

Mediation en de Wob. Blijft het wel geheim?

Een uitspraak van de Raad van State was aanleiding om ons weer eens de vraag te stellen 'hoe zit het met de vertrouwelijkheid van documenten in mediations met de overheid?'¹ In deze zaak maakte een bestuursorgaan desgevraagd een mediationverslag openbaar, en de Raad van State keurde die gang van zaken goed. In deze bijdrage bespreken we de wettelijke regeling, zoals toegepast door de Raad van State, en staan we stil bij de gevolgen hiervan voor de mediator.

Door Eva Schutte en Jacqueline Spierdijk

De overheid krijgt regelmatig verzoeken om informatie over bestuurlijke aangelegenheden openbaar te maken. De Wet openbaarheid van bestuur ('Wob') regelt wanneer de overheid daartoe verplicht is. Er is een hoofdregel met uitzonderingsbepalingen.

Hoofdregel

Degene die het verzoek doet, hoeft geen belanghebbende te zijn. Dus ook journalisten, geïnteresseerde bedrijven, of bij wijze van spreken nieuwsgierige burens kunnen een verzoek doen. Het moet gaan om informatie die is neergelegd in documenten. Dat zijn schriftelijke stukken, of ander materiaal dat gegevens bevat, zoals foto's, tapes, elektronische bestanden, etc. Alles wat alleen mondeling is uitgewisseld, valt dus niet onder de Wob.

Het verzoek kan worden gedaan aan een bestuursorgaan van de centrale overheid, aan provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties, of aan een instelling of dienst die of bedrijf dat onder hun verantwoordelijkheid werkt.

En verder moet het een bestuurlijke aangelegenheid betreffen. Dat is 'een aangelegenheid die betrekking heeft op het beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en uitvoering ervan'. Dit begrip wordt ruim uitgelegd. In de zaak die onderwerp was van de uitspraak van de Raad van State ging de mediation over problemen die ontstonden nadat een arts van het bestuursorgaan een medische indicatie had gegeven. Die indicatie had consequenties voor het in aanmerking komen voor een bepaalde woning. De Raad van State kwalificeerde het verslag van de mediationbijeenkomst als een document in een bestuurlijke aangelegenheid.

De overheid hoeft niet afzonderlijk aan te tonen dat openbaar-

making van de informatie het publieke belang daadwerkelijk dient, aldus de Raad van State in zijn uitspraak. Indien aan bovenstaande voorwaarden is voldaan, moet de overheid een beroep op de Wob honoreren, en het document openbaar maken, tenzij er sprake is van een van de uitzonderingsgronden.

Uitzonderingen

De gebruikelijke afspraak in een mediationovereenkomst dat de overheid de documenten uit een mediation geheimhoudt, stelt de Wob niet buiten werking. Hoewel die al vaak bepleit is, kent de wet geen uitzonderingsbepaling speciaal voor mediation. We zijn dus aangewezen op de gewone uitzonderingsgronden.

Er zijn absolute en relatieve uitzonderingsgronden. Bij de absolute (veiligheid van de staat, maar ook vertrouwelijk meegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens) wijst de overheid het verzoek zonder meer af. Bij de relatieve uitzonderingsgronden moet de overheid een belangenafweging maken. De overheid mag de gevraagde informatie alleen verstrekken als het belang van openbaarheid zwaarder weegt dan het belang van bijvoorbeeld:

- opsporing en vervolging van strafbare feiten;
- eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;
- economische en financiële belangen van de Staat.

Partijen bij de mediation die niet willen dat informatie openbaar wordt (en dat kan ook de overheid zelf zijn) beroepen zich nogal eens op de uitzondering van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Maar wat als de overheid de informatie anonimiseert, bijvoorbeeld door de namen weg te lakken? Is dan de persoonlijke levenssfeer nog in gevaar? In de hier besproken zaak stelde de burger dat ook na anonimisering zijn

persoonlijke levenssfeer zou zijn geschonden, omdat andere personen op de hoogte zijn van zijn conflict met het bestuursorgaan, en hem er dus in zouden kunnen herkennen. De Raad van State meende dat de persoonlijke levenssfeer niet was geschonden omdat het mediationverslag geen, althans geen belangrijke informatie bevatte die niet al bekend was. In een eerdere zaak die leidde tot een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden was anonimisering van het mediationverslag niet voldoende, omdat het toen om een 'privacygevoelig onderwerp' ging.² De rechtbank was het gezien 'de inhoud van de docu-

woordiger van een overheidsorgaan is alleen dan niet aan deze geheimhouding gehouden, indien en voor zover dat in strijd is met het bepaalde in de Wet openbaarheid van bestuur en/of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur...'

