

**ABRvS van 30 maart 2011, LJN: BP9590, zaaknr. 201007835/1/H3**

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BP9590>

Art.: art. 1a, lid 1, aanhef en sub d, Wob, art. 1, aanhef en sub c, Besluit bestuursorganen WNo en Wob, art. 1:30, 1:33 en 1:40 Wet financieel toezicht (Wft),

**Trefw.:** van de werkingssfeer van de Wob uitgezonderde bestuursorganen, niet-ontvankelijkheid, besluitbegrip, beoordeling omtrent de aanwezigheid en reikwijdte van de door de aanvrager veronderstelde bevoegdheid, evidente afwezigheid van enige publiekrechtelijke rechtsplicht en daaruit voortvloeiende bevoegdheid, geen openbaarmaking kosten van toezicht AFM, geen wethistorische of systematische interpretatie nu de tekst voldoende concreet en duidelijk is.

### Samenvatting

De AFM heeft appellant meegedeeld dat het zijn verzoek om openbaarmaking van documenten inzake de bekostiging van het door de AFM uitgeoefende toezicht niet in behandeling zal nemen. Het hiertegen gemaakte bezwaar is niet-ontvankelijk verklaard en het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond. In hoger beroep overweegt de Afdeling ambtshalve: een mededeling van een bestuursorgaan dat het in een bepaald geval niet bevoegd is het door verzoeker gewenste rechtsgevolg te bewerkstelligen, moet in beginsel worden aangemerkt als een besluit als bedoeld in art. 1:3, eerste lid, van de Awb, aangezien een dergelijke mededeling in ieder geval een beoordeling inhoudt aangaande de aanwezigheid en de reikwijdte van de door de aanvrager van een besluit veronderstelde bevoegdheid. Indien aan het bestuursorgaan waaraan het verzoek is gericht geen enkele bevoegdheid is toegekend ter uitvoering van de wettelijke regeling waarop het verzoek betrekking heeft en het ook geen bemoediging heeft met de aan andere bestuursorganen opgedragen uitvoering of handhaving van deze wettelijke regeling, is echter geen sprake van een besluit. De mededeling van de AFM houdt een beoordeling in van de reikwijdte van de door appellant veronderstelde bevoegdheid van de AFM op grond van de Wob. Deze mededeling is derhalve een besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb, tenzij evident geen sprake is van enige publiekrechtelijke rechtsplicht en daaruit voortvloeiende bevoegdheid. Die omstandigheid doet zich hier niet voor, nu de AFM op grond van Wob en Besluit bestuursorganen WNo en Wob slechts als bestuursorgaan van de Wob is uitgezonderd voor zover zij is belast met werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden op grond van de Wft. Dit betekent dat de AFM het bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. De rechtbank heeft dit ten onrechte niet onderkend.

Met betrekking tot de uitleg van artikel 1, aanhef en sub c, van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob, gebaseerd op art. 1a, eerste lid, aanhef en onder d, van de Wob, oordeelt de Afdeling met betrekking tot de hierin voor de AFM opgenomen uitzondering dat deze mede betrekking heeft op de door de AFM gemaakte kosten van toezicht. Reeds omdat de tekst van deze bepaling voldoende concreet en duidelijk is, kan het beroep van appellant op de geschiedenis van de totstandkoming hiervan en de oude toezichtwetgeving, zoals deze gold ten tijde van de totstandkoming van het Besluit, niet slagen. Het beroep op het gelijkheidsbeginsel kan aan deze uitleg evenmin afdoen.

### Noot

1. Deze uitspraak is om drie redenen van belang. Ten eerste vanwege de betekenis ervan voor de ontvankelijkheidsjurisprudentie in geval van (veronderstelde) onbevoegdheid. Weliswaar bevestigt de Afdeling in deze uitspraak eerdere rechtspraak, met een kleine, echter betekenisvolle toevoeging, maar is bijzondere aandacht voor dit onderdeel op zijn plaats vanwege de dogmatische betekenis ervan, mede in relatie tot het leerstuk van het bestuurlijk rechtsoordeel als onderdeel van het besluitbegrip. Ten tweede omdat deze uitspraak nog eens de aandacht vestigt op de betekenis van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob als beperkingsregeling ten aanzien van de gelding van de Wob (art. 1a, eerste lid, aanhef en sub d, van de Wob). In het bijzonder op de wijze waarop de Afdeling de uitzonderingsbepaling in art. 1, aanhef en sub c, van

het Besluit bestuursorganen WNo en Wob met betrekking tot de AFM uitlegt. Zie in dit verband tevens de uitspraak van het CBB van 4 september 2009, JB 2009/261 m.nt. dzz. inzake het gesloten systeem van geheimhouding in de Wft. Vgl. ook art. 1:42, zevende lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) met betrekking tot een uitzondering op de Wob (lex specialis) terzake van bij de minister of de in zijn opdracht werkende derde aanwezige gegevens of inlichtingen, afkomstig van de Nederlandsche Bank en/of de AFM.

