



Universiteit Utrecht

Capra Advocaten

12 MEI 2017

JZ, Postbus 80125, 3508 TC Utrecht

Aan het College van Bestuur van
Wageningen University & Research
Postbus 9100
6700 PB Wageningen

Bezwarencommissie

ex artikel 7:13 van de Algemene wet
bestuursrecht

Bezoekadres

Heidelberglaan 8, Utrecht

Ons kenmerk JZ13125
Telefoon 030 253 15 38
Fax 030 253 77 70
E-mail t.f.arsav@uu.nl
Website www.uu.nl

Datum 9 mei 2017
Onderwerp Advies bezwaarschrift van Elsevier Science B.V., gevestigd te Amsterdam (hierna: Elsevier), inzake openbaarmaking van opgevraagde gegevens in het kader van de Wet openbaarheid van bestuur inzake Open Access licenties

Geacht College,

U hebt advies gevraagd aan een door onder meer uw universiteit ingestelde landelijke commissie ex art. 7:13 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de commissie) over het bezwaarschrift van Elsevier van 15 december 2016, gericht tegen een op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) door u genomen besluit, strekkende tot het (gedeeltelijk) openbaar maken van stukken die betrekking hebben op de Open Access licenties tussen uw College en Elsevier.

De bezwaren zijn gericht tegen het besluit van uw College (hierna: de verweerder) van 2 december 2016, kenmerk 16/05395/HK/MA.

Samenstelling commissie

Voor de behandeling van de bezwaren is de commissie als volgt samengesteld: mr. W.M.P. van Alphen (voorzitter), prof. mr. H.R.B.M. Kummeling en prof. mr. A.W. Hins. De commissie is bijgestaan door mw. T.F. Arsav (secretaris).

Verslag van de hoorzittingen

Op 22 maart 2017 heeft er ten aanzien van het besluit van verweerder een hoorzitting plaatsgevonden naar aanleiding van het bezwaar van Elsevier. De commissie heeft tijdens de hoorzitting onderscheid gemaakt tussen een openbaar deel voor de juridische aspecten en een besloten deel voor de inhoudelijke, vertrouwelijke aspecten. Een verslag van het besloten deel is apart bijgevoegd en zal separaat worden toegezonden. Hieronder volgt een samenvatting van het openbare deel van de hoorzitting.

Voor de verweerder zijn verschenen mw. mr. L.S. van Loon (gemachtigde), mr. J.M.J. van de Pas (UU, medegemachtigde), de heer R. van Vooren (VSNU, medegemachtigde), mw. mr. J.E.J. Niesters (OU), mw. mr. S. Lemmen (UR), mr. A.D. van Eggelen (TuE). Voor bezwaarde zijn verschenen mr. R.S. Le Poole (gemachtigde), de heer J. bij de Weg, de heer F. Haest en de heer M. Kohlman. De heer L. Waaijers is als belanghebbende aanwezig. Verder zijn als toehoorder aanwezig de heer S. de Knecht, hoofdredacteur Scienceguide, en mw. mr. M. Krol.



Tijdens de hoorzitting hebben bezwaarde en verweerder de gelegenheid gekregen hun standpunten toe te lichten.

Verslag openbaar deel

Bezwaarde reikt een pleitnota en enkele andere reeds openbare stukken ter kennisgeving uit (tab 1 t/m 4) en pleit voorts conform pleitnota. (pleitnota is aangehecht). Bezwaarde handhaaft het bezwaar tegen openbaarmaking van de informatie over de Pilot Gold Open Access (hierna: Pilot) in Schedules 1.1 en 1.2 bij de overeenkomst en in de correspondentie. Er wordt geen bezwaar gemaakt tegen openbaarmaking van de subscription agreement (de overeenkomst), de total fees en de algemene voorwaarden.

Verweerder wil reageren aan de hand van het verweerschrift. De secretaris overhandigt het verweerschrift aan bezwaarde.

Verweerder meent dat de bezwaarschriften van Elsevier te algemeen zijn gesteld. Elsevier verwijst in het bezwaarschrift naar de Schedules 1.1 en 1.2 van de overeenkomst en de correspondentie zonder enige toelichting te geven waarom de hierin opgenomen informatie over de pilot bedrijfs- en fabricagegegevens zou betreffen. Verweerder kan uit de stukken echter niet opmaken welke informatie daartoe zo specifiek en gevoelig is. Onder verwijzing naar vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over hetgeen verstaan moet worden onder bedrijfs- en fabricagegegevens meent verweerder dat de informatie in de stukken geen wetenswaardigheden betreffen met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers. Verweerder stelt dat Elsevier dat vooralsnog niet heeft kunnen aantonen.

