgende stukken kennis zal nemen:

- B6 Brief van OPTA aan KPN van 30 september 2010 (A16);
- B7 E-mail van KPN aan OPTA van 1 oktober 2010 (A17);
- B8 E-mail van KPN aan OPTA van 1 oktober 2010 (A18);
- B9 E-mail van KPN aan OPTA en brief van KPN aan OPTA van 4 oktober 2010 (A19);
- B10 Brief van OPTA aan KPN van 6 oktober 2010 (A20);
- B11 Conceptbesluit van 11 oktober 2010;
- B12 Zienswijze van KPN op conceptbesluit van 12 oktober 2010 (A23);
- B14 Besluit van 13 oktober 2010 (A25)
- B17 Sheetpresentatie KPN 'Tariefaanpassing WLR 2010 Q4' van 27 juli 2010 (A26).

**2. Overwegingen**

2.1 Ter beoordeling staat de vraag of de beperking van de kennisneming van de door OPTA als vertrouwelijk aangemerkte stukken in dit geding gerechtvaardigd is. Het College overweegt daarover het volgende.

2.2 Ingevolge het bepaalde bij artikel 19, eerste lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie juncto artikel 8:29, eerste lid, Awb, voor zover hier van belang, kunnen partijen die verplicht zijn stukken over te leggen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, het College mededelen dat uitsluitend het College van die stukken kennis zal mogen nemen. Uit het derde lid van dit artikel volgt dat het College beslist of de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.

2.3 In de beslissing van 12 oktober 2011 heeft het College het volgende overwogen:

"In de onderhavige bodemprocedure heeft het College OPTA bij brief van 12 september 2011 in de gelegenheid gesteld een nadere toelichting te geven omtrent de vertrouwelijkheid van de op de zaak betrekking hebbende stukken. In haar brief van 30 september 2011 heeft OPTA gepersisteerd bij de vertrouwelijkheid van persoonsgegevens van KPN-medewerkers. Zoals het College reeds eerder heeft beslist met betrekking tot soortgelijke persoonsgegevens als hier aan de orde zijn (zie: beslissing op grond van artikel 8:29, derde lid, Awb van 22 december 2005 in de zaken AWB 05/83, 05/85, 05/86 en 05/88, [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), LJN: AU8623) acht het College ook in dit geval de door OPTA gevraagde beperking van de kennisneming in beginsel niet gerechtvaardigd wat betreft – onder meer – in brieven of gespreksverslagen genoemde namen. Ingevolge artikel 10, tweede lid, Wob blijft het verstrekken van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. OPTA heeft niet gemotiveerd waarom in dit geval het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken KPN-medewerkers dient te prevaleren boven het belang van openbaarheid van de op onderhavige juridische procedure betrekking hebbende stukken. Daar komt bij dat de omstandigheid dat OPTA een verzoek om informatie ingevolge artikel 10, tweede lid, Wob zou kunnen afwijzen, niet zonder meer doorslaggevend is om een beroep op geheimhouding gerechtvaardigd te achten. In zodanig geval kan een beroep op artikel 8:29 Awb eerst gerechtvaardigd zijn indien sprake is van gewichtige redenen als bedoeld in die bepaling. Van zodanige gewichtige redenen is het College niet gebleken. Het College acht beperking van de kennisneming van voornoemde stukken dan ook niet gerechtvaardigd."

2.4 Bij haar mededeling ingevolge artikel 8:29, eerste lid, Awb heeft OPTA verwezen naar de brief van KPN aan het College van 21 oktober 2011. In deze brief licht KPN toe waarom naar haar mening de persoonlijke levenssfeer van de betrokken medewerkers in dit geval dient te prevaleren boven het belang van Tele2 om kennis te kunnen nemen van de in de betreffende stukken genoemde namen van de KPN-medewerkers.

