

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Griffienummer: S 13/00294

SCHRIFTUUR, houdende middelen van cassatie van mr I. van Straalen

in de zaak van:

L.H. VAN DER KALLEN, verzoeker tot cassatie van het te zijnen laste gewezen arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, met het rolnummer 20/003539-11, uitgesproken op 16 oktober 2012.

### Middel I

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet-naleving nietigheid meebrengt. In het bijzonder zijn de art. 315, 316, 328, 330, 350, 359 en 415 Sv en/of art. 6 EVRM geschonden, doordat het hof in de opmerkingen in de pleitnota van verzoeker - ten aanzien van zijn verweer dat hij beroep heeft gedaan op de Wet openbaarheid van bestuur - ten onrechte geen aanleiding heeft gevonden om nader onderzoek te doen verrichten in de vorm van een getuigenverhoor van de bij de afspraken met verzoeker en/of de bij de opstelling of uitvoering van de schriftelijk vastgelegde afspraken betrokken personen.

### Toelichting:

Na en kennelijk naar aanleiding van het betoog van verzoeker dat hij inzage in stukken had verkregen vanwege een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur, welk betoog door het OM werd betwist en door de rechtbank was gepasseerd, heeft verzoeker blijkens zijn aan het proces-verbaal van de zitting gehechte pleitnota in aanvullende zin nog het volgende aangevoerd:<sup>1</sup>

*“Ik constateer dat het OM voor zoete koek de beweringen van de gemeentelijke ambtenaren heeft geslikt en niet kritisch heeft gekeken naar de gebrekkige onderbouwing daarvan. Ik verkeerde in de gedachte dat het OM aan waarheidsvinding zou doen.*

*a) Hoe is het met de waarheidsvinding te combineren dat iemand onweersproken kan beweren: “Voor zover mij bekend werd alle informatie aan de heer van der Kallen verstrekt op grond van artikel 169 lid 3”, terwijl zij niet aanwezig was bij het gesprek waar de afspraken werden gemaakt en binnen 48 uur persoonlijk en per email is geïnformeerd over het bekijken van de stukken in het kader van de WOB?*

*b) Hoe is het met de waarheidsvinding te combineren dat niet wordt doorgevraagd over artikel 169 lid 3 inzake het gegeven dat de gemeente ook volgens dat artikel informatie kan weigeren op basis van het gemeentelijk belang?*

*c) Hoe is het met de waarheidsvinding te combineren dat in een gemeentelijke brief (pagina's 101/103) wordt verwezen naar een intern verslag, ter onderbouwing van de gemeentelijke stelling dat ik iets voor zou moeten leggen ter toetsing op geheime/vertrouwelijke stukken (en dit interne verslag mij pas op 25 september 2009*

---

<sup>1</sup> Pleitnota p. 12;

*bekend werd), terwijl in dit interne verslag in relatie met het voorleggen uitsluitend wordt gesproken over 'hoor en wederhoor', en niemand van het OM of namens het OM daarover aan de aangever vragen stelt?*

*d) Hoe is het met de waarheidsvinding te combineren, als de aangever over een stuk spreekt in termen van ZEER VERTROUWELIJK terwijl toch ook het OM kan constateren dat het stuk daarover niets vermeld en mijn vragen over dat stuk wel worden gebruikt als argument, dat ik de vertrouwelijkheid heb geschonden? Ik ben 9 lange uren ondervraagd en de aangevers mogen van alles beweren zonder dat, als die informatie evident tegenstrijdig is met verifieerbare stukken, zij bevraagd werden over hoe ze aan hun opvattingen komen."*

Verzoeker werd ter zitting in hoger beroep en in eerste aanleg niet door een raadsman bijgestaan.

Het is niettemin evident dat hij hiermee betoogde dat het onderzoek naar de juistheid en/of betrouwbaarheid van de hem belastende verklaringen onvoldoende, althans in elk geval onvoldoende kritisch is geweest. Verzoeker werpt in elk geval het punt op dat zijn standpunt (dat hij een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur heeft gedaan) wordt ondersteund door in het dossier gevoegde stukken, terwijl het door aangever en enkele getuigen ingenomen en voor verzoeker belastende standpunt met de inhoud van die stukken in strijd is, waaromtrent zij naar verzoekers' oordeel niet (kritisch) zijn ondervraagd. Indien verzoeker was bijgestaan door een raadsman dan zou deze hem in dit verband hebben gewezen op de mogelijkheid om deze personen als getuige op te geven teneinde hen daaromtrent alsnog te (doen) ondervragen. Een dergelijk verzoek had, bij die stand van zaken en zelfs in die stand van het geding, niet kunnen worden afgewezen.

De vraag is of het hof - nu verzoeker niet werd bijgestaan door een raadsman en tegen de achtergrond van het gevoerde verweer, de onderbouwing daarvan en de kritiek op het strafrechtelijk onderzoek en de beschuldigingen - de hiervoor geciteerde opmerkingen van verzoeker niet had dienen op te vatten als een verzoek om nader onderzoek te verrichten op dit voor de beoordeling van de zaak cruciale punt. Verzoeker beantwoordt die vraag bevestigend, zeker nu het hof het standpunt van

verzoeker heeft gepasseerd. Het enkele feit dat verzoeker de hiervoor geciteerde passage niet heeft doen volgen door een uitdrukkelijk als zodanig bestempeld ‘verzoek’ tot het horen van getuigen, mag onder deze omstandigheden niet de doorslag geven.

