

95. Whatsapp- en sms-berichten vallen onder de Wob, wat zijn de gevolgen

MW. MR. K.T.E. HUISMAN

In een uitspraak van 20 maart 2019¹ heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geoordeeld dat sms- en Whatsappberichten onder de reikwijdte van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) vallen. Dat geldt niet alleen voor sms- en Whatsappberichten op de werktelefoons van bestuurders en/of ambtenaren maar ook voor berichten op de privételefoons. Alle vastgelegde informatie van zakelijke aard, ongeacht de gegevensdrager valt onder de Wob. Dus berichten die verstuurd zijn met een privételefoon over een zakelijke aangelegenheid, vallen eveneens onder de Wob. Een ander oordeel zou kunnen leiden tot het ontlopen van de Wob doordat voor communicatie per sms of Whatsapp dan gekozen zou kunnen worden voor privételefoons, hetgeen ongewenst en in strijd met het doel en het uitgangspunt van de Wob is.

Wet openbaarheid van bestuur

In de Grondwet² is vastgelegd: *‘De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.’* Middels de Wob is hieraan uitvoering gegeven. In art.2 lid 1 Wob is dan ook bepaald dat een bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak informatie verstrekt waarbij uitgegaan wordt van het algemeen belang van openbaarheid van informatie. Informatie moet uit eigen beweging worden verschaft, maar ook op verzoek waarmee het algemene belang van een goede en democratische bestuursvoering gediend wordt. Uitgangspunt is dan ook openbaarheid en openbaarmaking; geheimhouding is de uitzondering.

Uitgangspunt is dan ook openbaarheid en openbaarmaking; geheimhouding is de uitzondering

Op grond van art. 3 lid 1 Wob kan een ieder een verzoek om informatie doen zoals neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid. Een document is *‘een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat’*.³ Tot ‘ander materiaal dat gegevens bevat’ behoren volgens de memorie van toelichting bij de Wob onder andere foto’s, films, ponskaarten en -banden en elektromagnetische kaarten en -banden. Daarbij is tevens opgemerkt dat de ontwikkeling van de compu-

tertechniek naar verwachting tot nieuwe gegevensdragers zal leiden. Het is niet onmogelijk dat gegevens niet alleen worden gedragen door de software, maar dat zij reeds in de hardware worden ingebouwd of geprogrammeerd.⁴

De techniek heeft zich ontwikkeld en heeft geleid tot vragen of sprake is van nieuwe gegevensdragers en/of documenten in de zin van de Wob. De Afdeling heeft in eerdere jurisprudentie al geoordeeld dat e-mailberichten onder de reikwijdte van de Wob vallen.⁵ De vraag die in voorliggende casus voorlag was of sms- en Whatsappberichten eveneens onder de Wob vallen.

Document

De Afdeling beoordeelt in dat kader of sms- en Whatsappberichten onder de huidige documentdefinitie van de Wob vallen. Beide onderdelen van deze definitie worden separaat getoetst en gemotiveerd beoordeeld.

Schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat

Het eerste element dat door de Afdeling getoetst is, is de vraag of het bij een sms- of Whatsappbericht het gaat om ‘een schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat’. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en met name het hiervoor aangehaalde deel uit de MvT, stelt de Afdeling dat aan de term ‘document’ een ruimte betekenis moet worden toegekend.

1 ECLI:NL:RVS:2019:899.

2 Art. 110 Grondwet.

3 Art. 1 onder a Wob.

4 *Kamerstukken II 1986/87, 19859, nr. 3, p. 21 (MvT Wob).*

5 De Afdeling verwijst naar een uitspraak van 12 augustus 2012, ECLI:NL:RVS:2009:BJ5104.

In lijn met de opsomming in de MvT en in latere jurisprudentie genoemde objecten waaronder e-mailberichten, oordeelt de Afdeling dat sms- en Whatsappberichten in functie en gebruik lijken op e-mailberichten, die onder de reikwijdte van de Wob vallen. Zeker nu bij sms- en Whatsappberichten net als bij e-mailberichten andere documenten meegestuurd kunnen worden of daarin opgenomen kunnen worden. Daarin is ook het verschil gelegen met telefoongesprekken die niet onder de Wob vallen.

De conclusie van de Afdeling is dan ook dat een sms- of Whatsappbericht 'een ander materiaal is dat gegevens bevat' en derhalve als document in de zin van art. 1 onder a Wob moet worden aangemerkt.

Berusten onder het bestuursorgaan

De definitie van 'document' in art. 1 onder a Wob bestaat uit nog een tweede element. Het betreffende document moet namelijk 'berusten onder het bestuursorgaan'. De Afdeling concludeert dat hiervan sprake is.