KPN voert aan dat OPTA een verzoek om openbaarmaking ingevolge de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) van de betreffende stukken – onder verwijzing naar de uitzonderingsgrond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, Wob – gelet op jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State met betrekking tot die grond zou kunnen afwijzen. KPN meent dat verstrekking van de namen van de werknemers van KPN die betrokken zijn bij het feitencomplex dat onderwerp is van het onderhavige handhavingsonderzoek door OPTA in dit geval achterwege dient te blijven. Het gaat om de identiteit van de werknemers van KPN, zodat de persoonlijke levenssfeer van deze medewerkers in het geding is. Omdat het handhavingsonderzoek door OPTA zich niet richt tot de betrokken natuurlijke personen maar tot de onderneming KPN, is kennisname van de namen van de betrokken KPN-medewerkers voor Tele2 niet noodzakelijk om haar belangen naar behoren te kunnen bepleiten, aldus KPN.

2.5 In hetgeen OPTA middels voornoemde brief van KPN ter adstructie van de mededeling ingevolge artikel 8:29, eerste lid, Awb heeft aangevoerd, ziet het College geen aanleiding om zijn eerdere beslissing van 12 oktober 2011 te herzien. Daartoe overweegt het College dat, hoewel OPTA bij brief van 12 september 2011 uitdrukkelijk in de gelegenheid is gesteld een nadere toelichting te geven omtrent het vertrouwelijk karakter van onder meer de persoonsgegevens, zij in haar reactie van 30 september 2011 niet heeft gemotiveerd waarom het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken KPN-medewerkers dient te prevaleren boven het belang van openbaarheid van de betreffende stukken, zoals het College in zijn beslissing van 12 oktober 2011 ook heeft overwogen. Het College ziet geen reden om aan te nemen dat de door OPTA middels voornoemde brief van KPN gegeven motivering van de onderhavige mededeling ingevolge artikel 8:29, eerste lid, Awb door OPTA redelijkerwijs niet had kunnen worden ingebracht voordat het College op 12 oktober 2011 zijn beslissing op grond van artikel 8:29, derde lid, Awb nam. In die brief is sprake van een zuiver juridisch betoog aan de hand van gegevens die reeds bekend waren of bekend hadden kunnen zijn bij OPTA voordat evengenoemde beslissing werd genomen. Naar het oordeel van het College is derhalve geen sprake van bijzondere omstandigheden die nopen

tot herziening van de beslissing van 12 oktober 2011. Het College acht beperking van de kennisneming van voornoemde stukken dan ook niet gerechtvaardigd.

### **3. De beslissing**

Het College:

– beslist dat beperking van de kennisneming van stukken B6, B7, B8, B9, B10, B11, B12, B14 en B17 niet gerechtvaardigd is;

– verzoekt OPTA om – met inachtneming van hetgeen in deze beslissing alsmede in de beslissing van het College van 12 oktober 2011 is overwogen – binnen een week na verzending van deze beslissing nieuwe openbare versies van de hiervoor vermelde stukken over te leggen, onder gelijktijdige verzending van een afschrift daarvan aan KPN en Tele2.

#### **» Noot**

1. Deze beslissing en de hiervoor gepubliceerde beslissing van het CBb (12 oktober 2011, LJN: BW0616, gepubliceerd onder nr. 136) zien beide op de toepassing van art. 8:29 Awb. KPN stelde beroep in bij het CBb tegen een besluit van OPTA. OPTA was op grond van art. 8:42 Awb als bestuursorgaan verplicht de op de zaak betrekking hebbende stukken aan het CBb toe te zenden. Ten aanzien van een aantal van deze stukken heeft OPTA aan het CBb medegedeeld dat alleen het CBb daarvan kennis mag nemen omwille van – voor zover hier relevant – de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de in die documenten genoemde KPN-medewerkers. De aanleiding voor dit beroep op art. 8:29 Awb was mede gelegen in het feit dat TELE2 als derde-belanghebbende aan de procedure deelnam. Het CBb oordeelde op 12 oktober 2011 dat de beperkte kennisneming niet gerechtvaardigd was ten aanzien van de door OPTA als vertrouwelijk aangemerkte persoonsgegevens van KPN-medewerkers en verzocht OPTA alsnog openbare versies van deze documenten te overleggen. OPTA zond de stukken aan het CBb toe, maar vermeldde in de begeleidende brief dat KPN niet met openbaarmaking van de daarin vermelde persoonsgegevens akkoord kon gaan en deelde nogmaals mee dat uitsluitend het CBb van die gegevens uit de stukken kennis mocht nemen. Het CBb besloot op 2 april 2012 geen aanleiding te zien om zijn eerdere beslissing van 12 oktober 2011 te herzien. Beide beslissingen zijn op dezelfde dag op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) openbaar gemaakt.