En ten derde in algemene zin vanwege de betekenis van deze uitspraak voor het financieel bestuursrecht, in het bijzonder het toezicht op de financiële sector en de voorzieningen inzake geheimhouding en openbaarheid daaromtrent. Want deze uitspraak vormt tevens een indicatie over de wijze waarop de Afdeling ten aanzien van vergelijkbare rechtsvragen met betrekking de Nederlandsche Bank en de verschillende toezichtsregimes in de in het Besluit bestuursorganen WNo en Wob genoemde wettelijke regelingen zal oordelen.

2. De bijstand aan appellant vanuit Adfiz, een branchevereniging van onafhankelijke intermediairs op het terrein van verzekeringen, pensioenen en financiële planning, wijst erop dat deze behoort tot de kring van financiële dienstverleners, dus direct belanghebbende is bij de hoogte van de verplichte bijdragen inzake resp. eenmalige toezichthandelingen en het doorlopend toezicht. Tegen deze achtergrond was een Wob-verzoek inzake documenten betreffende de berekening daarvan te verwachten. Zie in dit verband art. 1:40 van de Wft en in het bijzonder het op het vijfde lid van dit artikel gebaseerde (niet door de Afdeling genoemde) Besluit bestuursorgaan financieel toezicht.

3. De uitzonderingsbepaling met betrekking tot de AFM in art. 1, aanhef en sub c, van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob luidt als volgt:

Als bestuursorgaan (...) zijn uitgezonderd:

c. de Stichting Autoriteit Financiële Markten, voor zover belast met werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden ingevolge de Wet toezicht financiële verslaggeving, de Wet op het financieel toezicht, de Wet toezicht financiële verslaggeving, de Wet op het financieel toezicht, de Wet toezicht accountantsorganisaties, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet op het notarisambt.”

In deze uitspraak gaat het over afbakening van de reikwijdte van deze uitzonderingsbepaling inzake de WNo (bevoegdheid Nationale ombudsman) en de Wob. AFM en appellant beriepen zich bij de bestuursrechter voor hun “ruime”, respectievelijk “enge” uitleg van deze uitzonderingsbepaling op de geschiedenis van totstandkoming van deze bepaling. De toelichting op de verschillende wijzigingen van deze bepaling biedt echter geen enkel aanknopingspunt met betrekking tot de afbakening van de reikwijdte ervan. Zie in dit verband het Aanpassingsbesluit Wet op het financieel toezicht, Stb. 2006, 663, het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling, Stb. 2008, 709, en het Besluit financieel toezichtskader pensioenfonds en enige andere besluiten in verband met het aanbrengen van enige verbeteringen, Stb. 2007, 572. Bij de behandeling van de verschillende wetsvoorstellen is dit Wob-aspect eveneens buiten bespreking gebleven, anders dan de in deze wetgeving opgenomen specifieke geheim- (en openbaarmakings-)kaders.

4. Uitgaande van een ruime opvatting over de reikwijdte van de uitzonderingsbepaling heeft de AFM appellant op diens initiële Wob-verzoek meegedeeld dit verzoek niet in behandeling te zullen nemen en vervolgens het hiertegen ingestelde bezwaar tegen buiten behandelingstelling als niet-ontvankelijk aangemerkt, omdat de betreffende brief geen besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb zou inhouden, de AFM ingevolge genoemd Besluit immers als bestuursorgaan van de Wob was uitgezonderd. De AFM beriep zich derhalve op onbevoegdheid inzake de Wob. De rechtbank sloot zich aan bij de uitleg van de AFM en oordeelde dat deze het bezwaar terecht niet ontvankelijk had verklaard.