De techniek van het opslaan is hierbij niet bepalend, zo oordeelt de Afdeling. Of een digitaal document nu opgeslagen is op een harde schijf, een eigen dan wel externe server of in de cloud: het gaat nog steeds om documenten 'van' het bestuursorgaan. In de MvT bij de Wob is ten aanzien van dit onderwerp aangegeven dat voor de beantwoording van de vraag of een document bij het overheidsorgaan berust, niet alleen de fysieke aanwezigheid van belang is. Het document moet ook bestemd zijn voor het overheidsorgaan als zodanig.⁶

Een sms- of Whatsappbericht is een document in de zin van de Wob

Hoewel dit deel van de MvT ziet op stukken van externe instanties, is de Afdeling in lijn hiermee van oordeel dat sms- en Whatsappberichten die staan op telefoons van bestuurders of ambtenaren met een abonnement op naam van het bestuursorgaan (de Afdeling benoemd deze verder als 'werktelefoons') als dergelijke berichten op privételefoons vallen onder de term 'berusten onder' in de zin van de Wob. Hierbij wordt – uiteraard – de nuancering gemaakt dat het wel moet gaan om berichten die een bestuurlijke aangelegenheid betreffen.

Berichten op werktelefoons berusten sowieso al bij het bestuursorgaan. Daarover hoeft dus geen discussie te bestaan, zo volgt uit de overwegingen van de Afdeling. Ten aanzien van berichten op privételefoons is dat niet anders. Deze berichten zijn bestemd voor het bestuursorgaan als zodanig en behoren daarom te berusten bij het bestuursorgaan. De vergelijking die de Afdeling hierbij maakt, is het

meenemen naar huis van een fysiek dossier aangaande een bestuurlijke aangelegenheid.

Als een Wob-verzoek wordt gedaan en stukken uit dat fysieke dossier vallen onder dat verzoek, zullen uiteraard ook afschriften ter beschikking moeten worden gesteld. Voor sms- of Whatsappberichten aangaande een bestuurlijke aangelegenheden op een werk- of privételefoon geldt hetzelfde. Het bestuursorgaan moet zich dan ook inspannen om al het redelijkerwijs mogelijke te doen om deze documenten te achterhalen en de betreffende informatie aan de verzoeker te verstrekken. Tenzij uiteraard een van de in de Wob genoemde uitzonderingen aan de orde is.

Het oordeel zoals door de Afdeling nu over sms- en Whatsappberichten is gegeven, kan breder getrokken worden. Daarbij kan gedacht worden aan e-mailberichten die verzonden worden via privéaccounts of privételefoons en dergelijke. Naar verwachting zal dit in toekomstige jurisprudentie bevestigd worden.

Werkprotocollen

Zeker als het gaat om privételefoons kan het voor overheidsorganisaties als werkgever gecompliceerd zijn hoe om te gaan met sms- of Whatsappberichten over bestuurlijke aangelegenheden op die telefoons. Hierbij speelt de privacy van de werknemer, naast zijn arbeidsrechtelijke bescherming, een grote rol. De Afdeling overweegt dat het bijvoorbeeld mogelijk is dat hierover werkprotocollen opgesteld worden waarin handvatten worden gegeven en/of regels worden opgenomen voor het omgaan met berichten die zien op een bestuurlijke aangelegenheid en bestemd zijn voor het bestuursorgaan. Juist omdat het om zakelijke berichten gaat en de privéberichten van werknemers niet onder de Wob vallen, is de privacy niet in het geding, zo overweegt de Afdeling.

Het betreft sms- of Whatsappberichten aangaande een bestuurlijke aangelegenheden zowel op een werk- als op een privételefoon

Het uitzonderen van de algemene openbaarmakingsverplichting op grond van de Wob van sms- en Whatsappberichten op privételefoons, is volgens de Afdeling onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis niet toegestaan. De gegevensdrager waarop de informatie staat, bepaalt niet of de Wob van toepassing is. Als dit anders zou zijn, zou dit tot ongewenste situaties – zo zou de communicatie bijvoorbeeld verplaatst kunnen worden naar privégegevensdragers om de Wob te ontlopen – en tevens tot willekeur kunnen leiden.