2. De procedure waarin deze beslissingen zijn genomen, vormt onderdeel van een langlopend geschil. In het navolgende geven wij daarvan eerst een korte beschrijving. Vervolgens bespreken wij de toetsingskaders die het CBb in deze beslissingen heeft gehanteerd: het toetsingskader bij een herzieningsverzoek en het toetsingskader bij een art. 8:29 Awb-verzoek.

3. De beslissingen vormen onderdeel van een reeks procedures die is voortgekomen uit de aanbesteding van vaste telefoniediensten van een groot aantal overheidsorganen, aangeduid als OT2010 (zie [www.ot2010.nl](http://www.ot2010.nl)). De inschrijving voor deze aanbesteding sloot op 30 juli 2010 om 12.00 uur. Voor deze aanbesteding schreven drie partijen zich in, waaronder KPN en TELE2.

4. Op verzoek van KPN's retailafdeling heeft KPN ten behoeve van de aanbesteding OT2010 een actietarief geïntroduceerd voor het gebruik van het KPN-netwerk ("WLR-tarief"). Dit tarief brengt KPN ook in rekening aan andere aanbidders van vaste telefonie die voor hun diensten gebruik moeten maken van het KPN-netwerk, zoals TELE2. Het actietarief werd op 27 juli 2010 aan KPN retail bekendgemaakt. Op 30 juli om 11.00 uur werden het actietarief en een deel van de voorwaarden via een e-mailnieuwsbrief ook aan andere telefonieaanbidders, waaronder TELE2, bekendgemaakt. KPN heeft het actietarief betrokken in haar inschrijving voor OT2010, die zij op 30 juli 2010 om 11.34 uur deed. TELE2 heeft het actietarief door de late bekendmaking niet in haar inschrijving van 29 juli 2010 kunnen betrekken. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken heeft in augustus 2010 bericht voornemens te zijn de opdracht aan KPN te gunnen omdat haar inschrijving de economisch meest voordelige was.

5. TELE2 heeft de Staat in kort geding gedagvaard om deze gunning te voorkomen en heeft OPTA verzocht handhavend jegens KPN op te treden. TELE2 stelde dat KPN de door OPTA aan KPN opgelegde non-discriminatie- en transparantieplichting had geschonden. Die verplichting houdt in dat KPN ten aanzien van het gebruik van haar netwerk in gelijke omstandigheden geen onderscheid mag maken tussen haarzelf, haar dochterondernemingen of haar partnerondernemingen enerzijds en andere telefonieaanbidders die gebruikmaken van het KPN-netwerk anderzijds, ook niet bij het verstrekken van informatie.

6. OPTA neemt op 13 oktober 2010 een besluit: KPN heeft de non-discriminatieplichting geschonden. OPTA wijst voorts (zie ook besluit van OPTA van 1 juli 2011) het verzoek om

handhaving af omdat de overtreding inmiddels is beëindigd. De Staat trekt de voorlopige gunning aan KPN als gevolg van het besluit van OPTA in en kondigt aan voornemens te zijn de opdracht aan TELE2 te gunnen. KPN vecht het nieuwe gunningsvoornemen in een civiele procedure aan. Het strekt voor deze annotatie te ver om het verdere verloop van deze procedure te bespreken.

