



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Fiscale Geheimhoudingsplicht: art. 67 AWR ontrafeld

Sar, B.M. van der

Citation

Sar, B. M. van der. (2021, September 14). *Fiscale Geheimhoudingsplicht: art. 67 AWR ontrafeld*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3210395>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3210395>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <https://hdl.handle.net/1887/3210395> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Sar, B.M. van der

Title: Fiscale Geheimhoudingsplicht: art. 67 AWR ontrafeld

Issue Date: 2021-09-14

HOOFDSTUK 5

Art. 2:5 Awb en de bepalingen die behouden bleven

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vergelijking van art. 67 AWR met art. 2:5 Awb centraal. Deze vergelijking is van belang voor de beantwoording van de derde onderzoeksvraag. Daarnaast sta ik in dit hoofdstuk stil bij de geheimhoudingsbepalingen die gedurende de parlementaire behandeling van art. 2:5 Awb aan de orde zijn gekomen en wegens hun specifieke karakter net als art. 67 AWR niet zijn vervangen door de algemene geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb. Dit is relevant voor de uitwerking van de gesignaleerde knelpunten per element in Deel II van deze studie (Hoofdstuk 6 tot en met Hoofdstuk 10).

5.1.1 Algemene geheimhoudingsverplichting

In de Awb zijn algemene regels neergelegd met een in beginsel dwingend karakter die gelden voor het gehele bestuursrecht, waaronder het belastingrecht.¹ In art. 2:5 Awb is een voor het gehele openbaar bestuur geldende, algemene geheimhoudingsverplichting opgenomen ten aanzien van vertrouwelijke gegevens waarmee het bestuur bij het uitvoeren van zijn taak te maken krijgt.² Bij de invoering van deze bepaling is door de wetgever betoogd dat er geen reden was om onverkort te verplichten tot geheimhouding. Dit zou zinloos en niet handhaafbaar zijn. Anderzijds moest een geheimhoudingsplicht ook niet zodanig los zijn geformuleerd dat deze geen enkel effect zou sorteren.³ Alles afwegende en in aansluiting op art. 272 Sr is besloten tot een algemene geheimhoudingsbepaling. Gezien het aanvullende karakter is in het belastingrecht art. 2:5 Awb (*lex generalis*) niet van toepassing, maar prevaleert art. 67 AWR (*lex specialis*).⁴

5.1.2 Model-geheimhoudingsbepaling

De tekst van art. 2:5 Awb komt vrijwel overeen met de model-geheimhoudingsbepaling uit de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (1984).⁵ De model-geheimhoudingsbepaling

1 Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht (Algemene wet bestuursrecht), Kamerstukken II 1988/89, 21 221, Stb. 1992, 315. De Awb vloeit voort uit art. 107, tweede lid, GW.

2 In het wetsvoorstel was de geheimhoudingsbepaling nog genummerd art. 2.1.5 Awb.

3 MvA, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 45.

4 Zie uitgebreider: par. 2.3.1 hierna.

5 Punt 73, Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (1984) is opgenomen in Appendix A.

is inhoudelijk niet toegelicht.⁶ Die model-geheimhoudingsbepaling vindt zijn oorsprong in de Wob; bij de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer is in een motie gevraagd om na te gaan op welke plaatsen bepalingen omtrent openbaarmaking en geheimhouding moesten worden gewijzigd zodat zij overeenstemden met de maatstaven van de Wob.⁷ Uit een inventarisatie bleek dat de bestaande geheimhoudingsbepalingen in het algemeen aan de maatstaven van de Wob voldeden, maar er tal van redactionele verschillen bestonden tussen de diverse voorschriften; dat zou kunnen leiden tot interpretatieproblemen.⁸ Daarom is, ter uitvoering van voornoemde motie, een model-geheimhoudingsbepaling ontworpen. Deze modelbepaling is op voorstel van de Interdepartementale Commissie voor de Harmonisatie van Wetgeving door de Minister van Justitie op 2 oktober 1981 aan alle ministers en staatssecretarissen ter kennis gebracht en nadien opgenomen in de Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (1984).⁹

5.1.3 *Harmonisering geheimhoudingsbepalingen*

In de memorie van toelichting op art. 2:5 Awb werd opgemerkt dat in talloze bestuursrechtelijke wetten een geheimhoudingsbepaling voorkwam. Deze waren verschillend geformuleerd en het was niet duidelijk of de verschillen in redactie ook een verschil in omvang van de geheimhoudingsplicht tot uitdrukking beoogde te brengen.¹⁰ Met de harmonisatie was volgens de memorie van toelichting al een eerste aanzet gegeven door het gebruik van de hiervoor genoemde model-geheimhoudingsbepaling.¹¹ Met het opnemen van de geheimhoudingsbepaling in de Awb werd geen inhoudelijke wijziging beoogd ten opzichte van deze model-geheimhoudingsbepaling.¹²

5.1.4 *Vervallen gelijksoortige geheimhoudingsbepalingen*

Met de totstandkoming van de Awb zouden volgens de memorie van toelichting vele gelijksoortige geheimhoudingsbepalingen in specifieke wetten kunnen komen te vervallen.¹³

6 A-G L.A.D. Keus concludeert dat de model-geheimhoudingsbepaling op zichzelf geen licht werpt op de inhoud en reikwijdte van de bepaling (conclusie A-G L.A.D. Keus van 13 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:5, par. 3.4). De aanwijzing over geheimhouding is volgens de A-G kennelijk pas na het advies van de Raad van State aan de Aanwijzingen toegevoegd. Aan het slot van het nader rapport werd daarover slechts opgemerkt: "(...) dat van de gelegenheid gebruik is gemaakt om in de ontwerp-aanwijzingen nog enkele correcties en aanvullingen van ondergeschikte aard aan te brengen".

7 Motie van der Sanden c.s., Handelingen II 1976/1977, blz. 3276 en MvT, Kamerstukken II 1988/89, 19 859, nr. 3, blz. 19.

8 Zie: MvA (wijziging van de geheimhoudingsbepalingen van de Stuwadoorswet, de Arbeidswet 1919, de Veiligheidswet 1934, de Wet op de gevaarlijke werktuigen, de Stoomwet en de Arbeidsomstandighedenwet), Kamerstukken II 1987/88, 19 934, nr. 5, blz. 2.