Nu het hof ten onrechte in het door verzoeker aangevoerde geen verzoek heeft gezien tot het doen van nader onderzoek naar de stelling dat hij een mondeling beroep had gedaan op de Wet openbaarheid van bestuur en dat er reeds daarom geen sprake was van enige gehoudenheid tot geheimhouding, kan ’s Hofs arrest niet in stand blijven.

## Middel II

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet-naleving nietigheid meebrengt. In het bijzonder zijn de art. 350, 359 en 415 Sv geschonden, doordat het hof het verweer van verzoeker, dat de door hem geopenbaarde informatie niet onder enige geheimhoudingsplicht viel omdat verzoeker de informatie had verkregen naar aanleiding van een mondeling beroep op de Wet openbaarheid van bestuur, heeft verworpen op gronden die de verwerping niet kunnen dragen, althans deze verwerping niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.

## Toelichting:

Verzoeker, die ter zitting in eerste aanleg en in hoger beroep niet werd bijgestaan door een raadsman, heeft herhaaldelijk betoogd dat hij de informatie, waarvan het openbaren hem in deze procedure strafrechtelijk wordt verweten, heeft ingezien c.q. ontvangen naar aanleiding van een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur. Mede op grond daarvan heeft verzoeker betoogd dat hij niet wist, en ook niet redelijkerwijs behoefde te vermoeden, dat die informatie onder enige geheimhoudingsverplichting viel.

Dat betoog is door het hof verworpen met de navolgende overwegingen:<sup>2</sup>

*“De verklaring van de verdachte dat hij de informatie ingevolge een mondeling door hem gedaan beroep op de Wet openbaarheid van bestuur ter beschikking kreeg, wordt door het hof als ongeloofwaardig verworpen.*

---

<sup>2</sup> Arrest p. 8;

*Van een dergelijk beroep, dat zou zijn gedaan na afloop van de raadsvergadering van 25 juni 2009, blijkt niet; bovendien deed de verdachte eerdere beroepen op de Wet openbaarheid van bestuur steeds schriftelijk. Een reden waarom dit nu anders zou zijn geweest, wordt door hem niet gegeven.*

*In de afsprakenlijst, die werd gemaakt in verband met de inzage van het dossier Bergse Haven door de verdachte, komt de aantekening voor: 'Controle: is het dossier compleet en voldoet het aan de eisen van de WOB?' Ook hieraan heeft verdachte, gelet op de inhoud van hetgeen hem ter inzage werd gegeven, naar het oordeel van het hof niet kunnen afleiden dat hem alleen openbare stukken werden verstrekt."*

Deze overwegingen zijn niet zonder meer begrijpelijk te achten, althans vormen in het licht van dit uitdrukkelijk door verzoeker onderbouwde standpunt een onvoldoende motivering van de verwerping van het verweer.

Ten eerste omdat verzoeker, anders dan het hof overwoog, wel uitleg heeft verschaft over de reden waarom dit beroep op de Wet openbaarheid van bestuur mondeling werd gedaan, terwijl door hem gedane eerdere beroepen op die wet steeds schriftelijk waren geschied. De door verzoeker overgelegde en voorgedragen, aan het proces-verbaal van de zitting van 2 oktober 2012 gehechte pleitnota bevat immers de passage:<sup>3</sup>

*"Toen ik meer dan 25 jaar geleden begon als raadslid was er gemiddeld één besloten raadsvergadering per jaar (...). Nu zijn er jaren bij dat meer dan 10 keer besloten wordt vergaderd. Dus ook voordat ik het (mondelinge) verzoek tot inzage in de dossiers van de Bergse Haven deed, heb ik geregeld een beroep gedaan op de WOB en inzage gevraagd in gemeentelijke dossiers (...). Dit waren schriftelijke verzoeken, omdat de reden van het verzoek niet lag in een raads- of commissievergadering, maar in een initiatief van buiten."*

Tegen de achtergrond van deze passage uit de pleitnota van verzoeker is het onvoldoende begrijpelijk dat het hof aan de verwerping van het standpunt van verzoeker (mede) ten grondslag legt, de overweging dat hij niet zou hebben uitgelegd waarom dit beroep op de Wet openbaarheid van bestuur mondeling werd gedaan, in tegenstelling tot eerdere beroepen op die wet. Die uitleg is immers opgenomen in zijn aan het hof overgelegde pleitnota. Reeds om die reden kan 's hofs beslissing niet in stand blijven.

---

<sup>3</sup> Pleitnota p. 4;

Ten tweede is het standpunt van verzoeker dat hij de stukken verkreeg door een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur bovendien te beschouwen als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, nu verzoeker in zijn pleitnota onder meer heeft aangevoerd:<sup>4</sup> *“In tegenstelling tot de bewering in het requisitoir van de Officier van Justitie ben ik in al mijn verklaringen uiterst consequent geweest: ik heb middels een mondeling beroep op de WOB een afspraak gemaakt dat alle stukken die ik ter inzage zou krijgen gecontroleerd zouden zijn in het kader van de WOB, wordt bevestigd in de mail van dhr. Quispel met bijlage (pagina’s 99/100).*

*(...)*

*Ik mocht dus aannemen dat conform de aangegeven werkwijze gehandeld zou worden en dat alle dossiers die ik kreeg getoetst zouden zijn (door mevrouw Jacobs of haar vervanger) op de vereisten van de WOB. Door de vele hiaten in de dossiers (...) heb ik nimmer de indruk gekregen dat geen toetsing aan de WOB had plaatsgevonden. Mede door punt 3 van de werkwijze (mutaties in het dossier verwerken) (p. 100), mocht ik aannemen dat delen van het dossier waren verwijderd in het kader van de controle op de vereisten van de WOB.*