7. Zowel KPN als TELE2 hebben bezwaar gemaakt tegen het besluit van OPTA van 13 oktober 2010. KPN stelt dat OPTA ten onrechte heeft geoordeeld dat de non-discriminatieverplichting is geschonden en verzoekt het CBb bij haar bezwaar een voorlopige voorziening te treffen. De Voorzieningenrechter wijst het verzoek af (Vz. CBb 20 december 2010, LJN: BO7997). In deze uitspraak zet de Voorzieningenrechter uiteen dat het besluit van 13 oktober 2010 uit twee delen bestaat: de afwijzing van het handhavingsverzoek en een geschilbesluit op grond van art. 12.2, eerste lid, Telecommunicatiewet ('Tw'). Tegen de afwijzing van het handhavingsverzoek kan bezwaar worden gemaakt, tegen het geschilbesluit staat op grond van art. 17.1, eerste lid, Tw slechts beroep in eerste en enige aanleg open bij het CBb. Omdat het bezwaar van KPN volgens de Voorzieningenrechter slechts ziet op het deel van het besluit dat als geschilbesluit moet worden gezien, zendt OPTA na de uitspraak van de Voorzieningenrechter het bezwaar van KPN aan het CBb ter behandeling als beroep. De hiervoor gepubliceerde beslissingen zijn gegeven in deze beroepsprocedure bij het CBb.

8. Het bezwaar van TELE2 zag juist op de afwijzing van haar handhavingsverzoek en niet op het onderdeel dat door de Voorzieningenrechter van het CBb als geschilbesluit is aangemerkt. Dit bezwaar is door OPTA beoordeeld. TELE2 stelde dat haar handhavingsverzoek ten onrechte is afgewezen omdat de gevolgen van de overtreding blijven voortbestaan zo lang KPN niet wordt verplicht haar inschrijving in te trekken. OPTA heeft het bezwaar van TELE2 op 16 december 2011 gegrond verklaard en heeft een last onder dwangsom aan KPN opgelegd waarin KPN wordt opgedragen de inschrijving in te trekken.

9. Na vele procedures (zie voor een overzicht de uitspraken van de Voorzieningenrechter van het CBb van 6 februari 2012, LJN: BV2871 en van 5 september 2011, LJN: BR6671) trekt KPN conform de aan haar opgelegde last haar inschrijving in en maakt de Staat op 18 april 2012 bekend de opdracht aan TELE2 te gunnen.

10. Na deze beschrijving van de casus en het procesverloop, willen wij allereerst de verhouding van de drie beslissingen ex art. 8:29 Awb (bij de behandeling van de voorlopige voorziening en de twee hiervoor gepubliceerde beslissingen) ten opzichte van elkaar bespreken. Het is immers op zijn minst opmerkelijk te noemen dat in deze procedure in één rechterlijke fase, namelijk het beroep bij het CBb en de daarbij gevraagde voorlopige voorziening, drie maal is geoordeeld over het beroep van OPTA op art. 8:29 Awb. Zo'n beroep op art. 8:29 Awb wordt in de Procesregeling CBb aangeduid als een verzoek om geheimhouding (art. 6, lid 1). OPTA deed het eerste verzoek om geheimhouding van bepaalde dossierstukken bij de behandeling van de door KPN verzochte voorlopige voorziening. In de jurisprudentie is expliciet bepaald dat art. 8:29 Awb ook van toepassing is in een voorlopigevoorzieningsprocedure (ABRvS 30 december 1999, «JB» 2000/47). De beslissing van de voorzieningenrechter van het CBb op het verzoek van OPTA om geheimhouding als bedoeld in art. 8:29 Awb is niet op rechtspraak.nl gepubliceerd. Dat is niet opzienbarend, maar normaal. Zo'n beslissing van het CBb is immers een procesbeslissing. Dergelijke beslissingen worden in beginsel bij brief van de griffier aan partijen medegedeeld. Art. 6, lid 5 van de procesregeling van het CBb bepaalt dat van de beslissing op het verzoek om geheimhouding en de motivering daarvan binnen twee weken per brief mededeling wordt gedaan aan partijen. Het ligt volgens de Afdeling (ABRvS 4 augustus 1998, AB 1998, 421) en de Centrale Raad (CRvB 19 april 2005, «JB» 2005/196) zelfs niet in de rede deze beslissingen te vervatten in een afzonderlijke (tussen)uitspraak.