9 De Aanwijzingen voor de wetgevingstechniek (1984) zijn per 1 januari 1993 ingetrokken (Aanwijzingen voor de regelgeving (1992)). Vergelijk: MvT, Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 19.

10 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 4-5.

11 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 56.

12 Advies RvS en NR, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. B, blz. 26 en MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 56.

13 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 56.

Het zou gaan om circa honderd bepalingen.¹⁴ In de memorie van antwoord werd nogmaals expliciet opgemerkt dat gestreefd werd om specifieke geheimhoudingsbepalingen zoveel mogelijk te laten vervallen ten gunste van de algemene geheimhoudingsbepaling in art. 2:5 Awb, maar dat dit niet overal mogelijk zou zijn.¹⁵ Hoewel de Raad van State¹⁶ in zijn advies aan de regering stelde dat de conclusie van de regering – dat veel geheimhoudingsbepalingen zouden kunnen komen te vervallen – nogal voorbarig leek, werden in de Aanpassingswet Awb,¹⁷ de Aanpassingswet Awb II,¹⁸ de Aanpassingswet Awb III¹⁹ en de Wet voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie²⁰ in totaal 129 geheimhoudingsbepalingen geschrapt. Voor alle duidelijkheid is hierbij opgemerkt dat het laten vervallen van deze specifieke geheimhoudingsbepalingen geen gevolgen heeft voor de vertrouwelijkheid van de gegevens waarop reeds een geheimhoudingsplicht rustte.²¹

5.2 De verschillen tussen Awb en AWR

Bij de parlementaire behandeling van art. 2:5 Awb werd bevestigd dat de geheimhoudingsbepaling van art. 67 AWR als stringenter bepaling bleef gehandhaafd.²² In dat kader werd opgemerkt:²³

De praktijk van de informatieverstrekking in fiscalibus is zodanig ingespeeld op en verweven met de thans geldende, zeer strakke geheimhoudingsverplichting van de AWR, dat deze gehandhaafd moet blijven.

- 14 MvA, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 5, blz. 4. Happé e.a. schrijven dat het zou gaan om meer dan veertig wetten (Happé e.a. 2017, blz. 25).
- 15 MvA, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 5, blz. 44.
- 16 Advies RvS en NR, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. B, blz. 25-26.
- 17 Wet van 4 juni 1992 houdende aanpassing van een aantal wetten aan de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet Awb), Kamerstukken II 1990/91, 22 061, Stb. 1992, 422. Het betroffen hier 91 geheimhoudingsbepalingen (90 bij het wetsvoorstel en 1 bij nota van wijziging).
- 18 Wet van 4 juni 1992 houdende aanpassing van een aantal wetten aan de eerste tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassing Awb II), Kamerstukken II 1991/92, 22 320, Stb. 1992, 423. Het betroffen hier 13 geheimhoudingsbepalingen.
- 19 Wet van 23 december 1993 tot wijziging van de Algemene wet bestuursrecht alsmede nadere aanpassing van een aantal wetten aan de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassing Awb III), Kamerstukken II 1992/93, 23 258, Stb. 1993, 690. Het betroffen hier 22 geheimhoudingsbepalingen (20 bij het wetsvoorstel (inclusief de Grondwaterwet), 1 bij de eerste nota van wijziging en 1 bij de tweede nota van wijziging).
- 20 Wet van 16 december 1993 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de Raad van State, de Beroepswet, de Ambtenarenwet 1929 en andere wetten, alsmede de intrekking van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie), Kamerstukken II 1991/92, 22 495, Stb. 1993, 650. Het betroffen hier 3 geheimhoudingsbepalingen (art. 31, Pensioen- en Spaarfondsenwet, art. 23 Wet op de Pensioenkamer en art. 28 Wet betreffende verplichte deelneming in een beroepspensioenregeling).
- 21 MvT, Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, blz. 15.
- 22 VV, Kamerstukken II 1989/90, 21 221, nr. 4, blz. 29, MvA, Kamerstukken II 1989/90, 21 221, nr. 5, blz. 44 en MvT, Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, blz. 78.
- 23 MvA, Kamerstukken II 1989/90, 21 221, nr. 5, blz. 44.

Dit standpunt werd later in de memorie van toelichting bij de eerste Aanpassingswet Awb letterlijk herhaald.²⁴ De algemene opvatting in de literatuur is dat de fiscale bepaling strikter zou zijn dan art. 2:5 Awb.²⁵ In deze paragraaf worden beide geheimhoudingsbepalingen met elkaar vergeleken. Deze rechtsvergelijking wordt gedaan door middel van een beperkt gedachtenexperiment; de situatie voor de fiscaliteit, zoals uitgewerkt in voorgaande hoofdstukken, wordt vergeleken met de situatie dat art. 67 AWR als het ware niet zou bestaan (quod non). Alsdan zou voor de fiscaliteit art. 2:5 Awb ook relevant worden.²⁶ Hieruit volgt dat er enkele opvallende verschillen tussen beide bepalingen zijn die hierna worden besproken aan de hand van het vaste stramien van de vijf elementen die voor de fiscale geheimhoudingsplicht van belang zijn.²⁷

5.2.1 De doelstellingen van de geheimhoudingsbepalingen (Awb – AWR)

Naast het oogmerk van het bevorderen van eenheid van wetgeving (harmonisatie) kan uit de parlementaire geschiedenis van art. 2:5 Awb – in samenhang met art. 4:3 Awb – worden afgeleid dat de geheimhouding slechts is bedoeld om de persoonlijke levenssfeer en bedrijfs- en fabricagegegevens te beschermen.²⁸ Anders dan de AWR, waar het expliciete doel van de geheimhouding is om zowel de belangen van de belastingplichtige als de belangen van de fiscus te beschermen, lijkt het doel van de algemene geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb uitsluitend gericht op het beschermen van de belangen van burgers en bedrijven, maar niet de belangen van het bestuursorgaan. Dit beeld wordt versterkt doordat burgers en bedrijven zelf grote invloed hebben op de beantwoording van de vraag of sprake is van gegevens met een vertrouwelijk karakter.²⁹ Ook in de (beperkt) geraadpleegde literatuur zijn geen andersluidende aanknopingspunten gevonden.³⁰ In zoverre komt de motivering van de doelstellingen van de – van de Awb afwijkende – geheimhoudingsbepalingen in de

24 MvT, Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, blz. 78. In par. 3.4 Voorschrift Algemene wet bestuursrecht 1997 werd betoogd dat de fiscale geheimhoudingsbepalingen strakker zijn en onverkort van kracht bleven.