Als mediator moeten we ook na de start van de mediation alert blijven. Dus bij ieder schriftelijk stuk in de mediation is het verstandig steeds opnieuw hardop de vraag te stellen: 'hoe erg is het als dit bij derden bekend wordt?' Is dat onwenselijk, dan kunnen partijen bijvoorbeeld besluiten dat

In de praktijk kunnen niet alleen mediationverslagen, maar ook andere documenten soms op straat komen te liggen

menten' en 'een mediationtraject als waar het hierom gaat' met het bestuursorgaan eens, en het bestuursorgaan hoefde in dat geval dus geen informatie openbaar te maken.

Voor de praktijk is het natuurlijk jammer dat we niet te weten komen wat precies de doorslag heeft gegeven. Waarom was in het eerdere geval anonimisering niet voldoende, en in de situatie die leidde tot de uitspraak van de Raad van State wel? Feit blijft dat de Wob van toepassing is op documenten uit een mediation met de overheid, en dat een beroep op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer niet zonder meer slaagt.

In de praktijk kunnen niet alleen mediationverslagen, maar ook andere documenten, tijdens of na een mediation met de overheid, soms op straat komen te liggen. Denk bijvoorbeeld aan een bedrijf dat in de onderhandelingsfase, met instemming van het overheidsorgaan, een offerte van een aannemer of een taxatierapport van een makelaar in de mediation wil bespreken. Kunnen die stukken vooraf worden rondgestuurd zonder het risico van een Wob-beroep?

De mediator hoeft naar onze mening niet op de hoogte te zijn van de ins en outs van de Wet openbaarheid van bestuur, maar moet in een mediation met de overheid wel met partijen bespreken in hoeverre het met het oog op die wet reëel is om te verwachten dat schriftelijke stukken geheim blijven. Wij raden aan om in mediations met een overheidsorgaan daarover een clause in de mediationovereenkomst op te nemen.

Het model mediationovereenkomst bij verwijzing door de rechter bevat bijvoorbeeld deze nuttige bepaling: 'De vertegen-

het bedrijf de offerte of het taxatierapport niet vooraf toestuurt, maar alleen meeneemt naar de mediationbijeenkomst, en na afloop weer in de eigen tas doet. Of de deelnemers besluiten dat de mediator geen verslagen maakt, of in elk geval gevoelige informatie niet in het verslag vermeldt. Wij zien het als taak van de mediator dat hij het gesprek hierover met partijen initieert.

Noten

- 1 Raad van State, 21 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:796.
- 2 Rechtbank Leeuwarden, 12 juli 2010, LJN BN 1954.



Over de auteurs

Eva Schutte is oprichter en partner van ReulingSchutte, een nichekantoor dat zich richt op zakelijke mediation. Daarvoor was zij jarenlang advocaat-partner in de procespraktijk bij Van Doorne Advocaten. Zij publiceert regelmatig over mediation. Zo schreef zij met Jacqueline Spierdijk het boek *De advocaat in mediation*. Zij is lid van het college van beroep van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators en van het Hof van Discipline.



Jacqueline Spierdijk begeleidt sinds 2001 als (advocaat-) mediator partijen in commerciële en bestuursrechtelijke geschillen. Zij geeft daarnaast trainingen op het gebied van schriftelijke communicatie en conflictoplossing aan juristen en mediators. Zij is lid van de tuchtcommissie van de Stichting Tuchtrechtspraak Mediators en publiceert regelmatig. Ze schreef onder andere met Eva Schutte *Juridische aspecten van mediation* en met Lisette Sloots *Zakboek voor de mediator*.