

CBB 4 september 2009, LJN: BJ8735

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BJ8735>

Art.: art. 20, lid 1, Wbbo, art. 2 en 1, aanhef en sub d, Wob, art. 31 en 48 Wte 1995, art. 1:42 en 1:89 Wft, art. 1, aanhef en sub c, Besluit bestuursorganen WNO en Wob

Trefw.: financieel toezicht, bevoegde appellinstantie, gesloten systeem van geheimhouding, Wte als *lex specialis* inzake de Wob, geheimhoudingsplicht, uitzonderingsbevoegdheid, bedrijfsvertrouwelijke gegevens

Samenvatting

Blijkens de motivering heeft de minister het verzoek om openbaarmaking van een onderzoeksrapport van PWC afgewezen op grond van art. 31 Wte 1995. Het betoog dat de minister een bestuursorgaan is in de zin van de Wob en dat diens beslissing ter zake een verzoek om informatie (altijd) zijn grondslag heeft in de Wob volgt het College niet. Door in zijn besluit alleen art. 31 Wte als grondslag te nemen heeft de minister art. 31 Wte geduid als een bijzondere openbaarmakingsregeling in de zin van art. 2 Wob en laatstgenoemde wet buiten toepassing gelaten.

Het CBB acht zich bevoegd als appellinstantie nu weliswaar per 1 januari 2007 op de bijlage bij de Wbbo de Wte 1995 is vervangen door de Wft, uit de wetgeschiedenis van de Invoerings- en aanpassingswet echter blijkt dat de wetgever heeft beoogd dat na de inwerkingtreding van de Wft lopende (hoger) beroepsprocedures worden afgedaan op basis van de oude wetgeving inzake financieel toezicht.

Uit de tekst van en toelichting op art. 31 Wte 1995 en verwante wetsbepalingen blijkt dat de wetgever met betrekking tot gegevens of inlichtingen die op grond van de financiële toezichtswetgeving zijn verkregen, een gesloten systeem van geheimhouding heeft beoogd, behoudens de gevallen waarin openbaarmaking van informatie is toegestaan op grond van Europese richtlijnen. Het opgevraagde rapport is zowel bij de minister als bij AFM aanwezig. AFM is op grond van artikel 1, aanhef en sub c, Besluit bestuursorganen WNO en Wob uitgezonderd als bestuursorgaan in de zin van de Wob. De werking van deze bepaling zou worden doorkruist indien niet de Wte 1995 maar de Wob het toetsingskader is voor een besluit, dat niet door de AFM maar door de minister wordt genomen.

Hoewel art. 48a Wte 1995 (inlichtingenbevoegdheid minister in verband met toezicht op toezicht) pas na verkrijging van het betreffende rapport door de minister van kracht is geworden, ziet het College hierin een aanknopingspunt voor het oordeel dat de Wob op een geval als het onderhavige niet van toepassing is (lid 7).

Gelet op het voorgaande is het College van oordeel dat artikel 31 Wte 1995 een bijzondere openbaarmakingsregeling met een uitpuittend karakter bevat, waarvoor de Wob als algemene regeling wijkt. De rechtbank heeft in die zin dan ook terecht geoordeeld dat zij geen ruimte ziet voor een aanvullende toetsing aan de hand van de Wob, zodat ook deze grief van de minister en AFM niet kan slagen.

Het CBB leidt uit de wetgeschiedenis af dat de toezichthouder eenmaal verkregen gegevens in beginsel altijd vertrouwelijk moet behandelen en dus geheim moet houden, tenzij deze gegevens reeds openbaar zijn gemaakt. Het rapport valt dus in beginsel onder de geheimhoudingsplicht en de vraag is of de minister in dit geval hierop een uitzondering had moeten maken.

De uitzonderingsgrond van art. 31, lid 5, Wte 1995 geeft de minister de bevoegdheid om mededelingen te doen met gebruikmaking van gegevens of inlichtingen die hij ter zake van de Wte 1995 heeft verkregen, mits deze niet kunnen worden herleid tot afzonderlijke ondernemingen of instellingen. Op grond van kennisname van het rapport oordeelt het college dat het niet openbaar gemaakte gedeelte van het rapport voor een groot deel als zodanig herleidbare gegevens bevat. Gelet hierop ontbeert de minister de bevoegdheid om een volledige versie van het rapport openbaar te maken. Naar het oordeel van het College heeft de minister het onderhavige verzoek derhalve terecht op grond van art. 31 Wte afgewezen.