25 O.a.: Zwenne 1998, blz. 56, Den Boer e.a. 1999, blz. 559, Informatieverstrekking door de fiscus (Registratiekamer 1999), blz. 12, Luchtman 2007, blz. 193, Bergman e.a. 2014, blz. 146 (noot 142), Douma e.a. 2019 (v/h De Blieck), blz. 100 en Snippe 2019, blz. 406.

26 Zie hierna: Hoofdstuk 5, par. 3.1 over de toepassing van art. 9 Ambtenarenwet 2017.

27 Vergelijk: Snippe die opmerkt dat: “De beide rechtsnormen zijn wezenlijk anders geformuleerd. Art. 67 AWR is geformuleerd als de plicht na te laten (verbod) versus de verplichting in art. 2:5 Awb iets te doen (gebod in enge zin)” (Snippe 2019, blz. 406).

28 Met betrekking tot de harmonisatie vide: MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 4-5 en blz. 56. Met betrekking tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) en bedrijfs- en fabricagegegevens vide: MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 4-5, blz. 57 en blz. 90 alsmede MvA, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 46, par. 2.48. Art. 4:3 Awb biedt een mogelijkheid om het verstrekken van gegevens en inlichtingen bij een aanvraag te beperken.

29 Vide het voorbeeld inzake een aanvraag waarbij de belanghebbende aangeeft dat de verstrekte gegevens vertrouwelijk zijn; het bestuursorgaan is dan in principe tot geheimhouding verplicht (MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 57). Geeft de belanghebbende aan dat géén sprake is van vertrouwelijke gegevens dan kan door het bestuursorgaan een andere afweging worden gemaakt, rekening houdend met de belangen van derden.

30 Zie o.a.: Konijnenbelt & Van Male 2014, blz. 277, Bröring & De Graaf 2016, blz. 243 (al wordt op blz. 267 het belang van de geheimhouding voor de correcte omgang tussen bestuur en burger genoemd), D.A. Roos, commentaar op art. 2:5 Awb, Module Awb (online, geraadpleegd op 15 november 2018) en J.A.P.N. Antonis, commentaar op art. 2:5 Awb, Lexplicatie Awb (online, geraadpleegd op 15 november 2018).

AWR en de Wft met elkaar overeen.³¹ Deze laatste twee bepalingen beogen immers mede het belang van het bestuursorgaan te beschermen.³² Dit neemt niet weg dat het belang van geheimhouding voor bestuursorganen in andere wetsartikelen wel uitdrukkelijk is geregeld.³³

5.2.2 De aan geheimhouding onderworpen subjecten (Awb – AWR)

De reikwijdte van de aan art. 2:5 Awb onderworpen subjecten komt inhoudelijk grotendeels overeen met de drie categorieën van de aan art. 67 AWR onderworpen subjecten.³⁴ Door andere uitgangspunten te hanteren zijn er echter enkele verschillen.

5.2.2.1 Bij de uitvoering van de belastingwet betrokken ambtenaren c.s.

De eerste categorie van fiscaal onderworpen subjecten komt inhoudelijk volledig overeen met het “een ieder die is betrokken bij de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan” van art. 2:5 Awb.³⁵ De uitvoering van de belastingwet is immers een aan de Belastingdienst opgedragen taak.³⁶ Zoals uit de memorie van toelichting blijkt is art. 2:5 Awb bedoeld voor wetten die (mede) worden uitgevoerd door andere personen dan ambtenaren.³⁷ Dit sluit naadloos aan bij de fiscale bepaling die bijvoorbeeld stagiaires en uitzendkrachten rechtstreeks onder de reikwijdte van art. 67 AWR schaart.

5.2.2.2 Bij de uitvoering van de belastingwet ingeschakelde deskundige derden

De tweede categorie van fiscaal onderworpen subjecten komt echter niet volledig overeen met art. 2:5 Awb.³⁸ De eerste volzin van art. 2:5, tweede lid, Awb stelt, blijkens de memorie

31 Art. 1:89 t/m art. 1:93f Wft. Vanwege het ingrijpende karakter van de verplichting vertrouwelijke informatie ter beschikking te stellen aan de toezichthouder en om informatieverstrekking te bevorderen, dient in de Wft gewaarborgd te zijn dat vertrouwelijke informatie vertrouwelijk blijft (MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 46). Vergelijk: MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 665, nr. 3, blz. 64-65 (geheimhouding in de Wtk 1992).

32 Vergelijk: de opmerking dat art. 59 ARAR strekt tot bescherming van het algemene en het particuliere belang (MvT, Kamerstukken II 1985/86, 19 495, nr. 3, blz. 8). Het ARAR is met ingang van 1 januari 2020 ingetrokken.

33 O.a.: art. 7:4, zesde lid, Awb, art. 8:29 Awb alsmede art. 10 en art. 11 Wob.

34 Hierbij dient te worden opgemerkt dat ingeval de ambtenaren – die vallen onder de derde categorie van fiscaal onderworpen subjecten – fiscale gegevens krijgen de fiscale geheimhoudingsplicht op hen van toepassing wordt. Verkrijgen zij niet-fiscale informatie, dan wordt hun ‘eigen’ geheimhoudingsplicht (veelal art. 2:5 Awb) van toepassing. Vergelijk: Vakstudie Algemeen Deel, art. 2:5 Awb, aant. 2-3 (online geraadpleegd op 15 november 2018), D.A. Roos, commentaar op art. 2:5 Awb, Module Awb (online, geraadpleegd op 15 november 2018), J.A.P.N. Antonis, commentaar op art. 2:5 Awb, Lexplicatie Awb (online, geraadpleegd op 15 november 2018) en R. Jacobs, commentaar op art. 2:5 Awb, aant. 1, Tekst & Commentaar Awb (online geraadpleegd op 15 november 2018). Anders: Konijnenbelt & Van Male 2014, blz. 277 die – zonder nadere toelichting – lijken te suggereren dat de geheimhouding van toepassing zou zijn op voor alle anderen die te maken krijgen met vertrouwelijke gegevens. Vergelijk: Geschriften VVBW, nr. 177 (1989), blz. 36.