11. Overigens kunnen uit een oogpunt van rechtszekerheid vraagtekens worden gezet bij deze keuze: door beslissingen op verzoeken om geheimhouding te publiceren, ontstaat inzicht in het door de rechter toegepaste beoordelingskader. Uit het feit dat beslissingen over art. 8:29 Awb in de praktijk toch op rechtspraak.nl worden gepubliceerd, zoals de hiervoor gepubliceerde beslissingen, maar ook de beslissing van 22 december 2005 (LJN: AU8623) waarnaar in beide beslissingen wordt verwezen, lijkt naar voren te komen dat daaraan behoefte bestaat. Aan die behoefte zou echter ook kunnen worden voldaan door de beslissing en de motivering daarvan uitbreider op te nemen in de (eind)uitspraak. Die oplossing zou ook meer recht doen aan het feit dat in hoger beroep tegen de uitspraak ook de beslissingen aan de orde gesteld kunnen worden (zie art. 20, lid 4, aanhef en sub b Wbb). Helaas is de motivering van de beslissing op een art. 8:29 Awb-verzoek vaak niet in de uitspraak opgenomen. Daarmee wordt voorbijgegaan aan de uitdrukkelijke aanbeveling van de wetgever om te komen tot een beredeneerd en

voorspelbaar gebruik van deze bevoegdheid door de rechter (*Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 37*).

12. Hoewel de beslissing van de voorzieningenrechter op het verzoek om geheimhouding niet is gepubliceerd en de motivering van de beslissing niet is opgenomen in de uitspraak op de voorlopige voorziening, blijkt uit de beslissing van 12 oktober 2011 dat de voorzieningenrechter het verzoek om geheimhouding heeft gehonoreerd (zie r.o. 2.4). De voorzieningenrechter heeft daarbij benadrukt dat dat oordeel slechts geldt voor de voorlopigevoorzieningenprocedure bij het door KPN ingediende bezwaar en dat bij de behandeling van een eventueel in te stellen beroep tegen de beslissing die OPTA op het bezwaar van KPN zal nemen – kennelijk ging de voorzieningenrechter er in de 8:29 Awb-beslissing nog vanuit dat KPN bezwaar had gemaakt en oordeelde de voorzieningenrechter pas in de uitspraak op het verzoek dat het bezwaar van KPN als beroep moest worden aangemerkt – het verzoek om toepassing van art. 8:29 Awb geheel opnieuw zal worden beoordeeld. Dit uitgangspunt geldt voor het gehele oordeel van de voorzieningenrechter: de rechter die oordeelt over de bodemzaak is niet gebonden aan het oordeel van de voorzieningenrechter. Uit de beslissing van 12 oktober 2011 blijkt voorts (zie r.o. 2.5, met de verwijzing naar de beslissing van 20 december 2010 wordt bedoeld op de beslissing van 8 december 2010) dat de voorzieningenrechter reeds twijfels had over het verzoek tot geheimhouding van de namen van KPN-medewerkers. Vanwege de spoedeisendheid van de verzochte voorlopige voorziening, heeft de voorzieningenrechter het echter niet haalbaar geacht aan OPTA een nadere toelichting te vragen en heeft het verzoek toegewezen.