Noot

1. Deze uitspraak betreft een hoger beroep van een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 15 mei 2008, JOR 2008/206 betreffende een weigeringsbesluit van de minister van Financiën op een verzoek van E. Brink om openbaarmaking van de volledige versie van een rapport over de wijze waarop toezicht is gehouden op (o.m.) Nusse Brink Commissionairs BV. Zie tevens de eerder door de voorzieningenrechter CBb getroffen voorlopige voorziening bij uitspraak van 18 augustus 2008, JOR 2008/306 m.nt. K. Frielink. Het faillissement van dit commissionairskantoor in 1993 resulteerde in een groot aantal procedures, zowel civiel- als strafrechtelijk. De procedures bij de rechtbank Rotterdam en het CBb vormen de bestuursrechtelijke component van deze reeks. De reden van betrokkene's informatieverzoek aan de minister was zijn vermoeden om aan de hand van het volledige rapport zijn aansprakelijkheid voor de schade uit faillissement te kunnen betwisten, evenals zijn strafrechtelijke veroordeling en de aantasting van zijn eer en goede naam. Anders dan de rechtbank kreeg het CBb in deze procedure de beschikking over het betreffende rapport (art. 8:29). Deze uitspraak is tevens gepubliceerd in JOR/299 m.nt. Hans Peters.

2. De betekenis van deze uitspraak gaat verder dan de toepassing van de verstrekingsbevoegdheid van de minister van Financiën op grond van art. 31 van de per 1 januari door de Wet op het financieel toezicht (Wft) vervangen Wet toezicht effectenverkeer (Wte). Na het tijdstip van opmaken van het rapport over is de Wte nog aangevuld met art. 48a betreffende de ministeriële informatiebevoegdheid jegens de toezichthouder in samenhang met een regime van gebruik en verstrekking van de op deze grondslag verkregen gegevens. Bij deze wetgeving gaat het om implementatie van gemeenschapsrecht.

In de Wft is art. 48a Wte vervangen door art. 1:42 en art. 31 Wte door art. 1:89 e.v. Op hoofdpunten komt het oude en het nieuwe geheimhoudingsregime in de art. 1:42 en 1:89 e.v. Wft in belangrijke mate overeen. Zie ook C.M. Grundmann-van de Krol, Koersen door de Wet op het financieel toezicht, Den Haag 2008, p. 615 e.v. en p. 630 e.v. Deze uitspraak is dus mede van betekenis voor genoemde bepalingen in de Wft. Daarbij gaat het in het bijzonder om de interpretatie van de (derden)verstrekingsbevoegdheid van toezichthouders en minister alsmede de afbakening van deze geheimhoudingsregimes in relatie tot de Wob.

3. Er zijn drie methodes om via (formele) wetgeving uitzonderingen te maken op de gelding van de Wob c.q. de reikwijdte daarvan nader af te bakenen. De eerste betreft de uitzonderingen bij Amvb op de categorie andere bestuursorganen ex art. 1a, eerste lid, sub d. Dit is het Besluit bestuursorganen WNo en Wob, waarvan art. 1, aanhef en sub c, de Stichting Autoriteit Financiële Markten uitzondert van de gelding van de Wob. Zie omtrent de gedateerdheid van dit besluit mijn noot bij ABRvS van 15 december 2004, JB 2005/59.

Een tweede methode is dat in een formele sectorwet expliciet wordt bepaald dat de Wob niet van toepassing is op een bepaalde categorie van informatie. In deze gevallen is het de *lex specialis* die het toepassingsbereik van de Wob inperkt. Een voorbeeld is het door het CBb aangehaalde art. 48a Wte. Het zevende lid hiervan bepaalt: "De Wet openbaarheid van bestuur, de Wet Nationale ombudsman en titel 9.2 van de Algemene wet bestuursrecht zijn niet van toepassing met betrekking tot de in dit artikel bedoelde gegevens of inlichtingen die Onze Minister of de in zijn opdracht werkende derde onder zich heeft." Deze tekst is overgenomen in het huidige zevende lid van art. 1:42 Wft.