*(...)*

*In zijn betoog tijdens de zitting op 19 juli 2012 stelde de advocaat-generaal dat ik mijn beroep op de WOB met stukken aannemelijk zou moeten maken. Op basis van mijn met stukken onderbouwde traditie van dossieronderzoeken op basis van een beroep op de WOB (pagina’s 114/122) en op basis van de gemaakte “Afspraken ter behandeling van het verzoek van Raadslid L v/d Kallen tot inzage dossiers Bergse Haven” (pagina 100) waarin als punt 2 onder werkwijze is vermeld: “De dossiers worden ter controle voorgelegd aan het aanspreekpunt RO (Controle: is het dossier compleet en voldoet het aan de eisen van de WOB)”, stel ik dat ik meer dan aannemelijk heb gemaakt dat ik inzage kreeg in de dossiers na een beroep op de WOB!”*

Verzoeker heeft derhalve in zijn betoog, met verwijzing naar de opmerking dienaangaande van de advocaat-generaal, uitdrukkelijk aandacht besteed aan de onderbouwing van zijn standpunt en naar stukken uit het dossier verwezen, die daartoe relevant waren. Dat betrof zowel een onderbouwing van zijn vaste werkwijze door te

---

<sup>4</sup> Pleitnota p. 4, 5 en 6;

verwijzen naar uit het dossier blijken eerdere beroepen op de Wet openbaarheid van bestuur, als een verwijzing naar de door een gemeenteambtenaar vastgelegde afspraken in het kader van deze specifieke casus. In die in het dossier opgenomen afspraken wordt uitdrukkelijk benoemd dat de aan verzoeker ter inzage te verstrekken stukken gecontroleerd dienden te worden aan de hand van de eisen van de Wet openbaarheid van bestuur. Dat door het hof gebezigde bewijsmiddel ondersteunt derhalve het betoog van verzoeker.

Ook op vele andere plaatsen in de pleitnota heeft verzoeker gerefereerd aan zijn beroep op de Wet openbaarheid van bestuur.<sup>5</sup> Mede tegen de achtergrond van het feit dat verzoeker niet werd bijgestaan door een rechtsgeleerd raadsman had het hof dit verweer dan ook als een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt van de verdediging moeten beschouwen en behandelen.

Daarbij komt dat dit betoog verder steun lijkt te vinden in de getuigenverklaring van Quispel, waarnaar het hof ter onderbouwing van het arrest eveneens verwijst.<sup>6</sup> Blijkens dit bewijsmiddel verklaarde deze getuige immers onder meer:<sup>7</sup> *“(Verzoeker) heeft in het verleden meerdere soortgelijke verzoeken gedaan en eigenlijk werd eenzelfde werkwijze als in het verleden afgesproken. Deze werkwijze houdt in dat mijn afdeling zorg draagt voor het beschikbaar stellen van de informatie. Vervolgens werd in dit geval het betreffende dossier naar (...) gebracht. De bedoeling was dat zij de dossiers screende op volledigheid en op de aanwezigheid van vertrouwelijke stukken.”*

De door verzoeker aangevoerde gang van zaken lijkt derhalve ook bevestiging te vinden in dit door het hof gebezigde bewijsmiddel.

Het hof heeft echter de facto, behoudens zijn hiervoor besproken (onjuiste) overweging dat verzoeker niet zou hebben uitgelegd waarom het verzoek mondeling in plaats van schriftelijk was gedaan, geen motivering gewijd aan deze uitdrukkelijk onderbouwde standpunten. Weliswaar heeft het hof – zonder nadere toelichting – overwogen dat verzoeker uit de aantekening op de afsprakenlijst niet zou hebben kunnen afleiden dat hem alleen openbare stukken werden verstrekt, maar wat deze aantekening betekende

---

<sup>5</sup> Pleitnota pp. 3, 4, 5, 6, 8 en 10;

<sup>6</sup> Voetnoot 13 op p. 6 van het arrest, verwijzend naar p. 79 van het dossier;

<sup>7</sup> T.a.p.;

voor de aannemelijkheid van het door verzoeker in dit verband gevoerde betoog heeft het hof niet in de overwegingen betrokken.

Het hof heeft naar aanleiding van dit betoog bovendien overwogen dat dit standpunt van verzoeker niet slechts ‘niet aannemelijk’ zou zijn geworden, maar zelfs “ongeloofwaardig” zou zijn. Dat oordeel is tegen de achtergrond van het voorgaande niet zonder meer begrijpelijk te achten. Aangezien art. 359 lid 2 Sv het hof voorts verplicht om de verwerping van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt met redenen te omkleden, terwijl deze in het arrest ontbreken, voldoet de verwerping van het standpunt van verzoeker niet aan de eisen der wet.

Met name de schriftelijke vastlegging van de afspraken met verzoeker, waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar een controle of de stukken voldeden aan de eisen van de Wet openbaarheid van bestuur en de daaraan door de getuige Quispel gegeven uitleg, bewijsmiddelen waarvan het hof zich heeft bediend bij het wijzen van arrest, vragen in dit verband om uitdrukkelijke bespreking. Daarin lijkt immers opgesloten te liggen dat de Wet openbaarheid van bestuur een relevante factor is geweest bij het ter inzage verstrekken van stukken aan verzoeker, hetgeen het door hem gevoerde verweer specifiek onderbouwt.

Ook daarom lijdt ’s hofs beslissing aan nietigheid.