35 Zie uitgebreider voor de eerste categorie van aan art. 67 AWR onderworpen subjecten: Hoofdstuk 3, par. 3.3.1.

36 De Belastingdienst is echter ook belast met andere taken die niet zijn aan te merken als uitvoering van de belastingwet zoals de taken van het organisatieonderdeel Belastingdienst/Toeslagen.

37 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 56.

38 Zie uitgebreider voor de tweede categorie van aan art. 67 AWR onderworpen subjecten: Hoofdstuk 3, par. 3.3.2.

van toelichting, buiten twijfel dat de geheimhouding ook ziet op instellingen en daartoe behorende of daarvoor werkzame personen, die door een bestuursorgaan worden betrokken bij de uitvoering van zijn taak.³⁹ Bij het inschakelen van een deskundige sluit art. 2:5, tweede lid, Awb echter aan bij de 'instelling' terwijl een door de inspecteur ingeschakelde deskundige (de natuurlijk persoon) altijd is onderworpen aan art. 67 AWR, ongeacht of hij verbonden c.q. werkzaam is bij een 'instelling'. Een niet aan een 'instelling' verbonden deskundige die door een bestuursorgaan wordt ingeschakeld lijkt hierdoor echter buiten de Awb-boot te vallen. Hij komt niet in aanmerking voor art. 2:5, tweede lid, Awb omdat de band met de 'instelling' ontbreekt. Hij is evenmin (rechtstreeks) betrokken bij de uitvoering van de taak van het bestuursorgaan omdat hij wordt betrokken door het bestuursorgaan bij de uitvoering van de taak van het bestuursorgaan.⁴⁰ Een andere interpretatie – dat de deskundige rechtstreeks is onderworpen aan de hoofdregel van art. 2:5, eerste lid, Awb – is niet logisch omdat dit het tweede lid volstrekt overbodig zou maken. Deze lacune had door de wetgever kunnen worden voorkomen door de geheimhoudingsbepaling anders te redigeren. Aanpassing van de zinsnede 'instellingen en daartoe behorende of daarvoor werkzame personen' naar 'personen of instellingen' in art. 2:5, tweede lid, Awb zou het probleem al hebben opgelost.

5.2.2.3 Niet bij de uitvoering van de belastingwet betrokken ambtsdragers

Met betrekking tot de derde categorie fiscaal onderworpen subjecten is het principieel anders geregeld.⁴¹ Bij het verstrekken van fiscale informatie gaat de fiscale geheimhoudingsbepaling over op de niet bij de uitvoering van de belastingwet betrokken ambtsdragers als ontvangende partij.⁴² Bij het verstrekken van informatie op grond van art. 2:5 Awb gaat de geheimhoudingsbepaling van de verstreckende partij niet op de ontvangende partij over, maar wordt op die informatie het geheimhoudingsregime van de ontvangende ambtsdrager van toepassing. Daar waar bij fiscale informatieverstrekking onder het Awb-regime art. 2:5 Awb eveneens op de ontvangende ambtsdrager van toepassing zou zijn, zou dit niet tot verschillen leiden. Verschillen zouden echter kunnen ontstaan als de ontvangende ambtsdrager niet zou zijn onderworpen aan art. 2:5 Awb. Hierbij kan worden gedacht aan de ambtsdragers die vallen onder de opsomming van art. 1:1, tweede lid, Awb.⁴³ Dit kan worden toegelicht aan de hand van een voorbeeld:

39 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 57. Blijkens de parlementaire geschiedenis is bewust gekozen voor de ruime term 'instelling' omdat dit een neutraal begrip is (vergelijk: advies RvS en NR, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. B, blz. 26 en MvA, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 45).

40 Het is wellicht subtiel, maar er is een onderscheid tussen het '(rechtstreeks) betrokken zijn bij' uit het eerste lid en het 'betrokken worden door' uit het tweede lid.

41 Zie uitgebreider voor de derde categorie van aan art. 67 AWR onderworpen subjecten: Hoofdstuk 3, par. 3.3.3.

42 Dit geldt zowel in de situatie dat fiscale gegevens worden verkregen bij een derdenonderzoek op grond van art. 55 AWR als in de situatie dat fiscale informatie door de inspecteur wordt verstrekt ten behoeve van de eigen taak van het ontvangende bestuursorgaan. Vergelijk: art. 50g OSV waar derden werden aangemerkt als onderworpen subject (MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 17).

43 Met uitzondering van de Nationale ombudsman aangezien via de schakelbepaling van art. 9:21 Awb de geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb wel weer van toepassing wordt.

Informatieverstrekking aan leden van de Tweede Kamer

Op grond van art. 68 GW hebben Tweede Kamerleden een inlichtingenrecht.⁴⁴ Dit recht botst soms met de fiscale geheimhoudingsplicht die voor de Staatssecretaris van Financiën geldt. Deze geheimhoudingsplicht staat echter niet per definitie in de weg aan (veelal) vertrouwelijke informatieverstrekking. Het is aan de Staatssecretaris van Financiën om van geval tot geval een afweging te maken. Ook bij het verstrekken van fiscale gegevens gaat de fiscale geheimhoudingsplicht over op de Tweede Kamerleden, als politieke ambtsdragers. In dit voorbeeld zouden bij het verstrekken van fiscale gegevens, zonder de fiscale geheimhoudingsplicht, de geheimhoudingsbepalingen van hoofdstuk XIIIa reglement van orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (1993) resteren. De Kamers der Staten-Generaal zijn immers op grond van art. 1:1, tweede lid, onderdeel b, Awb geen bestuursorgaan zodat art. 2:5 Awb niet op de Tweede Kamerleden van toepassing is. Dit reglement is echter minder stringent dan art. 67 AWR omdat de Kamer of een commissie zelf kan beslissen of de geheimhouding wordt opgeheven.⁴⁵ Ook de sanctie maatregelen getuigen van een beduidend minder stringente regeling; zo wordt de overtreder door de Kamervoorzitter vermaand en in de gelegenheid gesteld zijn woorden terug te nemen, indien de geheimhouding niet in acht wordt genomen.⁴⁶

