

MEMO

Van mr. ing. L.J. Wildeboer en mr. E.E. Baars

Aan PO-Raad, t.a.v. drs. M.H.M. Huigsloot

Datum 26 augustus 2015

Betreft: Wob - declaraties primair en voortgezet onderwijs

Inleiding

RTL heeft grote schoolbesturen in het primair en voortgezet onderwijs met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur (WOB) verzocht om informatie over de kosten van het College van Bestuur en van de afzonderlijke bestuursleden te verstrekken.

Naar aanleiding daarvan heeft u ons verzocht te adviseren over de vraag of de Wob van toepassing is op informatieverzoeken gericht aan stichtingen in het primair en voortgezet onderwijs, en zo ja, of en in hoeverre een beroep kan worden gedaan op de privacy van de individuele bestuurders om openbaarmaking te weigeren, en of alleen bestaande documenten openbaar hoeven te worden gemaakt.

Op basis van de door ons uitgevoerde analyse komen wij tot de conclusie dat voor de vraag of de besturen van scholen c.q. stichtingen voor het primair en voortgezet onderwijs zijn aan te merken als bestuursorgaan, onderscheid moet worden gemaakt tussen het openbaar en bijzonder onderwijs. Openbaar onderwijs valt wel onder de reikwijdte van de Wob, maar het bijzonder onderwijs niet. Betoogd kan worden dat samenwerkingsbesturen tot het bijzonder onderwijs behoren en de Wob daarop niet van toepassing is. Onder omstandigheden kan een beroep op het belang van de bescherming van de privacy van bestuursleden worden gedaan. De Wob verplicht niet tot het opstellen van documenten.

Voor onze analyse verwijzen wij u naar onderstaand advies.

1. Bestuursorgaan

1.1 Inleiding

In de eerste plaats rijst de vraag of besturen van scholen voor primair en voortgezet onderwijs onder de reikwijdte van de Wob vallen. Uit het Wob-verzoek kan worden afgeleid dat RTL twijfelt over de vraag of de Wob van toepassing is, maar dat zij er voorsnog vanuit gaat dat de Wob ook geldt voor private stichtingen.

1.2 Juridisch kader

Op grond van artikel 3 Wob kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf. De vraag of een overheidsorgaan een

bestuursorgaan is in de zin van artikel 1a Wob, moet beantwoord worden aan de hand van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Artikel 1:1 Awb omschrijft een bestuursorgaan als a) een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of b) een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

1.3 Private stichting

De Wob verwijst voor de definitie van het begrip bestuursorgaan naar de Awb, die dus twee soorten onderscheidt. Enerzijds zijn er bestuursorganen - a-organen - die krachtens publiekrecht zijn ingesteld. Daarnaast zijn er de zogenaamde of b-organen, oftewel de personen en colleges die niet krachtens publiekrecht zijn ingesteld, maar met openbaar gezag zijn bekleed voor specifieke taken. Hieruit volgt dat private stichtingen, waaronder stichtingen in het primair en voortgezet onderwijs, op zichzelf onder de reikwijdte van de Wob (kunnen) vallen.

1.4 Openbaar en bijzonder onderwijs

Voor de beantwoording van de vraag of de Wob van toepassing is, moet onderscheid worden gemaakt tussen stichtingen voor openbaar en bijzonder onderwijs.

Een stichting die een openbare school voor primair of voortgezet onderwijs in stand houdt, is op grond van artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs (Wpo) aan te merken als publiekrechtelijke rechtspersoon omdat zij kwalificeert als openbare rechtspersoon (art. 47 (Wpo) of als rechtsopvolger van de gemeente (art. 48 Wpo).¹ Om die reden is het bestuur van een school voor primair openbaar of voortgezet onderwijs een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb (a-orgaan). Zij vallen daarom onder de reikwijdte van de Wob.

Voor het bijzonder onderwijs ligt dit evenwel anders, aangezien een bijzondere school door een privaatrechtelijke rechtspersoon in stand wordt gehouden. Het betreft geen krachtens het publiekrecht ingestelde rechtspersoon. Het bestuur van een bijzondere school is om die reden geen bestuursorgaan (a-orgaan) in de zin van de Awb, tenzij daardoor openbaar gezag uitgeoefend wordt, in welk geval het betreffende orgaan in principe als incidenteel bestuursorgaan (b-orgaan) gekwalificeerd moet worden.