### Middel III

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet-naleving nietigheid meebrengt. In het bijzonder zijn de art. 272 Sr, 350, 359 en 415 Sv en art. 25 Gemeentewet geschonden, doordat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat een geheimhoudingsplicht ex art. 25 Gemeentewet tot stand was gekomen, althans doordat het hof het verweer van verzoeker dat hij zich niet bewust kon zijn van het geheime dan wel vertrouwelijke karakter van de (ter inzage) verstrekte stukken, heeft verworpen op gronden die deze beslissing niet kunnen dragen.

### Toelichting:

Het hof heeft het verweer van verzoeker, dat van geheimhouding geen sprake was althans dat hij zich van een zodanig karakter van de geopenbaarde informatie niet bewust was, verworpen met de overweging:<sup>8</sup>

*“De door de verdachte in de vragen 52 en 53 van bijlage 1 bij de brief van 21 september 2009 bekend gemaakte informatie was naar het oordeel van het hof wel degelijk geheim. Dit blijkt niet alleen uit de mededelingen, die de voorzitter van de gemeenteraad in de vergadering van 25 juni 2009 heeft gedaan, maar ook uit de aard van de documenten, waaraan verdachte deze informatie ontleende, in het bijzonder de notitie “Risicoprofiel Bergse Haven” d.d. 21 maart 2007. Deze notitie bevatte financiële informatie en gegevens van de grondexploitaties en begrotingen, alsmede gevoelige en vertrouwelijke informatie met betrekking tot een project waarmee grote financiële belangen waren gemoeid. Met bekendmaking zouden betrokken marktpartijen hun voordeel kunnen doen, waardoor de belangen van de gemeente konden worden geschaad. Van zo oude informatie, dat openbaarmaking niet meer zou kunnen schaden, was geen sprake. Ook verdachte zelf heeft verklaard dat deze informatie van belang was in verband met onteigening door de gemeente, die op 21 september 2009, in elk geval formeel gezien, nog niet volledig was gestopt. Dat het vertrouwelijke informatie betrof moet de verdachte, gelet op zijn jarenlange raadservaring en ervaring in rekenkamercommissies, en gelet op de in verband daarmee tijdens de vergaderingen van 23 januari<sup>9</sup> en 25 juni 2009 gedane mededelingen en de bespreking van 15 juli 2009, duidelijk zijn geweest. Het enkele feit dat de meergenoemde notitie niet voorzien was van een stempel “geheim” of “vertrouwelijk”, doet hieraan niets af, en evenmin het feit dat de betreffende informatie, naar de verdachte stelt, al eerder, geheel of gedeeltelijk, in een gerechtelijke procedure aan de orde was gekomen en daardoor bij een of meer belanghebbenden bekend was geworden. Wat tegenover de één geen geheim meer is, kan dat tegenover anderen nog steeds zijn. (...)”*

*In de afsprakenlijst, die werd gemaakt in verband met de inzage van het dossier Bergse Haven door de verdachte, komt de aantekening voor: ‘Controle: is het dossier compleet en voldoet het aan de eisen van de WOB?’. Ook hieraan heeft de verdachte, gelet op de*

---

<sup>8</sup> Arrest p. 7, 8;

<sup>9</sup> Vermoedelijk is dit een verschrijving en is bedoeld: de commissievergadering van 23 juni 2009;

*inhoud van hetgeen hem ter inzage werd gegeven, naar het oordeel van het hof niet kunnen afleiden dat hem alleen openbare stukken werden verstrekt.”*

Artikel 25 lid 2 Gemeentewet bepaalt in de tweede volzin aangaande de geheimhouding die door het college, de burgemeester of een commissie ten aanzien van verstrekte stukken wordt opgelegd:

*“Daarvan wordt op de stukken melding gemaakt.”*

In de Memorie van Toelichting wordt over dit voorschrift opgemerkt:<sup>10</sup>

*“Het voorschrift dat van de oplegging van de geheimhoudingsplicht als bedoeld in het tweede lid op de stukken melding moet worden gemaakt, is opgenomen omdat het van belang is dat het karakter van het stuk van meet af aan duidelijk is.”*

In het arrest van 22 april 2008<sup>11</sup> heeft Uw Raad overwogen dat noch uit de tekst, noch uit wetsgeschiedenis valt op te maken dat de hiervoor bedoelde vermelding een voorwaarde is voor het ontstaan van de geheimhoudingsverplichting. Het oordeel van het hof in die zaak, er op neerkomend dat geheimhouding ex art. 25 lid 2 Gemeentewet ook tot stand komt indien niet op de verstrekte stukken zelf, maar in een die stukken begeleidende brief het vertrouwelijke karakter tot uitdrukking wordt gebracht, gaf geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting noch was het onbegrijpelijk.

A-G mr Vellinga besteedde in zijn conclusie voor dat arrest nog uitdrukkelijk aandacht aan het gegeven dat het hof in die zaak voor het tot stand komen van de plicht tot geheimhouding doorslaggevend achtte *“of voor de geadresseerde kenbaar is dat er een geheimhoudingsplicht is opgelegd en ten aanzien van welke stukken deze geheimhoudingsplicht geldt.”*<sup>12</sup>

Juist in dat voor het hof in die zaak doorslaggevend geachte aspect verschilt de onderhavige zaak van die van HR NJ 2008, 266.