5.2.2.4 Een vierde categorie?

Belasting-, administratie- en inhoudingsplichtigen en derden zijn onderworpen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de belastingwet. Zij voeren de belastingwet niet uit en zijn daardoor niet onderworpen aan art. 67 AWR.⁴⁷ De vraag is echter of de reikwijdte van de onderworpen subjecten van art. 2:5 Awb niet ruimer is dan de fiscale bepaling en zij – voor zover het niet-natuurlijke personen betreffen – vallen onder de reikwijdte van art. 2:5, tweede lid, Awb. Hierin wordt immers de geheimhoudingsplicht ook voorgeschreven aan ‘instellingen en daartoe behorende of daarvoor werkzame personen die een bij of krachtens de wet toegekende taak uitoefenen’. Dient het voldoen aan (fiscale) verplichtingen te worden geschaard onder het begrip ‘bij of krachtens de wet toegekende taak uitoefenen’ van art. 2:5, tweede lid, Awb? Hoewel de term ‘toekennen’ niet op één lijn lijkt te liggen met het opleggen van een verplichting neigt het gebruik van het woord ‘taak’ juist wel weer naar een opgelegde verplichting.⁴⁸ Hoewel een strikt grammaticale interpretatie hiervoor wellicht enige ruimte laat, lijkt dit nooit de bedoeling van de wetgever te zijn geweest.⁴⁹ Hierbij dient te worden opgemerkt dat uit niets blijkt dat door de wetgever een

44 Zie hiervoor uitbreider: Hoofdstuk 8, par. 5.2.

45 Art. 143 en art. 144 reglement van orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (1993).

46 Art. 58, tweede lid, reglement van orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (1993). Dit maakt de schending van de geheimhouding evenwel niet ongedaan. De overtreder kan ook het woord worden ontnomen c.q. tijdelijk worden geschorst (art. 59 en art. 145 reglement van orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (1993)). Vergelijk: de parlementaire onschendbaarheid van art. 71 GW.

47 Hoofdstuk 3, par. 3.2.

48 Van Dale omschrijft taak als: “werk dat iemand is opgelegd, arbeid die verricht moet worden” (Van Dale, Groot woordenboek der Nederlandse taal (online, geraadpleegd op 8 november 2018)).

49 Een andere interpretatie impliceert immers dat een kinderdagverblijf dat op verzoek van de Belastingdienst/Toeslagen informatie verstrekt vervolgens moet worden aangemerkt als een aan art. 2:5 Awb onderworpen subject.

uitbreiding voor de fiscaliteit zou zijn beoogd.⁵⁰ Net als het onderscheid tussen de uitvoering van de belastingwet en het onderworpen zijn aan verplichtingen die voortvloeien uit de belastingwet bevestigt ook de uitbreiding in 2015 van de kring van onderworpen subjecten in art. 1:89, derde lid, Wft juist dat er een onderscheid is tussen het vervullen van een taak op grond van de wet en het bij de uitvoering ervan betrokken raken.⁵¹

5.2.3 Het object van de geheimhouding (Awb – AWR)

Hoewel de formuleringen uiteenlopen, is het object van de geheimhouding in zowel de Awb als in de AWR in algemene termen geformuleerd.⁵² De bepalingen komen op hoofdlijnen met elkaar overeen, maar er zijn toch enkele belangrijke verschillen waarneembaar.

5.2.3.1 Het aanvullende karakter van de Awb

Art. 2:5 Awb heeft, anders dan art. 67 AWR, een aanvullend karakter en is niet van toepassing voor zover reeds uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift ter zake van die gegevens een geheimhoudingsplicht geldt.⁵³ Opgemerkt wordt dat art. 67 AWR uitsluitend ziet op informatie over de persoon of zaken van een ander. Op overige vertrouwelijke informatie, zoals controlestrategie of beleidsstukken, ziet art. 67 AWR niet.⁵⁴ In zoverre is de reikwijdte van de Awb-bepaling breder. Den Boer e.a. zijn tot de conclusie gekomen dat in het belastingrecht art. 67 AWR geldt in plaats van art. 2:5 Awb.⁵⁵ Zij konden zich namelijk geen situaties voorstellen dat uit art. 2:5 Awb een geheimhoudingsplicht zou voortvloeien die niet reeds tevens door art. 67 AWR wordt voorgeschreven. Hierbij moet worden opgemerkt dat, sinds de herziening in 2008, een zeer strikte, letterlijke interpretatie mogelijk kan leiden tot discussie. Ingeval de fiscale geheimhoudingsplicht als gevolg van art. 67, tweede lid, AWR niet van toepassing is, zou namelijk de geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb direct in beeld komen. Art. 67, tweede lid, AWR luidt immers: “*De geheimhoudingsplicht geldt niet indien: (...)*”.⁵⁶ Voor zover het alsdan zou gaan om onderdeel a (wettelijke verplichting) en onderdeel c (bekendmaking aan de belastingplichtige) is

50 Art. 67 AWR werd juist als een van de weinige bepalingen gehandhaafd (Vergelijk: VV, Kamerstukken II 1989/90, 21 221, nr. 4, blz. 29, MvA, Kamerstukken II 1989/90, 21 221, nr. 5, blz. 44 en MvT, Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, blz. 78). Het zou alsdan op de weg van de wetgever hebben gelegen om uitleg te geven over de mogelijke ongelijke behandeling (inhoudingsplichtigen voor de loonbelasting zouden bijvoorbeeld alsdan, afhankelijk van de gekozen rechtsvorm (IB-onderneming of besloten vennootschap), onder de geheimhoudingsplicht van art. 2:5 Awb gaan vallen).

51 Zie uitgebreider: par. 3.10 hierna.

52 Over de model-geheimhoudingsbepaling werd opgemerkt dat een bepaling die de bedoeling heeft de inhoud van de geheimhoudingsverplichting concreet aan te geven zou per definitie onvolledig zijn (NAV, Kamerstukken II 1987/88, 19 934, nr. 8, blz. 2).