13. Bij de behandeling van het beroep heeft OPTA het beroep op art. 8:29 Awb opnieuw gedaan. Het CBb verzoekt OPTA om een nadere toelichting op het verzoek. OPTA geeft een nadere toelichting, maar het CBb ziet daarin geen aanleiding het verzoek om geheimhouding van persoonsgegevens van KPN-medewerkers te honoreren en verzoekt OPTA binnen een week alsnog versies van de documenten te overleggen waarin deze persoonsgegevens niet onleesbaar zijn gemaakt (beslissing van 12 oktober 2011). Met deze afwijzing van het verzoek van OPTA staat vast dat OPTA op grond van art. 8:42 Awb wettelijk verplicht is de bedoelde documenten aan het CBb te sturen zonder dat daarin persoonsgegevens onleesbaar zijn gemaakt.

14. OPTA stuurt bij brief van 21 oktober 2011 de documenten wederom aan het CBb toe. In de begeleidende brief verzoekt OPTA wederom om geheimhouding van persoonsgegevens in deze stukken. Ter onderbouwing verwijst OPTA naar een brief van KPN aan het CBb van 21 oktober 2011. Uit de beslissing van 21 oktober 2011 blijkt niet expliciet of in de door OPTA ingezonden stukken ook ditmaal de persoonsgegevens onleesbaar zijn gemaakt. Zou dat het geval zijn, dan had het CBb kunnen oordelen dat OPTA – vanwege de afwijzing van het verzoek om geheimhouding – niet voldeed aan haar plicht van art. 8:42 Awb en daaruit op grond van art. 8:31 Awb de gevolgtrekkingen kunnen maken die het CBb geraden voorkomen. Art. 6, lid 5 van de Procesregeling CBb wijst expliciet op die mogelijkheid. Maar ook als OPTA dit keer de persoonsgegevens niet had "gezwart" is nog niet voldaan aan de plicht van art. 8:42 Awb. Op grond van art. 6 Procesregeling CBb worden immers de stukken waarop het verzoek om geheimhouding betrekking heeft aan het bestuursorgaan ter beschikking gesteld indien het verzoek wordt afgewezen. Het bestuursorgaan dient na de afwijzing alsnog de stukken aan het procesdossier toe te voegen.

15. Het CBb past art. 8:31 Awb echter niet toe, maar neemt ook het nieuwe verzoek om geheimhouding van OPTA in behandeling. Het CBb overweegt in de beslissing van 2 april 2012 op dit verzoek dat "geen aanleiding [bestaat] om zijn eerdere beslissing van 12 oktober 2011 te herzien". Het CBb wijst erop dat OPTA naar aanleiding van haar eerste verzoek om geheimhouding in de gelegenheid is gesteld een nadere toelichting te geven, maar daarvan geen gebruik heeft gemaakt om te motiveren waarom het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de genoemde medewerkers dient te prevaleren boven het belang van openbaarheid van de betreffende stukken. Het CBb overweegt voorts dat de met de brief van KPN ingebrachte motivering ook voor de beslissing van 12 oktober 2011 ingebracht had kunnen worden, zodat "geen sprake [is] van bijzondere omstandigheden die nopen tot herziening van de beslissing van 12 oktober 2011".

16. Het tweede verzoek van OPTA lijkt door het CBb in behandeling te zijn genomen als een verzoek tot herziening van de beslissing van 12 oktober 2011. Ook de overweging dat de argumenten van KPN eerder naar voren gebracht hadden kunnen worden, wijst op het beoordelingskader van een herzieningsuitspraak. De Awb geeft echter geen grondslag voor herziening van een procesbeslissing. De herziening van art. 8:88 Awb is immers beperkt tot uitspraken en tussenuitspraken op grond van art. 8:80a Awb (bestuurlijke lus).