---

<sup>10</sup> Kamerstukken II 1985 – 1986, 19 403, nr. 3, p. 84;

<sup>11</sup> HR 22 april 2008, NJ 2008, 266 (LJN BB7667);

<sup>12</sup> Conclusie A-G mr Vellinga voor HR 22 april 2008, NJ 2008, 266, onder punt 10;

Ofschoon niet met zoveel woorden vastgesteld door het hof valt uit het arrest – en overigens uit de pleitnota van verzoeker<sup>13</sup>, die op dit punt niet wordt weersproken door het arrest – af te leiden dat in casu op geen enkele van de (ter inzage) verstrekte stukken was aangetekend dat zij geheim c.q. vertrouwelijk waren. Ook was er geen sprake van een die stukken begeleidend schrijven waarin dat karakter kenbaar werd gemaakt. In tegendeel zelfs: in de schriftelijke vastlegging van de afspraken wordt gesproken van een ‘controle voorafgaand aan de verstrekking of het dossier compleet is en aan de eisen van de Wet openbaarheid van bestuur voldoet’. Bovendien heeft het hof als bewijsmiddel de verklaring van Quispel gebruikt<sup>14</sup> waarin deze verklaarde dat het ‘de bedoeling was dat het dossier tevoren werd gescreend op de aanwezigheid van vertrouwelijke stukken’.

Verzoeker stelt zich op het standpunt dat aldus niet is voldaan aan het voorschrift van artikel 25 lid 2 Gemeentewet, zodat geen geheimhoudingsplicht ex dat artikel tot stand is gekomen. Daarbij is mede van belang dat het hof heeft vastgesteld dat de voorzitter van de gemeenteraadsvergadering voorafgaand aan de verstrekking van (inzage in) de stukken heeft opgemerkt dat de gemeenteraad *“alle informatie met betrekking tot het project Bergse Haven, ook vertrouwelijke en geheime informatie, mocht inzien (...)”*<sup>15</sup>

Wanneer een college, een burgemeester of een commissie aan de raad stukken verstrekt die ten dele openbaar zijn en ten dele vertrouwelijk, is het temeer van belang om duidelijk aan te geven welke van de verstrekte stukken onder een geheimhoudingsplicht vallen. Zo begrijpt verzoeker in elk geval het voorschrift van artikel 25 lid 2 Gemeentewet en de toelichting daarop in de Memorie van Toelichting, waarmee beoogd wordt dat voldoende duidelijkheid wordt verschaft omtrent de omvang van een opgelegde geheimhoudingsplicht.

Aangezien in casu op geen van de stukken was vermeld dat deze een vertrouwelijk karakter zouden hebben, terwijl (i) vaststond dat niet alle ter inzage verstrekte stukken een vertrouwelijk karakter zouden hebben, (ii) uit de vastlegging van de bij verstrekking gemaakte afspraken volgt dat gecontroleerd wordt of de stukken voldoen aan de eisen van de Wet openbaarheid van bestuur, en (iii) de bij het maken van die

---

<sup>13</sup> P. 3 onder “Grievens ten aanzien van het vonnis van de Rechtbank d.d. 12 september 2012”;

<sup>14</sup> In voetnoot 13 op p. 6 van het arrest;

<sup>15</sup> Arrest p. 5;

afspraken betrokken getuige in zijn voor het bewijs gebezigde verklaring verklaarde dat het de bedoeling was dat het dossier op de aanwezigheid van vertrouwelijke stukken zou worden gescreend, kan niet worden gezegd dat ten aanzien van de aldus verstrekte stukken rechtsgeldig een geheimhoudingsplicht tot stand is gekomen.

De bewezenverklaring kan reeds daarom niet in stand blijven.

In ieder geval brengt deze stand van zaken mee dat de verwerping van het verweer van verzoeker, dat hij zich niet bewust was van het vertrouwelijk karakter van de stukken, ontoereikend is te achten. Daarbij speelt tevens een rol dat verzoeker er op heeft gewezen dat de informatie die hij in zijn vraagstelling had verwerkt, al was ingebracht in een gerechtelijke procedure bij de Raad van State, waarvan hij de datum en het kenmerk heeft genoemd.<sup>16</sup>

Het hof heeft weliswaar een aantal feiten en omstandigheden in het arrest genoemd op grond waarvan werd geoordeeld dat het vertrouwelijk karakter aan verzoeker duidelijk had dienen te zijn, doch de daartoe gegeven overwegingen zijn zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet voldoende begrijpelijk. Met name valt niet in te zien waarom verzoeker aan de aantekeningen bij de verstrekte stukken niet de conclusie heeft mogen verbinden dat de stukken, inclusief het verstrekte Risicoprofiel, waren gescreend op vertrouwelijkheid, gecontroleerd op de vereisten van de Wet openbaarheid van bestuur en vervolgens vrijgegeven. Dat is immers op voorhand de meest logische conclusie die men uit die vastlegging kan trekken. Bovendien wordt die conclusie bevestigd door de meergenoemde getuigenverklaring van Quispel, die door het hof tot bewijs is gebezigd. Daarbij wijst verzoeker er in elk geval op dat zijn betoog (als ook de vaststellingen door het hof) op meer gronden berustte dan op *“het enkele feit dat de meergenoemde notitie niet voorzien was van een stempel “geheim” of “vertrouwelijk” (...).”*<sup>17</sup>

Aan die stand van zaken kan niet, althans onvoldoende afdoen dat de voorzitter van de raadsvergadering heeft opgemerkt dat een deel van de ter inzage verstrekte stukken vertrouwelijk was, nu niet of onvoldoende duidelijk is op welk deel van de stukken dat

---

<sup>16</sup> Pleitnota p. 5, verwijzend naar de uitspraak van de Raad van State in de zaak met kenmerk 200605655/1 d.d. 23 januari 2008;

<sup>17</sup> Arrest p. 8;

betrekking heeft. Evenmin kan daaraan afdoen de overweging van het hof dat het verzoeker op grond van zijn jarenlange raadservaring duidelijk had moeten zijn dat de door hem geopenbaarde informatie een geheim karakter had. Die jarenlange ervaring kan immers evengoed tot de overtuiging hebben geleid dat, gelet op de schriftelijk vastgelegde afspraken, de stukken waren gescreend en vrijgegeven. Juist om dergelijke misverstanden te voorkomen zal de wetgever waarde hebben gehecht aan de in de Memorie van Toelichting opgenomen passage dat art. 25 lid 2 Gemeentewet beoogd te verzekeren dat een eventueel geheim karakter van meet af aan duidelijk is. Aan dat vereiste is in casu niet, althans volstrekt onvoldoende voldaan.