Door de wetgever wordt in het kader van de aanpassing van de onderwijswetgeving aan de Awb algemeen aangenomen dat besturen van bijzondere onderwijsinstellingen buiten de reikwijdte van de Awb vallen, omdat zij niet zijn aan te merken als bestuursorgaan.² Zij kennen een privaatrechtelijke grondslag en besluiten van hun organen worden door het privaatrecht beheerst. Daarnaast ontbreekt een overwegende invloed van publiekrechtelijke organisaties op het beheer van de instellingen van bijzonder onderwijs. Ten slotte zijn aan instellingen van bijzonder onderwijs geen overheidstaken opgedragen en zijn daarvoor geen bevoegdheden toegekend. Om die reden is het bevoegd gezag c.q. het bestuur van een school voor bijzonder onderwijs niet met openbaar gezag bekleed (b-orgaan) in de zin van artikel 1:1 van de Awb. Zij vallen om die reden buiten de reikwijdte van de Wob.

Wij tekenen hierbij wel aan dat voor zover ons bekend er in de sfeer van de Wob op dit punt nog geen rechtspraak beschikbaar is. Wel zou een vergelijking kunnen worden getrokken met rechtspraak omtrent beslissingen van bijzondere instellingen voor hoger onderwijs en universiteiten. Wij verwijzen

¹ Een soortgelijke regeling geldt ook voor het speciaal openbaar onderwijs krachtens de Wet op de expertisecentra (Wec) en het voortgezet onderwijs krachtens de Wet op het voortgezet onderwijs (Wvo).

² TK 1990/91, 22 061, nr. 3, p. 59.

daarvoor onder andere naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 19 juli 2006.³ Daarin is geoordeeld dat, behoudens een enkele uitzondering, bijzondere instellingen voor hoger onderwijs geen bestuursorgaan zijn en niet vallen onder de Awb.⁴

Onder omstandigheden kan een bestuur van een bijzondere school derhalve besluiten nemen in de zin van de Awb. Het betreft hier (afgifte getuigschrift) echter geen besluiten van het bestuur van een bijzondere school maar van een ander bestuursorgaan (college van beroep voor de examens). Om die reden zal deze rechtspraak naar onze mening niet van invloed zijn op de uitleg van het begrip bestuursorgaan in de Wob.

1.5 Samenwerkingsbestuur

De Wpo bevat de mogelijkheid om de instandhouding van een of meer openbare en een of meer bijzondere scholen op te dragen aan een stichting die ten doel heeft het geven van openbaar onderscheidenlijk bijzonder onderwijs (artikel 17 Wpo, artikel 28 Wec en artikel 53c Wvo). De stichting oefent daarbij alle taken en bevoegdheden van het bevoegd gezag uit.

De stichting is een privaatrechtelijk rechtspersoon. Het samenwerkingsbestuur van zo'n stichting wordt ingesteld krachtens privaatrecht. De stichting kan daarom slechts kwalificeren als bestuursorgaan (b-orgaan) in de zin van de Awb, voor zover zij met openbaar gezag is bekleed. Dit openbaar gezag wordt uitgeoefend bij besluiten ten aanzien van een openbare school en het openbare onderwijs. Voorbeelden waarbij sprake is van uitoefening van openbaar gezag door het samenwerkingsbestuur zijn besluiten ten aanzien van het openbaar onderwijs.

Als het bevoegd gezag beslissingen neemt aangaande een bijzondere school of bijzonder onderwijs, gaat het om is sprake van privaatrechtelijke grondslag.

Op grond hiervan moet ermee rekening worden gehouden dat het samenwerkingsbestuur voor wat betreft het openbaar onderwijs als bestuursorgaan moet worden aangemerkt en daarmee valt onder de reikwijdte van de Wob.