17. Tegen deze procesbeslissing kon evenmin (hoger) beroep worden ingesteld. Tegen een art. 8:29 Awb-beslissing van de rechtbank kan men slechts opkomen door beroep in te stellen tegen de einduitspraak. Tegen de art. 8:29 Awb-beslissing van het CBb staan geen rechtsmiddelen open. De wetgever overwoog over de appellabiliteit van art. 8:29 Awb-beslissingen: "Dat betekent, dat niet zelfstandig kan worden geappelleerd tegen beslissingen die de rechter in de loop van het proces heeft genomen. [...] In de gevallen waarin wel hoger beroep openstaat, kan uiteraard tegelijk met het hoger beroep tegen de uitspraak worden geklaagd over tussenbeslissingen." (*Kamerstukken II* 1991/92, 22 495, nr. 3, p. 37). De rechter kan in de uitspraak wel reageren op de in de procedure geuite bezwaren tegen de genomen procesbeslissing (zie bijvoorbeeld CBb 31 maart 2005, LJN: AT3578). Een herzieningsbeslissing lijkt echter veel verder te gaan dan de wetgever heeft voorzien. Het roept ook de vraag op of een volgend verzoek van OPTA wederom in behandeling zou worden genomen.

18. Naast de verhouding tussen de drie art. 8:29 Awb-beslissingen, willen wij ook kort ingaan op de wijze waarop het verzoek om geheimhouding van OPTA inhoudelijk is beoordeeld.

19. OPTA heeft haar verzoek om geheimhouding ex art. 8:29 Awb (voor zover hier van belang) gebaseerd op de vertrouwelijkheid van persoonsgegevens van KPN-medewerkers en daarbij verwezen naar art. 10, lid 2, aanhef en sub e van de Wet openbaarheid van bestuur ('Wob'). Ook KPN wijst in de brief aan het CBb op de Wob.

20. Op zichzelf is juist dat namen (thans) in de jurisprudentie meestal worden aangemerkt als persoonsgegevens en dat in het algemeen wordt aangenomen dat art. 10, lid 2, onder e Wob zich tegen openbaarmaking daarvan verzet (zie bijvoorbeeld ABRvS 4 mei 2010, *AB* 2010, 213). Het CBb lijkt te veronderstellen dat ook voor het afwegingskader van art. 10, lid 2, onder e Wob bijzondere, in dit geval betrokken belangen gesteld hadden moeten worden die maken dat aan eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer meer belang toekomt dan aan openbaarmaking van die gegevens, maar een dergelijke eis lijkt de Afdeling bij Wob-zaken niet (meer) te stellen.

21. Het CBb overweegt vervolgens terecht dat de aanwezigheid van een weigeringsgrond uit de Wob, nog niet betekent dat het verzoek om geheimhouding in deze procedure gehonoreerd dient te worden. De Wob-grens van art. 8:29, lid 2 Awb is een ondergrens: als openbaarmaking op grond van de Wob niet kan worden geweigerd, dan wordt een verzoek om geheimhouding in een procedure in elk geval niet gehonoreerd. Die ondergrens is logisch: waarom zou geheimhouding worden toegestaan als de geheim te houden informatie met een eenvoudig Wob-verzoek door een ieder kan worden verkregen?

22. Art. 8:29 Awb eist dat "gewichtige redenen" zich tegen het overleggen van de stukken verzetten. En dat is een zwaardere toets dan die voor weigering op grond van de Wob (M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Kluwer: Deventer 2011, p. 711). De reden hiervoor is dat met het toestaan van geheimhouding inbreuk wordt gemaakt op het recht van een procespartij om inzage te krijgen in alle op de zaak betrekking hebbende stukken, een recht dat voortvloeit uit het verdedigingsbeginsel (zie bijv. ABRvS 8 februari 2006, «JB» 2006/93; CBb 15 juni 2005, «JB» 2005/263 m.nt. G. Overkleeft-Verburg). De wetgever overwoog (ten aanzien van art. 7:4 Awb, waarin dezelfde termen worden gebruikt als in art. 8:29 Awb (zie lid 6 en lid 7)): "De bedoeling daarvan is om aan te geven, dat voor de weigering van inzage een sterkere grond aanwezig moet zijn dan de redenen waarom krachtens de Wet openbaarheid van bestuur een verzoek om informatie kan worden geweigerd. [...] Dit verschil berust op het feit dat het bij laatstgenoemde wet gaat om een recht van iedere burger, terwijl het hier een burger betreft die een procedure voert over een hem direct rakende aangelegenheid." (*Kamerstukken II* 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 149-150).