De eventuele extra belasting voor het bestuursorgaan dat sms- en Whatsappberichten onder de Wob vallen, is voor

6 Kamerstukken II 1986/87, 19859, nr. 3, p. 21 (MvT Wob).

de Afdeling geen omstandigheid om anders te oordelen. De Wob en de daarop gebaseerde jurisprudentie bieden al aanknopingspunten om een eventuele extra belasting te voorkomen. Zo kan gevraagd worden een verzoek om informatie nader te specificeren. Voorts kan sprake zijn van misbruik van recht als sprake is van het indienen van een grote hoeveelheid verzoeken waardoor het functioneren van het bestuursorgaan wordt verstoord.

Berichten kunnen op intern beraad binnen de overheid zien en persoonlijke beleidsopvattingen bevatten. Alsdan vallen dergelijke berichten onder de uitzondering van art. 11 Wob. Derhalve blijft het volgens de Afdeling mogelijk om vertrouwelijk overleg te blijven voeren via sms- of Whatsappberichten. Daarnaast zijn op sms- en Whatsappberichten ook de andere weigeringsgronden van de Wob van toepassing.⁷

Wat betekent dit nu?

Deze vraag stelt de Afdeling zelf in haar uitspraak. In rechtsoverweging 7.1 herhaalt de Afdeling in duidelijke en efficiënte bewoordingen haar oordeel over de sms- en Whatsappberichten op met name privételefoons. Daarbij is het nog goed te vermelden dat ook hier de Afdeling benadrukt dat het enkel om zakelijke berichten gaat en dus niet om privéberichten en het bestuursorgaan c.q. de werkgever geen toegang heeft tot privételefoons van werknemers.

Het is aan te bevelen om werkprotocollen op te stellen en maatregelen te treffen voor het duurzaam toegankelijk maken van digitale documenten

Wel is het in dezen aan te bevelen – zoals de Afdeling feitelijk al in onderhavige uitspraak heeft geadviseerd – om werkprotocollen op te stellen en duidelijke afspraken te maken over bijvoorbeeld enkel het gebruiken van werktelefoons voor het verzenden van zakelijke sms- of Whatsappberichten. Ook de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) heeft geadviseerd om intern afspraken te maken over het gebruik van sms- en Whatsappberichten alsmede het gebruik van privételefoons voor zakelijke communicatie. De VNG adviseert dit laatste te vermijden. Worden sms en Whatsapp toch gebruikt, is door de VNG gewezen op de bewaarplicht die ook geldt voor deze berichten.

Zoals de Afdeling heeft overwogen in een uitspraak van 14 december 2005⁸ wordt voorop gesteld *‘dat met in de dagelijkse bestuurspraktijk opkomende stukken en bestanden op een zodanige wijze moet worden omgegaan, dat geen afbreuk wordt gedaan aan de aanspraken op openbaarheid van documenten die aan de Wob kunnen worden ontleend.’* Er zal in de praktijk dus een manier ontwikkeld moeten worden waarop de betreffende berichten van werken/of privételefoons overgeheveld worden naar een bepaald systeem en op een andere wijze bewaard kunnen worden.

De gehele informatie, documentatie en bewaarsystematiek van bestuursorganen is een punt van aandacht dat betrokken is bij het opstellen van de Wet open overheid (Woo), de beoogd opvolger van de Wob. In het wetsvoorstel is namelijk een heel hoofdstuk opgenomen over de digitale informatiehuishouding en het bevat een verplichting voor bestuursorganen om maatregelen te treffen voor het duurzaam toegankelijk maken van digitale documenten.⁹ Overigens zal de uitkomst van de onderhavige uitspraak onder deze nieuwe Woo ten aanzien van sms- en Whatsappberichten niet anders worden. Alsdan zullen deze ook bewaard moeten worden en vallen onder de nieuwe regeling.

Afronding

Het is in navolging van wat de Afdeling zelf al heeft overwogen in de uitspraak van 20 maart 2019 noodzakelijk de interne processen binnen overheidsinstanties dusdanig aan te passen dat berichten over bestuurlijke aangelegenheden niet alleen beschikbaar zijn als document c.q. als informatie om te verstrekken indien daartoe een verzoek wordt gedaan, maar deze ook op adequate wijze op te slaan. Het verdient daarnaast aanbeveling om interne afspraken te maken over het al dan niet gebruiken van sms en/of Whatsapp voor zakelijke aangelegenheden.

Over de auteur



Mr. K.T.E. (Karin) Huisman

Advocaat omgevingsrecht en civiel vastgoed bij Brunet Advocaten te Nijmegen.

Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

⁷ Art. 10 Wob.

⁸ ECLI:NL:RVS:2005:AU7942

⁹ Hoofdstuk 6 Wetsvoorstel wijziging Woo, Kamerstuk II 2018/19, 35112, nr. 2