Niettemin zou een vergelijking kunnen worden gemaakt met de samenwerkingsschool krachtens artikel 17d Wpo, artikel 28j Wec of artikel 53d Wvo. De wetgever heeft immers met de wijziging van enige onderwijswetten inzake samenwerkingsscholen ervoor gekozen om een bestuur van een samenwerkingsschool voor de toepassing van wettelijke bepalingen te beschouwen als bijzondere school. Daarvoor was bepalend dat het gaat om een (privaatrechtelijke) stichting en het personeel werkzaam is op grond van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Dat is bij een samenwerkingsbestuur krachtens artikel 17 Wpo niet anders. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de regering voor wat betreft de samenwerkingsscholen aansluiting gezocht bij het standpunt van de Onderwijsraad.⁵ De Onderwijsraad is van mening dat voor samenwerkingsscholen - door de min of meer gelijkwaardige samenwerking tussen de besturen van de scholen voor openbaar en bijzonder onderwijs - de Awb niet van toepassing dient te zijn.

Op grond hiervan menen wij dat er goede gronden zijn om te bepleiten dat de Wob niet van toepassing is op samenwerkingsbesturen, net als bij samenwerkingsscholen. De Onderwijsraad sluit echter niet uit

³ ABRvS 19 juli 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY4273.

⁴ Zie bijv. ook ABRvS 17 juli 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA6722 (Amsterdamse Hogeschool voor de Kunsten), en ABRvS 18 mei 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AT5665 (Haagse Hogeschool).

⁵ TK 2009/10, 32 134, nr. 3, p. 14.

dat dat (het bestuur van) de stichting waaronder een samenwerkingschool ressorteert voor zover het openbaar onderwijs betreft aangemerkt zal moeten worden als bestuursorgaan.

U zult er dan ook rekening mee moeten houden dat de rechter dit ook aanneemt in het geval het bestuur van een samenwerkingschool de door RTL gevraagde informatie weigert, omdat de Wob niet van toepassing zou zijn en RTL daartegen bezwaar en beroep aantekent. Dit risico bestaat omdat een samenwerkingsbestuur – net als een samenwerkingschool overigens - een hybride karakter heeft, waarbij de Awb van toepassing is op besluiten betreffende het openbaar onderwijs en het privaatrecht op besluiten betreffende het bijzonder onderwijs, hetgeen door de Onderwijsraad ook is erkend, maar onwenselijk is geacht, hetgeen bepalend is geweest voor de keuze van de regering.

Op grond van het voorgaande menen wij dat op goede gronden betoogd zou kunnen worden dat een samenwerkingsbestuur niet onder de reikwijdte van de Wob valt omdat het bestuur van de stichting niet met openbaar gezag is bekleed en derhalve niet als bestuursorgaan kan worden gekwalificeerd.

2. Bestuurlijke aangelegenheid

Het informatieverzoek van RTL heeft betrekking op het verkrijgen van declaraties ten behoeve van het bestuur en bestuursleden, oftewel de 'bonnetjes'. Voor zover het gaat om declaraties van (de leden van) een bestuursorgaan die in de uitoefening van hun ambt zijn ingediend en gehonoreerd, worden aangemerkt als documenten over een bestuurlijke aangelegenheid in de zin van de Wob. In zoverre is er geen grond om het informatieverzoek van RTL af te wijzen, voor zover de Wob van toepassing is, namelijk voor besturen van openbare scholen voor primair en voortgezet onderwijs.

3. Bescherming privacy

3.1 Juridisch kader

Uitgangspunt van de Wob is dat informatie van de overheid openbaar is. Er zijn echter uitzonderingen op grond waarvan openbaarmaking van informatie kan worden geweigerd. Daarvoor bevat de Wob in de artikelen 10 en 11 een aantal weigeringsgronden. Artikel 10, tweede lid, onder e van de Wob heeft betrekking op het beschermen van de persoonlijke levenssfeer. Het uitgangspunt bij artikel 10, tweede lid, onder e Wob is dat de informatie enkel kan worden geweigerd indien die informatie herleidbaar is tot een natuurlijke persoon. In de memorie van toelichting op de Wob (19 859, nr 3, p. 36) is vermeld dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ook toekomt aan bestuurders. Per concreet geval zal moeten worden bekeken of zijn of haar persoonlijke levenssfeer in het geding zal komen en zo ja, of aan die omstandigheid zodanig gewicht moet worden toegekend dat het belang van openbaarheid daarvoor moet wijken. Op grond van de Wob dient een belangenafweging te worden gemaakt tussen het op grond van de Wob vooronderstelde belang bij publieke openbaarheid en bijvoorbeeld het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Alleen in het geval het belang van privacy zwaarder weegt, bestaat er blijkens de Wob grond om openbaarmaking van de gevraagde informatie te weigeren.