53 MvT (Aanpassingswet Awb), Kamerstukken II 1990/91, 22 061, nr. 3, blz. 78.

54 Hierop is bijvoorbeeld art. 9 Ambtenarenwet 2017 (voorheen: art. 125a, derde lid, Ambtenarenwet 1929) of art. 2:5 Awb van toepassing. Vergelijk: NAV, Kamerstukken II 2005/06, 30 322, nr. 7, blz. 26 over de toepassing van de Wob op het fiscale uitvoeringsbeleid.

55 Den Boer e.a. 1999, blz. 559. Vergelijk: Bergman e.a. 2014, blz. 146 (noot 142) en Jansen 2017, blz. 169.

56 Bij de ontheffingsmogelijkheid van art. 67, derde lid, AWR is dit anders aangezien een ontheffing een vrijstelling is van de verplichting zich aan een in principe algemeen geldend verbod te houden.

dit echter kortstondig en leidt dit vermoedelijk niet tot problemen.⁵⁷ Voor onderdeel b in combinatie met de ministeriële regeling van art. 43c Uitv. Reg. AWR 1994 zou dat mogelijk anders zijn. De ministeriële regeling beoogt een bevoegdheid te creëren voor het verstrekken van fiscale gegevens, maar is niet aan te merken als “*enig wettelijk voorschrift dat tot mededeling verplicht*” in de zin van art. 2:5 Awb. Verstrekking van fiscale gegevens op grond van de ministeriële regeling vloeit evenmin voort uit de taak van de inspecteur in zin van art. 2:5 Awb.⁵⁸ Met deze redenering stelt Snippe dat art. 43c Uitv. Reg. AWR 1994 in strijd zou zijn met het legaliteitsbeginsel.⁵⁹ Omdat deze strikte, letterlijke interpretatie van art. 67 AWR ertoe zou leiden dat de ministeriële regeling van art. 43c Uitv. Reg. AWR 1994 een dode letter wordt, kan ervan worden uitgegaan dat dit niet de bedoeling van de wetgever is geweest. De fiscale geheimhoudingsbepaling van art. 67 AWR dient als één geheel te worden beschouwd, inclusief de uitzonderingen en ontheffingen. Het wijzigen in art. 2:5 Awb van de term ‘geheimhoudingsplicht’ in de term ‘geheimhoudingsregime’ zou in zoverre een verduidelijking zijn.⁶⁰

5.2.3.2 Het subjectieve element

Anders dan de geheimhoudingsplicht in de AWR is de geheimhoudingsplicht van art. 2:5 Awb niet absoluut geformuleerd.⁶¹ Dit komt tot uiting doordat in de wettekst een subjectief element naar voren komt: ‘het vermoeden’ of ‘het begrijpen van het vertrouwelijk karakter’.⁶² Het wordt aan het onderworpen subject overgelaten om te interpreteren of in zijn visie sprake is van gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en eenheid van beleid en uitvoering zal deze interpretatie veelal op het niveau van het bestuursorgaan worden belegd. Ook zonder limitatieve opsomming van de gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen moet van een aantal zaken worden aangenomen dat daarover geen verschil van mening kan bestaan.⁶³ Hierbij kan worden gedacht aan medische gegevens of aan bedrijfs- en fabricagegegevens waarvan door de verstrekker wordt medegedeeld dat de verstrekking vertrouwelijk geschiedt.⁶⁴ Is sprake van een gegevens met een vertrouwelijk karakter, dan geldt als uitgangspunt dat het gegeven geheim moet worden gehouden, ongeacht de

57 Met de uitzondering voor ‘enig wettelijk voorschrift’ en het ontbreken van het ‘vertrouwelijke karakter’ lijkt voor deze gevallen de algemene geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb evenmin van toepassing.

58 Het is in ieder geval, behoudens samenwerkingsverbanden, uiterst discutabel.

59 Snippe 2019, blz. 465. In vergelijkbare zin: R.N.J. Kamerling en M. Snippe, Het vertrouwen in de fiscale geheimhoudingsplicht bij het rijksbrede toezicht, WFR 2020/95.

60 “(...) en voor wie niet reeds uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift ter zake van die gegevens een geheimhoudingsregime geldt (...)”.

61 Vergelijk: Hof Den Haag (civiele kamer) 18 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1409 dat oordeelde dat bij een beroep op art. 67 AWR voor een nadere belangenafweging geen plaats meer is.

62 MvA, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 45 in reactie op de opmerkingen van de S.G.P-fractie hierover (VV, Kamerstukken II 1989/90, 21 221, nr. 4, blz. 29). Vergelijk: Van der Meulen e.a. 1999, blz. 20 die reikwijdte van de fiscale geheimhouding omschrijven als: “(...) ongeacht het al dan niet vertrouwelijke karakter van de desbetreffende gegevens”.

63 D.A. Roos, commentaar op art. 2:5 Awb, Module Awb (online, geraadpleegd op 15 november 2018). Vergelijk: NAV, Kamerstukken II 1987/88, 19 934, nr. 8, blz. 2.

64 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 57 en MvA, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 46 (par. 2.48).

kennispositie van de mogelijke ontvanger van de gegevens. Met andere woorden: gegevens met een vertrouwelijk karakter dienen ook geheim te worden gehouden jegens personen die reeds kennis hebben van dat gegeven. Van partiële geheimhouding is derhalve geen sprake. Het subjectieve element is in de stringent geformuleerde fiscale bepaling volledig geëlimineerd. Dit subjectieve element zorgt voor een aantal verschillen tussen beide bepalingen:

Tijdsverloop

Het eerste onderscheid is het tijdsverloop; is een gegeven aangemerkt als object van de fiscale geheimhouding, dan verandert dat niet door tijdsverloop.⁶⁵ Dit is anders in art. 2:5 Awb waar, als gevolg van het subjectieve element, sprake is van een continue toets omdat informatie door tijdsverloop van karakter kan veranderen.⁶⁶

Openbaar bekende gegevens

Het tweede onderscheid kan worden gemaakt bij openbaar bekende gegevens. De fiscale geheimhoudingsbepaling omvat ook fiscale gegevens die reeds openbaar bekend zijn.⁶⁷ Deze vallen echter niet onder art. 2:5 Awb.⁶⁸

Instemming betrokkene

Een derde onderscheid is de instemming van de betrokkene. De beslissing of gegevens, waarop art. 67 AWR betrekking heeft, bekend mogen worden gemaakt berust niet bij de persoon om wiens gegevens het gaat.⁶⁹ Instemming van de betrokkene ontnemt in principe echter wel het vertrouwelijke karakter aan de gegevens in de zin van art. 2:5 Awb.⁷⁰ Hiermee wordt invulling gegeven aan de informationele zelfbeschikking.