Verzoeker meent in elk geval dat de verwerping van zijn verweer zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet begrijpelijk is te achten.

Ook daarom kan 's hofs arrest niet in stand blijven.

#### Middel IV

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet-naleving nietigheid meebrengt. In het bijzonder zijn de art. 350, 359 en 415 Sv en art. 25 Gemeentewet geschonden, doordat het hof het verweer dat er geen sprake was van een opgelegde geheimhoudingsplicht omdat de gemeenteraad deze nimmer had bekrachtigd ex art. 25 lid 3 Gemeentewet, heeft verworpen op gronden die deze verwerping niet kunnen dragen.

#### Toelichting

Ingevolge art. 25 lid 2 Gemeentewet kan geheimhouding worden opgelegd door het college van B en W, de burgemeester of een commissie, ten aanzien van stukken die zij aan de raad of aan leden van de raad overleggen. Het artikel maakt dus onderscheid tussen twee oplegbare vormen van geheimhouding, te weten (i) de geheimhouding met betrekking tot aan de raad overgelegde stukken, en (ii) de geheimhouding met betrekking tot aan (één of meer) leden van de raad overgelegde stukken.

Verzoeker heeft betoogd dat een eventueel opgelegde geheimhouding was vervallen, omdat deze in strijd met artikel 25 lid 3 Gemeentewet niet in de eerstvolgende vergadering was bekrachtigd door de raad. Dat verweer is door het hof verworpen met de overweging.<sup>18</sup>

*“Het onderhavige geval bracht een plicht tot geheimhouding van aan verdachte als lid van de raad overgelegde stukken, onder welke de notitie “Risicoprofiel Bergse Haven” d.d. 21 maart 2007, zoals bedoeld in art. 25 lid 4 van de Gemeentewet, en niet, zoals de verdachte stelt, van aan de gemeenteraad zelf overgelegde stukken. Anders dan verdachte meent is artikel 25 lid 3 van de Gemeentewet hier dan ook niet van toepassing, zodat de daarin genoemde procedure ook niet behoefde te worden gevolgd.”*

Verzoeker meent dat het hof daarbij is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de aard van de (eventueel) opgelegde geheimhoudingsplicht.

Het onderwerp Bergse Haven is blijkens het dossier, en wel blijkens een bewijsmiddel waarnaar het hof ter onderbouwing van het arrest uitdrukkelijk verwijst, in de raadsvergadering van 25 juni 2009 aan de orde geweest.<sup>19</sup> Die raadsvergadering ging vooraf aan het verstrekken van inzage in de stukken waaruit de informatie is geput, waarop de dagvaarding betrekking heeft.

Van die raadsvergadering is een woordelijk verslag gemaakt, dat zich in het dossier bevindt. Dat geschrift (“woordelijk verslag (...) van de vergadering van de gemeenteraad van Bergen op Zoom d.d. 25 juni 2009”<sup>20</sup>) vermeldt als mededelingen van de Voorzitter van die betreffende vergadering onder meer:

*“Dat betekent dat u als raad gewoon alle informatie mag inzien, ook vertrouwelijke informatie, geheime informatie, omdat u de eed en belofte heeft gedaan. U mag beschikken over alles wat in ons huis is. Anders kunt u uw controlerende taak ook niet waarmaken. Dat betekent dat, zoals het college in ieder geval heeft aangegeven in de*

---

<sup>18</sup> Arrest p. 7;

<sup>19</sup> Het hof verwijst naar het woordelijk verslag van deze raadsvergadering in voetnoot 10 op pagina 5 van het arrest, verwijzend naar onder meer dossier pagina 75;

<sup>20</sup> Op dossierpagina 75 voornoemd;

*brief, de stukken ook van de commissie Bergse Haven die vertrouwelijk zijn gewisseld afgelopen dinsdag, dat die ter inzage voor u als raad liggen bij de griffie.”*

Uit dit woordelijk verslag blijkt dat het gaat om het verstrekken van inzage in relevante documenten aan de gemeenteraad als zodanig, ter voorbereiding op de verdere bespreking van dit punt in een latere vergadering van de gemeenteraad. Daarmee heeft het geven van inzage in deze stukken (hetgeen gelijk te stellen is aan de term ‘overleggen van stukken’<sup>21</sup>) tijdens deze vergadering een bredere strekking gekregen dan in een eerder stadium wellicht het geval is geweest. Dat niet alle raadsleden van dat aanbod gebruik hebben gemaakt, of zelfs maar één, wil niet zeggen dat het niet gaat om een tot de raad (en niet slechts tot individuele leden daarvan) gericht aanbod.