23. Bij de beoordeling van de gewichtige redenen wijst het CBb in de hiervoor gepubliceerde beslissingen op een beslissing van het CBb van 22 december 2005 (LJN: AU8623), waarin OPTA, KPN en TELE2 overigens ook waren betrokken. In die beslissing gaf het CBb de volgende algemene regel: "Naar het oordeel van het College is de door OPTA in deze zaken gevraagde beperking van de kennisneming in beginsel niet gerechtvaardigd wat betreft (a) in brieven of gespreksverslagen genoemde namen, (b) gegevens die ook in andere stukken voorkomen, terwijl in dat verband geen mededeling inzake beperking van de kennisneming is gedaan, (c) meningen en standpunten van partijen en derden, behalve indien en voorzover daaruit bedrijfsvertrouwelijke gegevens van die partij of derde blijken en (d) gegevens die van algemene bekendheid zijn, bijvoorbeeld omdat ze uit openbare stukken blijken."

24. Deze algemene regel volgt het CBB ook in de beslissing van 12 oktober 2011: geheimhouding van in brieven of gespreksverslagen genoemde namen wordt niet toegestaan. Van gewichtige redenen die nopen tot geheimhouding van de bedoelde persoonsgegevens is naar het oordeel van het CBB niet gebleken. OPTA en KPN hebben niet gemotiveerd waarom het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken KPN-medewerkers dient te prevaleren boven het belang van openbaarheid van de betreffende stukken in de betrokken procedure.

25. Bij het onderscheid tussen de afwijzing van een Wob-verzoek en de toewijzing van een art. 8:29 Awb-verzoek, zoals dat ook in deze beslissingen strikt wordt gemaakt, kunnen wel enige kanttekeningen worden geplaatst. Hoewel vanzelfsprekend groot belang moet worden toegekend aan de processuele rechten van de betrokken partij, is het onderscheid tussen de openbaarmaking op grond van de Wob en de geheimhouding op grond van art. 8:29 Awb niet altijd even goed te maken. Dat blijkt reeds uit de terminologie in de gepubliceerde beslissingen: het CBB verzoekt OPTA nieuwe "openbare" versies van de stukken te overleggen. Het CBB had beter kunnen spreken over "onbewerkte" versies, want met het inzenden van de betrokken processtukken zijn deze nog niet openbaar gemaakt. De openbaarmaking kan wel een gevolg zijn van de inzending. De zitting is immers in beginsel openbaar (art. 8:62 Awb) en de uitspraak wordt in het openbaar gedaan (art. 8:78 Awb). Het is zeer wel mogelijk dat in die uitspraak of bij de mondelinge behandeling gegevens openbaar worden gemaakt die het betrokken bestuursorgaan niet openbaar mocht maken. De uitspraak wordt vervolgens veelal ook op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) gepubliceerd. Op grond van de anonimiseringsrichtlijnen zullen daaruit echter de namen van natuurlijke personen, de gegevens waarover het in deze beslissingen ging, worden verwijderd. Helaas kent het bestuursprocesrecht naast de behandeling achter gesloten deuren geen instrumenten die alle betrokken procespartijen inzage geven in (volledige versies van) bepaalde documenten terwijl tegelijkertijd wordt gewaarborgd dat verdere bekendmaking daarvan, zowel bij de zitting als via de uitspraak, wordt voorkomen. Overigens blijkt zelfs bij behandeling achter gesloten deuren de verdere openbaarmaking door publicatie van de uitspraak niet steeds te voorkomen (zie CBB 24 april 2012, LJN: BW3574). In deze omstandigheden is het strikte onderscheid tussen openbaarmaking op grond van de Wob enerzijds en geheimhouding op grond van art. 8:29 Awb niet altijd even realistisch.

S.M.C. Nuyten en H.P. Wiersema, Advocaten bij NautaDutilh te Amsterdam