De derde methode is het geven van toepassing aan art. 2, eerste lid, Wob, in het bijzonder de zinsnede "onverminderd het elders bij wet bepaalde". De betekenis van deze zinsnede is dat de Wob als algemene openbaarmakingsregeling wijkt voor bijzondere openbaarmakingsregelingen met een uitputtend karakter in (sector)wetten in formele zin. Of hiervan sprake is moet op basis van een interpretatie van de betreffende regeling in het licht van wetsgeschiedenis en context worden bepaald.

Kenmerk van de specifieke, aan de Wob derogerende (sector)wetgeving is dat deze weinig vast is, mede onder invloed van implementatiewetgeving van gemeenschapsrecht. Een belangrijk deel van de rechtspraak op de lijstjes van Daalder (E.J. Daalder, Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid, Den Haag 2005, p. 143-145), is achterhaald wegens inmiddels gewijzigde wetgeving.

Het bijzondere van eerder de Wte en thans de Wft is dat elk van deze varianten in onderlinge combinatie wordt toegepast, t.w. (a) een uitzondering in het Besluit Bestuursorganen WNo en Wob voor de AFM, (b) de opneming van een afwijkingsbepaling in de sectorwet ten aanzien van de Wob (art. 48a, zevende lid, Wte en art. 1: 42, zevende lid, Wft) en de opneming van een gesloten verstrekkingen(geheimhoudings-)regime in de sectorwet (art. 31 Wte en art. 1:89 e.v. Wft).

4. In deze uitspraak gaat het om de derde variant, in het bijzonder de vraag of art. 31 Wte als een ex art. 2, eerste lid Wob, aan de Wob derogerende regeling heeft te gelden. Opmerkelijk is dat het CBb een vorm van systematische interpretatie hanteert, waarbij tevens verwezen wordt naar art. 48a Wte, in het zevende lid waarvan de Wob uitdrukkelijk van toepassing is uitgesloten (tweede variant).

Dat het CBb tot een bevestigend oordeel zou komen, waar het gaat om art. 31 Wte als aan de Wob derogend gesloten verstrekkingenregime (in de bewoordingen van het College: “een gesloten systeem van geheimhouding”) – mede in het verlengde van de genoemde jurisprudentie van de Afdeling bestuursrecht -, viel te verwachten. Het extra van deze uitspraak betreft het oordeel van het CBb met betrekking tot de door de minister ingenomen stelling, dat het genomen weigeringsbesluit in een dergelijk geval van derogerende wetgeving niet alleen op de specifieke regeling gebaseerd dient te zijn, maar ook op de Wob.

Blijkbaar ging het om een vorm van processtrategie, bedoeld om in hoger beroep bij de ABRvS uit te komen in plaats van bij het CBb. Deze opstelling spoort immers niet met het systeem van de Wob, de wetsgeschiedenis en de literatuur (zie Daalder a.w., p. 141 e.v.). Terecht heeft het CBb dan ook geoordeeld, dat de Wob in het geval van een bijzondere openbaarmakingsregeling met een uitputtend karakter niet van toepassing is, ook niet in aanvullende zin. Daarmede is tevens de competentieverdeling tussen ABRvS en het CBb helder. De Wet op het financieel toezicht is opgenomen op de bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, zodat het CBb als appelinstantie bevoegd is voor zover het gaat om rechtsbescherming op grond van besluiten op grond van deze wet. In situaties waarin de informatieregeling in de sectorwet geen derogerende werking in relatie tot de Wob heeft moet worden onderscheiden tussen: (a) een besluit op grond van de Wob, al dan niet in het perspectief van een specifieke sectorregeling en (b) de situatie van een besluit op basis van de sector-informatieregeling als zodanig. In eerstgenoemd geval ligt de rechtsmacht in hoger beroep bij de ABRvS, in het tweede geval kan dat ook het CBb of de CRvB zijn. Het wordt problematisch wanneer sprake is van een combinatie van grondslagen. Een zodanige situatie heeft zich echter in de rechtspraak nog niet voorgedaan. Uit deze uitspraak blijkt dat het CBb kiest voor praktische oplossingen, i.c. de reparatie op basis van de bedoeling van de wetgever van een wettelijke lacune door een te snel doen vervallen door diezelfde wetgever van de Wte op de Bijlage bij de Wbbo, als gevolg waarvan vragen rezen inzake de bevoegdheid van de rechtbank Rotterdam en het CBb.