Uit voormeld citaat kan dan ook niet anders dan worden geconcludeerd dat er sprake is van aan de gemeenteraad overgelegde (c.q. ter inzage aangeboden) stukken, en niet slechts aan individuele leden van de raad overgelegde stukken. Dat betreft in elk geval de in het citaat uitdrukkelijk genoemde stukken van de Commissie Bergse Haven, waaronder het stuk waaruit verzoeker in zijn vraagstelling heeft geciteerd en waarop de dagvaarding ziet. Nu deze inzage is aangeboden aan de raad als zodanig, en niet aan (bepaalde) leden van de raad, had - anders dan het hof overwoog - de procedure van art. 25 lid 3 Gw wel gevolgd dienen te worden. Aangezien dat kennelijk nimmer is gebeurd is de opgelegde geheimhouding van rechtswege vervallen.

’s Hofs verwerping gaat derhalve ten onrechte er van uit dat de stukken aan verzoeker als individueel lid van de raad zouden zijn verstrekt, en gaat evenzeer ten onrechte er van uit dat het bepaalde in artikel 25 lid 3 Gemeentewet niet van toepassing zou zijn geweest. ’s Hofs verwerping van het verweer is derhalve niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

In elk geval blijkt uit het arrest onvoldoende duidelijk dat er sprake was van een rechtsgeldig aan verzoeker opgelegde geheimhouding die door hem zou zijn geschonden. Ook daarom kan ’s hofs arrest niet in stand blijven.

---

<sup>21</sup> T&C GPW, aant. 3c op art. 25 Gem.wet;

### Middel V

Het recht is geschonden en/of er zijn vormen verzuimd waarvan niet-naleving nietigheid meebrengt. In het bijzonder zijn de art. 350, 359 en 415 Sv, art. 25 Gemeentewet, art. 10 Wet openbaarheid van bestuur en art. 10 EVRM geschonden, nu de door verzoeker geopenbaarde informatie waarop de dagvaarding ziet geen informatie is, waarvan de bescherming zodanig noodzakelijk is in een democratische rechtstaat dat het recht op vrije meningsuiting daarvoor kan worden beperkt.

### Toelichting:

Verzoeker heeft ten verweer aangedragen dat hij door de opgelegde geheimhouding ten onrechte wordt beperkt in zijn recht op vrije meningsuiting, zoals gegarandeerd in art. 7 Grondwet en art. 10 EVRM. Het hof heeft dat verweer verworpen met de navolgende overweging:<sup>22</sup>

*“Ingevolge artikel 10 lid 2 EVRM kan men worden beperkt in zijn grondwettelijk recht van vrijheid van meningsuiting. Dit kan op velerlei manieren, onder meer door een op artikel 25 Gemeentewet gebaseerde geheimhoudingsplicht. De wet biedt de leden van de gemeenteraad voldoende mogelijkheid om tegen een hen opgelegde plicht tot geheimhouding van bepaalde informatie op te komen. Van een onredelijke beperking is op zichzelf geen sprake.”*

Aldus heeft het hof terecht in zijn overwegingen betrokken dat de aan verzoeker verweten gedragingen in beginsel onder het recht op vrije meningsuiting vallen, en tevens dat dit recht onder omstandigheden kan worden beperkt. Het hof heeft daartoe vastgesteld dat de aan verzoeker door geheimhouding opgelegde beperking is voorzien bij de wet. Voorts heeft het hof gewezen op de wettelijke mogelijkheden om de opgelegde beperking aan te vechten.

Hetgeen ontbreekt in de door het hof aangelegde toets is de vraag of de in casu aan verzoeker opgelegde beperking noodzakelijk was in een democratische samenleving *“in het belang van de nationale veiligheid, territoriale integriteit of openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming*

---

<sup>22</sup> Arrest p. 7;

*van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen”, zoals art. 10 EVRM bepaalt. Binnen die toets behoort tevens de vraag naar de proportionaliteit van de opgelegde beperking aan de orde te komen.*

Blijkens de stukken van het geding gaat het in casu om financiële gegevens, meer specifiek om onder meer de onteigenings(markt)waarde van percelen, terwijl het proces van onteigening door de gemeente nog niet was afgerond.<sup>23</sup> Het hof heeft dienaangaande nog overwogen:<sup>24</sup>

*“Deze notitie bevatte financiële informatie en gegevens van de grondexploitaties en begrotingen, alsmede gevoelige en vertrouwelijke informatie met betrekking tot een project waarmee grote financiële belangen waren gemoeid. Met bekendmaking zouden betrokken marktpartijen hun voordeel kunnen doen, waardoor de belangen van de gemeente konden worden geschaad. Van zo oude informatie, dat openbaarmaking niet meer zou kunnen schaden, was geen sprake. Ook verdachte zelf heeft verklaard dat deze informatie van belang was in verband met onteigening door de gemeente, die op 21 september 2009, in elk geval formeel gezien, nog niet volledig was gestopt.”*

Uit de vaststellingen door het hof onder het kopje “Geldigheid en strekking van de inleidende dagvaarding”<sup>25</sup> volgt voorts dat de tenlastelegging uitsluitend betrekking heeft op informatie die afkomstig is uit de notitie “Risicoprofiel Bergse Haven” (gedateerd 21 maart 2007) en is verwerkt in de vragen die hij op 21 september 2009 heeft gesteld, “in het bijzonder de vragen 52 en 53”.

De vraag die derhalve door verzoeker werd opgeworpen luidt, of het beperken van zijn recht als gemeenteraadslid om openbare vragen te stellen aan het college van B&W over mogelijk risicovol financieel beleid dat de gemeente aangaat, nodig is in een democratische samenleving. Daarbij staat volgens de aangifte en het hof de concurrentiepositie van de gemeente ten opzichte van betrokken marktpartijen centraal,

---

<sup>23</sup> Zie onder meer de aangifte in het dossier, p. 10, waarnaar door het hof wordt verwezen in het arrest in voetnoot 2 op p. 4 en in voetnoot 7 op p. 5;

<sup>24</sup> Arrest p. 7;

<sup>25</sup> Arrest p. 1, 2;

waarbij onder meer in de aangifte wordt geklaagd over het feit dat de onteigeningswaarde van te onteigenen percelen deel uitmaakte van de betreffende informatie.