Niet-herleidbare gegevens

Een vierde onderscheid wordt zichtbaar bij niet-herleidbare gegevens. Deze zijn aan te merken als het object van de fiscale geheimhouding, maar vallen niet per definitie onder de reikwijdte van art. 2:5 Awb.⁷¹ Ingeval geanonimiseerde of geaggregeerde gegevens het vertrouwelijke karakter ontberen is art. 2:5 Awb niet van toepassing.⁷²

65 Vergelijk: art. 10, eerste lid, onderdeel c, Wob waarover werd geoordeeld dat, ingeval eenmaal vaststaat dat sprake is van bedrijfs- en fabricagegegevens, er geen ruimte meer is voor een nadere afweging. Dit heeft tot gevolg dat ook niet meer actuele bedrijfsgegevens of gegevens van een onderneming die haar activiteiten op korte termijn gaat beëindigen onder het bereik van dat artikel blijven vallen (ABRvS 8 oktober 2003, ECLI:NL:RVS:2003:AL7690, AB 2004, 43, r.o. 2.3).

66 Vergelijk: "De beperkte openbaarheid kan tijd en plaats gebonden zijn. Zo kan informatie in een WOB-document door tijdsverloop van karakter veranderen" (MvT, Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, blz. 4).

67 Zie uitgebreider: Hoofdstuk 8, par. 3.

68 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 57.

69 Vide: Hoofdstuk 8, par. 4.

70 Zie: MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 57 en MvA, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 45 e.v. Vergelijk: art. 10, derde lid, Wob.

71 Vide: Hoofdstuk 8, par. 5. Vergelijk: ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1317, AB 2011/154 (effectieve anonimisering niet mogelijk omdat ook uit de geanonimiseerde versie kan worden afgeleid wie de verklaring heeft afgelegd).

72 Vertrouwelijke beleidsstukken vallen, vanwege de bredere reikwijdte van de bepaling, logischerwijs nog steeds onder art. 2:5 Awb, ook al zouden deze geanonimiseerd zijn.

5.2.4 De (fiscale) afbakening (Awb – AWR)

Art. 67, eerste lid, AWR bepaalt dat de inspecteur de fiscale informatie (het object van de geheimhouding) niet verder bekend mag maken dan noodzakelijk is voor de uitvoering van de belastingwet of de invordering van enige rijksbelasting.⁷³ De afbakening van art. 2:5 Awb is anders gedefinieerd. Gegevens mogen slechts bekend worden gemaakt “voor zover (...) uit zijn taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit”. Het is van belang om vast te stellen of sprake is van een verschil; leidt de één overheid-gedachte ertoe dat bestuursorganen het verstrekken van gegevens aan andere bestuursorganen tot hun taken kunnen of moeten rekenen? Hiervan is géén sprake. In het rapport Kennis delen geeft kracht wordt gesteld dat de bevoegdheid gegevens uit te wisselen met een ander bestuursorgaan in beginsel valt buiten de taakomschrijving van het bestuursorgaan zoals die door de wetgever in de vorm van taken en bevoegdheden is geattribueerd.⁷⁴ De bevoegdheid om gegevens te delen dient volgens het rapport expliciet in het leven te worden geroepen.⁷⁵ Het is zelfs de vraag of art. 2:5 Awb in het licht van de één overheid-gedachte niet strikter is dan art. 67 AWR. Art. 67 AWR creëert immers de mogelijkheid om het ‘takenpakket’ van de Belastingdienst uit te breiden. De Minister c.q. de Staatssecretaris van Financiën heeft een in beginsel ongeclausuleerde bevoegdheid om eenzijdig, zelfstandig te bepalen welke fiscale gegevens een ander bestuursorgaan nodig zou moeten hebben voor een goede vervulling van de publiekrechtelijke taak van dat betreffende bestuursorgaan.⁷⁶ In zoverre is de kritiek op het tot 2008 bestaande ontheffingenstelsel nog steeds actueel.⁷⁷

5.2.5 De uitzonderingen en ontheffingen (Awb – AWR)

In zowel art. 67 AWR als art. 2:5 Awb is bepaald dat de geheimhoudingsplicht niet geldt ingeval enig wettelijk voorschrift tot bekendmaking verplicht. De rechtsvergelijking leidt niet tot een andere uitkomst omdat de bepalingen, hoewel anders geredigeerd, inhoudelijk overeenkomen. Het verstrekken van fiscale gegevens aan betrokkenen zelf zou onder het Awb-regime ruimer zijn dan art. 67, tweede lid, onderdeel c, AWR omdat het vertrouwelijke karakter ontbreekt. De ministeriële regeling van art. 43c Uitv. Reg. AWR 1994 en de ontheffingsmogelijkheid van art. 67, derde lid, zijn echter principieel anders; bij de invoering van art. 2:5 Awb heeft de Raad van State geadviseerd een ontheffingsbevoegdheid op te nemen zoals destijds voorkwam in art. 67, tweede lid, AWR (oud).⁷⁸ Dit advies werd bewust niet overgenomen. De zinsnede “voor zover enig wettelijk voorschrift tot mededeling verplicht”,

73 Vide: Hoofdstuk 3, par. 5.

74 Kennis delen geeft kracht (Werkgroep Kaderwet 2014), blz. 27. Vergelijk: de één loket aanpak van de Belastingdienst/Douane (MvT, Kamerstukken II 2005/2006, 30 580, nr. 3, par. 1.3.3, blz. 7).