5. Naar het CBb overweegt heeft de geheimhoudingsplicht in art. 31 Wte tot doel dat de onder toezicht staande ondernemingen en instellingen in vertrouwen en zonder terughoudendheid inlichtingen en stukken omtrent hun bedrijfsvoering aan de toezichthouder verstrekken. Dit vertrouwen is van essentieel belang voor een effectief toezicht en dient niet alleen het belang van de individuele onderneming of instelling, maar indirect ook de belangen van de crediteuren en de financiële markten. Het is ook in deze zin dat het CBb in deze zaak oordeelt en de interpretatie van de wetgever van wat ingevolge het gemeenschapsrecht als vertrouwelijk heeft te gelden tot uitgangspunt neemt. Het lijkt er op dat de rechtbank Rotterdam verder had willen gaan door uitdrukkelijk te wijzen op de verplichting van richtlijnconforme interpretatie, resulterend in een verplichte toetsing van (onderdelen van) het rapport op vertrouwelijkheid in concreto. Het CBb neemt met minder genoegen, want constateert dat het niet openbaar gemaakte gedeelte van het

rapport *voor een groot deel* (curs. ann.) gegevens bevat die herleidbaar zijn tot afzonderlijke ondernemingen of instellingen, zodat de minister niet bevoegd is tot openbaarmaking.

6. In het licht van de kredietcrisis, het debacle van Icesave, de noodzaak van ongekende staatssteun aan een aantal banken en het faillissement van de DSB-bank is het geldende geheimhoudingsregime van toezichtsinformatie onder druk komen te staan. Zie in dit verband het onderzoeksrapport van A.J.C. de Moor-van Vugt en C.W. du Perron, De bevoegdheden van de Nederlandse Bank inzake Icesave van juni 2009, bijlage bij de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 16 juni 2009, Kamerstukken II 2008/2009, 31371, nr. 205, het antwoord van de president van DNB van 14 juli 2009, nr. 246 en een rapport van NautaDuthilh aan DNB, nr. 246, alsmede de instelling van een onderzoekscommissie onder voorzitterschap van M. Scheltema, met betrekking tot de gebeurtenissen rond de DSB-Bank, Kamerstukken II 2009/2010, 31371, nr. 271. Met betrekking tot de toezichthouders valt dit onderzoek onder het geheimhoudingsregime van de Wft. Ook eerstgenoemd onderzoek werd aan deze beperkingen onderworpen.

7. Door de kredietcrisis, in het bijzonder de herkapitalisatie van ABN Amro en Fortis Bank Nederland is nog een ander probleem met betrekking tot het vigerende geheimhoudingsregime in de Wft accuut geworden, te weten: de hieruit resulterende beperking van de onderzoeksbevoegdheden van de Algemene Rekenkamer in art. 91 Comptabiliteitswet 2001 met betrekking tot “naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarvan de Staat het gehele of nagenoeg het gehele geplaatste aandelenkapitaal houdt (eerste lid)”. Bij brief van 17 september 2009 heeft de president van de AR, in reactie op zijn aankondiging, mede bij brief van 19 november 2009 aan de Tweede Kamer, tot oprichting van de ABN AMRO Group N.V., met een (vrijwel) 100% aandeelhouderschap van de Staat, de minister van Financiën verzocht om opheffing van deze beperkingen bij de eerstkomende wijziging van de Comptabiliteitswet, met een regeling bij overeenkomst als tijdelijke voorziening (www.rekenkamer.nl). De AR dringt er in het bijzonder op aan dat expliciet wordt vastgelegd dat zijn onderzoeksbevoegdheden zich tevens uitstrekken tot de dochters van ABN AMRO Group N.V. alsmede dat de huidige beperking uit hoofde van het ontbreken van inzagebevoegdheid in individuele dossiers bij financiële toezichthouders wordt opgeheven. Het geheimhoudingsregime in de Wft staat derhalve ter discussie, evenals de onderliggende richtlijnen.

G. Overkleeft-Verburg