De Afdeling overweegt ambtshalve, onder verwijzing naar haar uitspraken van 29 november 1996, AB 1997, 66 (zelfstandig schadebesluit) en 7 februari 2010, LJN: BL4154 (afgifte voorrangindicatie), dat een mededeling van een bestuursorgaan dat het in een bepaald geval niet bevoegd is om het door verzoeker gewenste rechtsgevolg te bewerkstelligen, in beginsel wordt

aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, omdat een dergelijke mededeling in ieder geval een beoordeling inhoudt met betrekking tot de aanwezigheid en de reikwijdte van de door de aanvrager van een besluit veronderstelde bevoegdheid. Dit is slechts anders indien aan het betreffende bestuursorgaan geen enkele bevoegdheid is toegekend ter uitvoering van de wettelijke regeling waarop het verzoek betrekking heeft en het ook geen bemoeienis heeft met de aan andere bestuursorganen opgedragen uitvoering of handhaving van deze wettelijke regeling. In de daarop volgende alinea van de Afdeling deze uitzondering als volgt samen: “tenzij evident geen sprake is van enige publiekrechtelijke rechtsplicht en daaruit voortvloeiende bevoegdheid”. Het is deze kernachtige herformulering van de uitzonderingsclausule, in het bijzonder de toevoeging van het element “evident”, die deze uitspraak in relatie tot de bestaande ontvankelijkheidsrechtspraak bijzondere aanvullende betekenis geeft.

Toegepast op de voorliggende casus oordeelt de Afdeling dat nu de AFM slechts van de Wob is uitgezonderd, voor zover zij is belast met werkzaamheden die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden ingevolge de Wft haar mededeling omtrent onbevoegdheid als besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb heeft te gelden. Het bezwaarschrift is dus ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard, hetgeen niet is onderkend door de rechtbank.

Dit betekent dat rechtsoordelen inzake de bevoegdheid van een bestuursorgaan in beginsel als besluit gekwalificeerd zijn en als zodanig in bezwaar en in beroep inhoudelijk behandeld dienen te worden. De toevoeging aan de jurisprudentiële uitzonderingsclausule van het element “evident” betekent dat een bestuursorgaan een dergelijke uitzondering niet te gemakkelijk mag aannemen. Kortom, de afwezigheid van enigerlei - gestelde - bevoegdheid dient (over)duidelijk te zijn, dus geen twijfel te laten, dat wil zeggen vast te staan op grond van wet- en regelgeving en de daarop gebaseerde jurisprudentie.

5. In het voorliggende geval werd aan deze eis van evidente onbevoegdheid niet voldaan. Hoewel dat uit deze uitspraak niet helemaal duidelijk wordt, gaat het in deze casus vooral ook om de toepassing van het tweede onderdeel van de uitzonderingsclausule, te weten: “het (bestuursorgaan, schr.) ook geen bemoeienis heeft met de aan andere bestuursorganen opgedragen uitvoering of handhaving van deze wettelijke regeling”. Uit het hiervoor genoemde Besluit bekostiging financieel toezicht blijkt, dat de AFM weliswaar deze bijdragen- en tarievenregeling uitvoert, maar dat de vaststelling van de hoogte daarvan bij ministeriële regeling wordt vastgesteld (art. 9 en 10 Besluit in samenhang met art. 1:140, derde lid, Wft), dus een expliciete bevoegdheid van de minister van Financiën is.

Wat het bepalen en afbakenen van bevoegdheden van bestuursorganen betreft is sprake van rechtsoordelen. Uit deze uitspraak blijkt weer dat het rechtsoordeel in het kader van de ontvankelijkheidsjurisprudentie ruim geïnterpreteerd dient te worden en dus relatief snel als besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb zal dienen te worden aangemerkt.

Dit type rechtsoordeel moet derhalve uitdrukkelijk worden onderscheiden van het bestuurlijk rechtsoordeel in het kader van het besluitbegrip, ter afgrenzing van de mededeling van informatieve aard als feitelijke handeling. In deze context wordt uitgegaan van een restrictieve benadering, een “nee tenzij”, in tegenstelling tot het “ja tenzij” in deze ontvankelijkheidsjurisprudentie.

Met betrekking tot het bestuurlijk rechtsoordeel is immers de hoofdregel, dat een bericht van een bestuursorgaan inzake zijn opvatting over de gevolgen van rechtsregels voor een bepaalde situatie op zichzelf geen rechtsgevolg in het leven roept en dus geen publiekrechtelijke rechtshandeling is. Daarom is zo'n bestuurlijk rechtsoordeel in de regel geen besluit in de zin van art. 1:3, eerste lid, Awb en is dat slechts anders in uitzonderingssituaties. Zie o.m. de uitspraak van de ABRvS van 8 juli 2009, LJN: BJ1862.