Het komt verzoeker voor dat het recht om het grondrecht van vrije meningsuiting te beperken in een democratische samenleving, niet noodzakelijk kan worden geacht ter geheimhouding van de marktwaarde van percelen die de gemeente wil onteigenen. Hetzelfde geldt voor informatie omtrent mogelijk risicovol financieel beleid dat de begroting van een gemeente raakt. Een en ander klemmt nog temeer nu de beperking een gemeenteraadslid treft in het recht om, als volksvertegenwoordiger binnen de gemeenteraad, in het openbaar vragen te stellen aan het college van B&W en hen aldus ter verantwoording te roepen. Overigens gaat het daarbij blijkens de aangifte, waarnaar het hof in dit opzicht verwijst<sup>26</sup>, om het verschil tussen begrote kosten en marktwaarden c.q. reële kosten. Opgemerkt wordt dat marktwaarden en reële kosten niet snel als betrouwbaar zijn te bestempelen, terwijl een in dat opzicht tekort schietende begroting voor marktpartijen die daarmee bekend raken niet snel leidend zal zijn bij het bepalen van hun onderhandelingspositie. Zij zullen eerder van markt- en reële waarden uitgaan, die eenvoudig zijn vast te stellen. Bovendien lijkt verzoeker blijkens de aangifte ten hoogste enkele bedragen te hebben genoemd en aan het college te hebben gevraagd of de risico's besproken waren en of er nadere stukken beschikbaar waren voor nader onderzoek. Er is geen sprake van uitvoerige citaten uit verstrekte stukken.

Voorts speelt een rol dat het proces van onteigening, blijkens de vaststelling door het hof, reeds in een vergevorderd stadium was, zo begrijpt verzoeker althans de hiervoor geciteerde overweging dat 'de onteigening op 21 september in elk geval formeel gezien nog niet volledig was gestopt'.

En ten slotte heeft verzoeker er nog op gewezen dat de informatie die hij in zijn vraagstelling had verwerkt, al was ingebracht in een gerechtelijke procedure bij de Raad van State, waarvan hij de datum en het kenmerk heeft genoemd.<sup>27</sup>

Het recht van een volksvertegenwoordiger om in het openbaar vragen te stellen aan het bestuur, wordt mede vorm gegeven door het recht op vrije meningsuiting ex onder meer

---

<sup>26</sup> Arrest p. 5, voetnoot 8, verwijzend naar de nadere verklaring van aangeefster, p. 60;

<sup>27</sup> Pleitnota p. 5, verwijzend naar de uitspraak van de Raad van State in de zaak met kenmerk 200605655/1 d.d. 23 januari 2008;

art. 10 EVRM. Het openbare karakter van die vraagstelling kan daarin een binnen een democratische rechtstaat aanvaardbaar en zelfs noodzakelijk extra drukmiddel zijn om de democratische controle effectief te doen zijn, temeer als deze wordt benut door een daartoe gekozen volksvertegenwoordiger. De hiervoor besproken omstandigheden voeren bovendien tot de conclusie dat verzoeker niet op een onevenredige wijze uit het Risicoprofiel heeft geciteerd, en dat op een tijdstip dat de onteigeningsprocedure – blijkens de vaststelling door het Hof – al in een vergevorderd stadium was en alleen ‘formeel gezien nog niet volledig was gestopt’.<sup>28</sup> Verzoeker heeft bovendien aangevoerd dat die informatie al openbaar was geworden door inbreng in een gerechtelijke procedure die tot een uitspraak van de Raad van State had geleid d.d. 23 januari 2008.

Verzoeker meent derhalve dat de aard van de informatie niet zodanig is dat de afscherming ervan door geheimhouding noodzakelijk is in een democratische samenleving. Voorts is het - gezien de aard van de informatie, het stadium waarin het project zich bevond en de rol die verzoeker als gemeenteraadslid vervult - disproportioneel te achten om hem een geheimhoudingsplicht op te leggen. Het recht om de vrijheid van meningsuiting van een volksvertegenwoordiger te beperken is niet gegeven om de concurrentiepositie van de gemeente ten opzichte van marktpartijen te beschermen, en zeker niet als het gaat om het verschil tussen de begrote onteigeningskosten en de werkelijke (onafhankelijk vast te stellen) marktwarde van de te onteigenen percelen.

Voorts meent hij dat het in een democratische samenleving niet noodzakelijk is om hem als gemeenteraadslid te beperken in het stellen van vragen aan het gemeentebestuur omtrent financiële aspecten van het gevoerde beleid.

Het hof heeft derhalve het beroep op de vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM ten onrechte verworpen, althans op gronden die de verwerping niet kunnen dragen. Daarbij heeft een hof ten onrechte een onvolledige toets aangelegd door niet te beoordelen of de beperking noodzakelijk was in een democratische samenleving.

’s Hofs arrest kan derhalve niet in stand blijven.

---

<sup>28</sup> Arrest hof p. 7, laatste regel;

\*\*\*

Deze schriftuur wordt ingediend door mr I. van Straalen, advocaat te 's-Gravenhage aan de Eisenhowerlaan 102, die verklaart dat verzoeker hem daartoe bepaaldelijk heeft gevolmachtigd,

's-Gravenhage, 5 augustus 2013

I. van Straalen