3.2 Declaraties en persoonlijke levenssfeer

Voor wat betreft het beroepsmatig functioneren van de besturen van de scholen voor primair en voortgezet onderwijs en de openbaarmaking van declaraties, heeft de uitspraak omtrent de 'bonnetjes' van minister Bram Peper de contouren voor de beoordeling van informatieverzoeken krachtens de

Wob uitgezet.⁶ In die zaak is geoordeeld dat ook voor zover het gaat om declaraties de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer aan de orde kan zijn, ondanks dat het gaat om uitgaven die zijn gedaan in het kader van de uitoefening van een publieke functie. Schoolbesturen voor primair en voortgezet onderwijs zouden onder omstandigheden met een beroep op de bescherming van de privacy de gevraagde declaraties en bonnetjes kunnen weigeren, mits kan worden onderbouwd dat het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van bij de aangelegenheid betrokken personen zwaarder weegt dan het belang bij publieke openbaarheid. Bij verzoeken om informatie zal in de praktijk echter niet zo snel een beroep op de bescherming van de privacy van de bestuurders kunnen worden gedaan, omdat de persoonlijke levenssfeer in veel gevallen niet direct in het geding is. Dit kan onder omstandigheden wel zo zijn.

Zo zou kunnen worden beargumenteerd dat de informatie op de bonnen en nota's, voor zover die ziet op de genuttigde spijzen en dranken, moet worden gezien als een persoonlijk keuze die ligt in het privédom van betrokkene, in het bijzonder als deze keuze wordt bepaald door levensbeschouwelijke, religieuze, medische en/of gezondheidsredenen van de individuele betrokkene. Het betreft hier een voorbeeld uit onze praktijk, waarvan wij echter niet kunnen garanderen dat dit argument zal slagen, zo die in dit geval al zou kunnen worden gehanteerd, aangezien deze redeneering niet door de rechter is getoetst.

Voorts heeft de Afdeling bestuursrechtspraak⁷ bijvoorbeeld geoordeeld in een zaak over een verzoek tot openbaarmaking van de rittenadministratie van een minister, dat gegevens over plaatsen en personen die een minister bijvoorbeeld bezocht in privéomstandigheden met gebruikmaking van de dienstauto, met een beroep op de persoonlijke levenssfeer mogen worden geweigerd omdat het belang dat met het verstrekken van de gevraagde informatie is gediend, daar in dit geval niet tegen opweegt.

In het kader van deze belangenafweging zal voor wat betreft de bestuurders van scholen voor primair en voortgezet onderwijs, worden meegewogen dat zij reeds uit hoofde van hun functie zichzelf in de openbaarheid presenteren, bijvoorbeeld via de website van de betrokken school of scholengemeenschap. Op basis hiervan verwachten wij dat het moeilijk zal zijn om te voorkomen dat openbaarmaking van de namen van de bestuurders geweigerd kan worden. In de rechtspraak met betrekking tot de namen van ambtenaren wordt namelijk in beginsel aangenomen dat daar waar het gaat om het beroepshalve functioneren van ambtenaren, het belang van eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer slechts in beperkte mate aan openbaarmaking in de weg staat.⁸

3.3 Conclusies en aanbevelingen

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer (weigeringsgrond in artikel 10 Wob) kan van invloed zijn op de vraag of de gevraagde informatie c.q. documenten wel of niet moeten worden verstrekt. De mogelijkheden om met een beroep op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer openbaarmaking te weigeren zijn naar onze inschatting echter beperkt nu uit de meeste uitgaven geen directe relatie blijkt met de persoonlijke levenssfeer voor zover deze zijn gedaan in de uitoefening van hun functie.

Niettemin zouden de besturen van (openbare) scholen kunnen proberen om de persoonsgegevens, oftewel de namen van de bestuurders, met een beroep op artikel 10, eerste lid, onder d, Wob te

⁶ ABRvS 25 april 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA5630.

⁷ ABRvS 15 juni 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX9049.