Overtuigend, gezien de ratio van deze differentiatie. Het is volstrekt terecht dat de Afdeling er voor waakt om het oordeel over de wettelijke toekenning van taken en bevoegdheden aan zich te

houden. De afbakening van bestuurlijke bevoegdheden behoort tot de kerntaak van de bestuursrechter, als onderdeel van de effectivering van het rechtsstatelijke legaliteitsbeginsel.

De uitvoeringspraktijk laat echter zien dat de restrictieve uitleg van het bestuurlijk oordeel als besluit soms van invloed is op de vraag of een verzoek of aanvraag in behandeling genomen moet worden. Zie in dit verband met de in deze zaak onderliggende (niet gepubliceerde) uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 30 juni 2010 ook eerdere rechtspraak van deze rechtbank, in het bijzonder de uitspraak van 7 mei 2003, LJN: AG0219.

Gezien de betekenis van deze rechtspraak is het goed dat het normatieve kader inzake bevoegdheidstoetsing in deze uitspraak nog weer eens door de Afdeling is bevestigd.

6. Wat de uitleg van art. 1, aanhef en sub c, van het Besluit bestuursorganen Wno en Wob betreft volgt de Afdeling de opvatting van de AFM. Op basis van kennisneming van de betreffende stukken betreffende de bekostiging van het uitgevoerde toezicht oordeelt de Afdeling dat de verlangde informatie betrekking heeft op werkzaamheden van de AFM die voortvloeien uit dan wel verband houden met haar taken en bevoegdheden ingevolge de Wft.

Zonder de stukken zelf gezien te hebben is daar weinig tegen in te brengen. Bovendien spoort deze opvatting met hetgeen hiervoor is vermeld met betrekking tot de *lex specialis* in de Wft omtrent de minister en derden alsmede met het oordeel van het CBb omtrent het gesloten geheimhoudings- (en openbaarheids)regime in de Wft.

Wel verdient opmerking dat de Afdeling (opnieuw) een rangorde aanbrengt in interpretatiemethoden. Tekstuele (grammaticale) interpretatie krijgt de voorkeur boven wethistorische en wetssystematische interpretatie. De Afdeling gaat dus uit van een rangorde in interpretatiemethodes. Indien de tekst van een bepaling duidelijk is (of lijkt) hoeft niet verder gezocht te worden. Ik ben van de school dat veel wetteksten misschien wel duidelijk lijken, maar het dikwijls niet zijn, zodat meerdere interpretatie-methoden in onderlinge samenhang dienen te worden toegepast. Bovendien komt de Afdeling met deze opstelling op gespannen voet te staan met het Unie-recht. Maar dat heb ik in andere noten al eens aangevoerd. Uit de rechtsontwikkeling inzake de financiële sector op Unie-niveau blijkt, dat het laatste woord over de vraag wat openbaar is en wat geheim dient te blijven, nog niet is gesproken. Het is primair op Unie-niveau dat de regels daaromtrent worden vastgesteld.

7. Deze uitspraak is mede van betekenis omdat hierin de aandacht wordt gevestigd op de betekenis het Besluit bestuursorganen WNo en Wob, ter uitvoering van art. 1a, eerste lid, aanhef en sub d, van de Wob (delegatiegrondslag). Op dit moment zijn hierin een drietal bestuursorganen aangewezen, al dan niet gekoppeld aan de uitvoering van bepaalde taken, die zijn uitgezonderd van de reikwijdte van de Wob. Op dit moment zijn dit: de NOS, de Nederlandsche Bank en de AFM. Het gaat hierbij steeds om b-organen.

Het onderhoud van de Besluit vertoont manco's. De aanwijzing van de NOS in art. 1, sub a, van het Besluit is zinledig nu artikel 16 van de Mediawet is vervallen. Eerder waren er problemen met betrekking tot kenbaarheid van de werking van de horizonbepaling in de Wob per 30 juni 2003, waardoor (tevens) artikel 2 van dit Besluit kwam te vervallen, terwijl in de jurisprudentie soms nog van de werking hiervan werd uitgegaan. Zie wat deze horizonbepaling betreft mijn noot bij de uitspraak van de ABRvS van 15 december 2004, JB 2005/59 (TNO) en in verband hiermee de uitspraak van de Rb. Amsterdam van 20 augustus 2007, LJN: BB2281.