In het verlengde verwijst verweerder ten aanzien van de absolute weigeringsgrond fabricage- en bedrijfsgegevens waarop Elsevier zich beroept, naar een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 30 mei 2012¹. Het betreft een kwestie tussen de Minister van Defensie die met het ICT-bedrijf Baan B.V. een beschikkingsbedrag was overeengekomen, waarvan een derden het overeengekomen bedrag wilde weten. De minister heeft dit geweigerd omdat het hier vertrouwelijke bedrijfsgegevens van Baan zou betreffen en als zodanig onder de uitzonderingsgrond bedrijfs- en fabricagegegevens zou vallen. De Afdeling was van oordeel dat het schikkingsbedrag niet aan te merken viel als bedrijfsgegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld zoals bedoeld in artikel 10, 1^e lid aanhef en sub c van de Wob. Hierbij was van belang dat het schikkingsbedrag tussen de minister en Baan was overeengekomen en derhalve het resultaat was van onderhandelingen tussen de minister en Baan. Dat de onderhandelingen vertrouwelijk van aard waren, leidt niet tot een ander oordeel. Volgens verweerder kan deze uitspraak ook in deze zaak opgaan. Hier geldt dat de overeenkomst en de verslagen van het Algemeen Bestuur van de VSNU de resultaten zijn van onderhandelingen. Hetgeen daarin bepaald is en afgewogen en overeengekomen geeft nog geen inkijk in de bedrijfsvoering van Elsevier. Deze stukken kunnen derhalve niet worden aangemerkt als zijnde bedrijfsgevoelige gegevens die Elsevier aan de overheid heeft meegedeeld. Het primaire standpunt van verweerder is daarom dat er geen sprake is van de absolute weigeringsgrond bedrijfs- en fabricagegegevens.

Verweerder merkt op dat de stelling van Elsevier in de pleitnota dat belanghebbende onvoldoende helder heeft gemaakt welk commercieel belang hij zou hebben bij openbaarmaking van de gevraagde gegevens, er niet toe doet. Het betreft hier een algemeen belang van openbaarmaking.

Verweerder betwist het argument van Elsevier dat openbaarmaking van de informatie over de pilot de onderhandelingspositie en concurrentiepositie van Elsevier zal verslechteren. Verweerder is juist van mening dat gelet op het feit dat het een specifieke pilot betreft Elsevier aan haar toekomstige onderhandelingspartners moet kunnen uitleggen dat deze pilot onder dezelfde omstandigheden niet voor herhaling vatbaar is. Om die reden zal openbaarmaking van de stukken niet tot onevenredige benadeling leiden.

¹ ABRvS 30 mei 2012, ECLI:NL:2012:BW6910



Verweerder merkt tevens op dat er geen sprake is van de uitzonderingsgrond onevenredige benadeling; omdat alle uitgevers (Elsevier en Springer uitgezonderd) hebben ingestemd met volledige openbaarmaking van hun overeenkomsten. Verweerder is daarbij van mening dat Elsevier ten opzichte van de andere uitgevers juist zou worden bevoordeeld wanneer Elsevier de gevraagde documentatie niet openbaar hoeft te maken.

Verweerder wil tenslotte nog opmerken dat de openbare universiteiten maatschappelijke instellingen zijn die voornamelijk uit openbare middelen worden gefinancierd. Gelet op het feit dat over de besteding van de middelen volledige verantwoording dient te worden afgelegd, is verweerder van oordeel dat transparantie over de inhoud van contracten die tussen de openbare universiteiten en de commerciële marktpartijen worden gesloten, zwaarder zou moeten wegen dan het belang van een commerciële marktpartij die de informatie geheim wil houden uit commerciële overwegingen.

Bezwaarde geeft aan in besloten setting te zullen reageren.

De commissie vraagt belanghebbende of hij zijn eerder ingenomen standpunt – luidend: integrale openbaarmaking van de gevraagde gegevens – wil handhaven. Belanghebbende bevestigt dit en benadrukt daarbij dat hij daarbij geen enkel commercieel belang heeft.

De openbare zitting wordt beëindigd.

Overwegingen van de commissie

De commissie tekent hierbij als eerste aan dat op hetgeen door partijen in het besloten deel van de hoorzitting is verklaard hierna voor zoveel nodig en met inachtneming van die beslotenheid zal worden ingegaan.

Aan de orde is een advies over de heroverweging van het besluit van verweerder van 2 december 2016. Deze heroverweging geschiedt binnen de wettelijke kaders die van toepassing zijn op het besluit waartegen bezwaar is gemaakt. Deze kaders betreffen de Wob (Hoofdstuk V Uitzonderingsgronden en beperkingen) en relevante jurisprudentie. Voorts geschiedt de heroverweging van het besluit van 2 december 2016 op de gronden die door de bezwaarde zijn aangevoerd.

Wet openbaarheid van bestuur:

1. Ingevolge artikel 3, eerste lid van de 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.
2. Ingevolge het vijfde lid van de Wob wordt een verzoek om informatie ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11.
3. Ingevolge artikel 7, tweede lid, aanhef en onder a van de Wob verstrekt het bestuursorgaan de informatie in de door verzoeker verzochte vorm, tenzij het verstrekken van de informatie in die vorm redelijkerwijs niet gevegd kan worden.
4. Ingevolge artikel 6, vijfde lid van de Wob wordt informatie verstrekt tegelijk met de bekendmaking van het besluit, tenzij naar verwachting een belanghebbende bezwaar daar tegen heeft, in welk geval de informatie niet eerder wordt verstrekt dan twee weken nadat de beslissing is bekendgemaakt.
5. Ingevolge artikel 10, eerste lid van de Wob blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege voor zover dit:
[..];
c. bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;
d. persoonsgegevens betreft als bedoeld in paragraaf 2 van hoofdstuk 2 van de Wet bescherming persoonsgegevens, tenzij de verstrekking kennelijk geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt.