⁸ Zie bijv. ABRvS 4 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:982.

weigeren, door dat deel van de documenten zwart te maken. Ook in dat geval moet de persoonlijke levenssfeer in het geding zijn, hetgeen een beroep op die weigeringsgrond in de praktijk inperkt.

Voor zover men informatie over individuele bestuurders zoveel mogelijk wenst te beperken, zou verder mogelijk kunnen worden volstaan met de openbaarmaking van alleen de bonnetjes, waardoor mogelijk niet direct een relatie met een individuele bestuurder ontstaat, maar daarmee alleen inzicht wordt gegeven in de door het bestuur als geheel gemaakte kosten. Het Wob-verzoek van RTL verzoekt immers om alle bonnetjes van het bestuur als geheel en niet specifiek om de declaraties van de individuele bestuurders. Dit is wellicht niet goed mogelijk als ook sprake is van individuele declaratie-formulieren, waar door RTL ook om wordt verzocht, daar waar wordt gesproken van de 'onderliggende declaratie', althans zo begrijpen wij het verzoek van RTL.

5. Eens openbaar, altijd openbaar

Ingevolge de Wob is informatie die reeds openbaar is, voor een ieder openbaar. Voor zover informatie die door RTL is gevraagd al via het jaarverslag of op andere wijze openbaar is gemaakt, hoeft die informatie derhalve niet opnieuw openbaar te worden gemaakt en kan met verwijzing daarnaar worden volstaan. Ook informatie die eerder aan anderen openbaar is gemaakt, is voor een ieder openbaar. Voor zover die informatie niet op andere wijze toegankelijk is, dient die informatie alsnog aan RTL ter beschikking te worden gesteld.

4. Vergaarplicht

De Wob kent geen vergaarplicht. Dat betekent dat informatie die niet is neergelegd in een document⁹ niet onder de reikwijdte van de Wob valt. Evenmin hoeven eventuele vragen te worden beantwoord, nu dit niet ziet op informatieverstrekking in de zin van de Wob. De Wob heeft slechts betrekking op het verstrekken van documenten.

5. Ten slotte

Wij willen er ten slotte nog op wijze dat steeds meer overheidsinstellingen om reden van transparantie (inmiddels) uit eigen beweging inzage verlenen in de declaraties door deze openbaar te maken, in veel gevallen via de website. Dit onder het motto dat men niets te verbergen heeft. Ook de schoolbesturen voor primair en voortgezet onderwijs zouden die vlucht naar voren kunnen kiezen. RTL preludeert daar ook op in haar verzoek, vanwege de twijfel over de vraag of de schoolbesturen voor primair en voortgezet onderwijs wel onder de Wob vallen. Hiermee kan overigens ook worden voorkomen dat alsnog op allerlei Wob-verzoeken moet worden beslist, aangezien die informatie al openbaar is gemaakt (zie ook par. 5 van deze notitie). Dit is echter niet zozeer een juridische afweging. Door zich te beroepen op allerlei (formele) argumenten op grond van de Wob, zou in de media onbedoeld het beeld kunnen ontstaan dat de schollen mogelijk iets te verbergen hebben. Het verdient dan ook aanbeveling dit ook te betrekken bij de afweging hoe met de verzoeken van RTL om te gaan. Daarbij moet men bedenken dat wanneer scholen de gevraagde informatie om welke reden dan ook wensen niet wensen openbaar te maken, RTL van die beslissing(en) in bezwaar en beroep zal gaan, hetgeen ook (extra) publiciteit genereert, met als onbedoeld gevolg dat daardoor meer publiciteit ontstaat dan in het geval de gevraagde informatie zou zijn verstrekt. De keuze om al dan niet mee te werken aan

⁹ Artikel 1, aanhef en onder a, van de Wob beschrijft een document als 'een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat'. De vorm van informatie – gedrukt of in elektronische vorm – doet niet ter zake. Het begrip 'document' dient derhalve ruim te worden uitgelegd.

openbaarmaking, ongeacht of de Wob daartoe verplicht, zou ook (mede) kunnen afhangen van de vraag of er (veel) misstanden of buitenproportionele declaraties worden verwacht. Het zou dan ook goed zijn om daar enige aandacht te besteden bij de afweging hoe verder met de Wob-verzoeken van RTL om te gaan.