Andere kwesties betreffen de relatie van algemene en specifieke taken en bevoegdheden, zoals in art. 1, aanhef en sub b, van het Besluit ten aanzien van de Nederlandsche Bank het geval is waar het gaat om de relatie tussen de taken in de Bankwet en taken en bevoegdheden in de verschillende sectorwetten. Zie de uitspraak van de Rb. Rotterdam van 13 januari 2011, LJN: BP1387. In deze uitspraak komt aan de orde wat de gevolgen zijn voor de gelding van de Wob nu de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) niet in genoemde bepaling is opgenomen. Aannemelijk is dat het hier om een verzuim gaat. De Nederlandsche Bank beriep zich op de algemene taakbepaling in art. 4, eerste lid, van de Bankwet, luidend dat de DNB tot taak heeft het uitoefenen van toezicht op financiële instellingen op de voet van de daarvoor geldende wettelijke

regelingen. De rechtbank kwam nog niet tot een oordeel, want beperkte zich tot de ontvankelijkheidsvraag. “Nu de gevraagde gegevens op zich wel een bestuurlijke aangelegenheid betreffen en DNB is belast met het toezicht uit hoofde van de Wtt en voorts de Wtt zelf niet expliciet is vermeld in artikel 1 van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob, is de rechtbank van oordeel dat de brief van de DNB van 16 maart 2010 als een besluit moet worden aangemerkt.” Opmerkelijk is dat de rechtbank er van uitging dat in deze zaak hoger beroep bij het CBb moest worden ingesteld. Er is dus ook nog een probleem van (kenbaarheid van) rechtsmachtverdeling.

Het voorgaande maakt in ieder geval duidelijk, dat in de huidige situatie van de bestuursrechter verlangd kan worden om door de besluitenwetgever gelaten lacunes te dichten. Dat is echter niet zoals het moet.

8. Opmerking verdient nog dat de AFM zich in haar kwaliteit van bestuursorgaan, dus in algemene zin, beriep op onbevoegdheid met betrekking tot de Wob. Betekent dit nu dat de AFM geheel is gevrijwaard van de gelding van de Wob, ook in beheerskwesities? Dat is de vraag. De AFM is weliswaar een stichting (Stichting Autoriteit Financiële Markten), dus een privaatrechtelijke rechtspersoon (b-orgaan), maar mogelijk wel aan te merken als overheidsstichting, dat wil zeggen: onderworpen aan overwegende overheidsinvloed. Zie in dit verband art. 3, eerste lid, van de Wob, in het bijzonder de zinsnede: “een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf” en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie. Dat de AFM met betrekking tot activiteiten inzake de in art. 1, aanhef en sub c, van het Besluit genoemde wetten niet aan de openbaarsplicht inzake de Wob is onderworpen, staat met deze uitspraak min of meer vast. Een andere mogelijkheid is dat aan de AFM bij wet of krachtens delegatie nog andere taken worden opgedragen die niet in de genoemde uitzonderingsbepaling worden opgenomen.

De uitzondering van de AFM van de Wob betekent echter ook dat de AFM bevoegdheden mist, in het bijzonder die tot actieve openbaarmaking op grond van art. 8 van de Wob. Zie in dit verband mijn noot bij de uitspraak van de ABRvS van 15 december 2010, JB 2011/41. Deze uitzondering spoort echter met het gesloten geheimhoudingsregime in de Wft. Zie ook de hiervoor genoemde uitspraak van het CBb inzake het gesloten geheimhoudingsregime in de Wft en art. 1:42, zevende lid, van de Wbt als *lex specialis* inzake de Wob betreffende bij de minister of in zijn opdracht werkende derden aanwezige gegevens of inlichtingen, afkomstig van de Nederlandsche Bank en de AFM.

Op basis van het voorgaande stel ik vast dat met het wettelijk kader in de Wft in samenhang met de uitzondering in art. 1, aanhef en sub c, van het Besluit bestuursorganen WNo en Wob vaststaat dat de wetgever heeft beoogd de AFM buiten de werkingssfeer van de Wob te brengen. Ontstaan er problemen, met name doordat de uitzondering in genoemd Besluit niet meer volledig spoort met de taken en bevoegdheden van de AFM in wet- en regelgeving, dan ligt wetshistorische en wetssystematische uitleg van de Wft voor de hand.

G. Overkleef-Verburg