6. Ingevolge artikel 10, tweede lid van de Wob blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

[...];

e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;

[...];

g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden.

Elsevier wenst haar bezwaar tegen de openbaarmaking door verweerder te beperken tot één onderdeel in de Overeenkomst en correspondentie, namelijk de informatie die betrekking heeft op de Pilot Gold Open Access, opgenomen de Schedules 1.1 en 1.2 bij de Overeenkomst en vermeld in de correspondentie.

Gronden van bezwaar

De gronden van bezwaar zoals in het bezwaarschrift van Elsevier tijdens de zitting op 22 maart 2017 naar voren zijn gebracht, zijn de volgende:

- artikel 10, lid 2 sub g van de Wob: het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden;
- artikel 10, lid 1 sub c van de Wob: bedrijfs- en fabricagegegevens die door natuurlijke personen of rechtspersonen aan de overheid zijn meegedeeld.

Overwegingen ten aanzien van gronden van bezwaar

Ten aanzien van de gronden zoals hierboven genoemd overweegt de commissie als volgt.

Met betrekking tot het bepaalde in artikel 10, lid 1, aanhef en sub c van de Wob stelt de commissie voorop dat het in dit artikelonderdeel bepaalde volgens vaste jurisprudentie restrictief dient te worden uitgelegd (zie onder andere ECLI:NL:RVS:2016:3415). Uit de door Elsevier in dit bezwaar overgelegde stukken is door de commissie niet afgeleid kunnen worden dat daarin sprake is van wetenswaardigheden die betrekking hebben op de technische bedrijfsvoering van Elsevier, noch over het gevoerde productieproces. Ook ter zitting is door Elsevier in dit opzicht niet dan wel onvoldoende inzicht verschaft. Elsevier heeft desgevraagd niet met concrete voorbeelden uit of verklaringen over die bedrijfsvoering haar stellingen ter zake onderbouwd. Evenmin is uit die stukken en verklaringen enig inzicht af te leiden ter zake de afzet van producten of kring van leveranciers of afnemers. Voor zover in die stukken financiële cijfers zijn opgenomen zijn die niet zodanig bepalend dat daarmee een relevant inzicht in de financiële bedrijfsvoering van de uitgeverijen wordt verstrekt. Verweerder heeft daarom in het bestreden besluit terecht ten aanzien van de in geding zijnde stukken geconcludeerd dat die niet vallen onder het bereik van de zojuist aangehaalde wetsbepaling. Het beroep is in zoverre dan ook ongegrond.

Met Elsevier is de commissie van mening dat het verstrekken van alle in dit bezwaar aan de orde zijnde stukken met betrekking tot de door SURFmarket voorbereide overeenkomsten inzake Open Access met enerzijds een tiental uitgevers, waaronder Elsevier, en anderzijds een aantal Nederlandse openbare universiteiten, leidt tot een zeker nadeel bij die uitgevers als bedoeld in artikel 10, lid 2, aanhef en onder g van de Wob. In dit bezwaar is daarom aan de orde de vraag of dat nadeel voor Elsevier onevenredig zwaar is in relatie tot het belang van openbaarheid van de niet openbaar gemaakte stukken.

Kern van het betoog om de in geding zijnde stukken niet openbaar te maken is gelegen in de omstandigheid dat de onderhandelingspositie van Elsevier daardoor verslechtert en dat de economische en financiële belangen van Elsevier worden geschaad.

Uit de door Elsevier op dit onderdeel gegeven toelichting vermag de commissie niet op te maken waarin het vereiste van meer dan enig onevenredig nadeel is gelegen. Het feit dat het in casu om een bijzondere overeenkomst zou gaan en dat andere partijen dienovereenkomstig met Elsevier zouden willen contracteren kan niet als zodanig gelden. Van Elsevier mag en kan verlangd worden dat zij in een voorkomend geval zich beroept op de gestelde bijzonderheid



van die overeenkomst en die aan potentiële wederpartijen ook duidelijk maakt. Dit nadeel kan aldus niet geacht worden zodanig onevenredig te zijn dat het belang van openbaarheid daarvoor zou moeten wijken. Verweerder kan daarom niet gezegd worden door tot de openbaarmaking van de hier aan de orde zijnde stukken over te gaan, te handelen in strijd met het evengenoemde onderdeel van artikel 10 van de Wob. Het bezwaar daartegen is daarom ongegrond.

Op grond van het hiervoor staande komt de commissie tot de conclusie het bezwaar van Elsevier ongegrond is, zodat zal worden geadviseerd als volgt.

Advies

De commissie adviseert uw College van Bestuur om het beroep ongegrond te verklaren.

de voorzitter,
mr. W.M.P. van Alphen

de secretaris,
mw. T.F. Arsav