75 Anders: het rapport Analyse en aanbevelingen voorkoming fraude (2015-2020), blz. 53. In het rapport wordt gesteld dat wat onder taakuitoefening wordt verstaan geen limitatief en evenmin een statisch begrip is. Als het standpunt wordt ingenomen dat voor bepaalde onderdelen van de overheidstaak de krachten te bundelden daartoe ook de informatie gedeeld moeten worden (één overheid-gedachte) kan dit in als een integere vorm van de taakuitoefening worden aangemerkt. Vergelijk: Luchtman 2007, blz. 127-128.

76 Deze bevoegdheid wordt in de praktijk uitgeoefend door de Staatssecretaris van Financiën (art. 46, tweede lid, GW en het besluit taken Staatssecretarissen van Financiën (2020)).

77 Zie uitbreider: Hoofdstuk 3, par. 6.2.

78 Advies RvS en NR, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. B, blz. 32. Het betreft het huidige derde lid van art. 67 AWR.

zou een ontheffingsmogelijkheid overbodig maken.⁷⁹ Art. 2:5 Awb is derhalve op dit punt veel stringenter.⁸⁰ Zowel de ministeriële regeling als de ontheffingsmogelijkheid van art. 67, derde lid, AWR creëren aanvullende rechten voor de Minister van Financiën. Het vereiste van een wettelijke grondslag draagt bij aan de transparantie en de rechtszekerheid,⁸¹ maar heeft als keerzijde dat van flexibiliteit en maatwerk geen sprake kan zijn.

5.2.6 *De Wob, de Awb en de AWR*

Conform de bedoeling van de wetgever wordt – sinds de wijzigingen per 1 januari 2008 – art. 67 AWR gezien als een bijzondere openbaarmakingsregeling met een uitputtend karakter die prevaleert boven de Wob.⁸² Ingeval op de fiscaliteit de geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb van toepassing zou zijn, zoals in dit gedachtenexperiment, heeft dat tot gevolg dat de Wob (weer) relevant wordt voor het belastingrecht.⁸³ Dit zou alsdan tot andere uitkomsten kunnen leiden omdat het toetsingskader anders is; openbaar bekende gegevens vallen bijvoorbeeld wel onder art. 67 AWR, maar niet onder art. 2:5 Awb.⁸⁴

5.3 **Andere (stringentere) bepalingen die behouden bleven**

In de vorige paragraaf zijn art. 2:5 Awb en art. 67 AWR met elkaar vergeleken. In deze paragraaf wordt op hoofdlijnen ingegaan op de geheimhoudingsbepalingen die gedurende de parlementaire behandeling van art. 2:5 Awb aan de orde zijn gekomen en wegens hun specifieke karakter eveneens niet zijn vervangen door de algemene geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb. Tevens wordt ingegaan op de ontwikkelingen met betrekking tot die geheimhoudingsbepalingen die zich sindsdien hebben voorgedaan. Een nadere beschouwing geeft inzicht in hetgeen als stringenter wordt gezien en kan dienen als mogelijke inspiratiebron voor eventuele wijzigingen van art. 67 AWR.

5.3.1 *Het Algemeen Rijksambtenarenreglement*

In de memorie van toelichting is de zeer algemeen luidende geheimhoudingsbepaling voor ambtenaren van art. 59 ARAR genoemd als voorbeeld van een bepaling die diende te blijven bestaan.⁸⁵ Deze verwijzing was enigszins ongelukkig omdat drie jaar eerder al was aangekondigd dat art. 59 ARAR zou komen te vervallen in verband met de overbrenging van

⁷⁹ Advies RvS en NR, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. B blz. 26.

⁸⁰ Dit wordt maar gedeeltelijk gecompenseerd door het subjectieve element in het object van de geheimhouding.

⁸¹ De ontheffingen geheimhouding worden (doorgaans) niet gepubliceerd.

⁸² Zie uitgebreider: Hoofdstuk 4, par. 4.

⁸³ Vergelijk: brief Staatssecretaris van Financiën van 12 maart 2001 (notitie over fiscale geheimhoudingsplicht en de Wob), Kamerstukken II 2000/01, 27 400 IXB, nr. 27 en ABRvS 15 november 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AZ2259, r.o. 2.4.

⁸⁴ Op grond van de Wob worden gegevens – kort samengevat – vrijgegeven tenzij een van de uitzonderingsgronden van art. 10 en art. 11 Wob van toepassing is terwijl bij art. 67 AWR de geheimhouding prevaleert boven de Wob.

⁸⁵ MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 56.

de geheimhoudingsplicht naar art. 125a, derde lid, Ambtenarenwet 1929.⁸⁶ Hoewel de tekst van art. 59 ARAR inhoudelijk niet overeenkomt met de model-geheimhoudingsbepaling is zowel in de Tweede Kamer als in de Eerste Kamer uitdrukkelijk betoogd dat geen sprake is van een inhoudelijk verschil.⁸⁷ Met het overbrengen van de geheimhoudingsbepaling van art. 59 ARAR naar art. 125a, derde lid, Ambtenarenwet 1929 is evenmin een inhoudelijke wijziging beoogd.⁸⁸ Zoals in paragraaf 1.3 al is opgemerkt is met art. 2:5 Awb evenmin een inhoudelijke wijziging beoogd ten opzicht van de model-geheimhoudingsbepaling.⁸⁹ Dit betekent kortweg dat, ondanks de andere formuleringen, er inhoudelijk geen verschillen zijn (beoogd) tussen al deze bepalingen.⁹⁰ In zoverre had art. 125a, derde lid, Ambtenarenwet 1929 al bij de invoering van de Awb kunnen vervallen. Met ingang van 1 januari 2020 is de geheimhoudingsbepaling van art. 125a, derde lid, Ambtenarenwet 1929 opgenomen in art. 9 Ambtenarenwet 2017 waarbij evenmin een wijziging is beoogd.⁹¹ Ondanks het feit dat de geheimhouding al volledig wordt gedekt door art. 2:5 Awb is bewust gekozen om ook in de Ambtenarenwet 2017 een geheimhoudingsbepaling op te nemen.⁹² Dit betekent dat voor ambtenaren art. 2:5 Awb (nog steeds) niet relevant is aangezien art. 9 Ambtenarenwet 2017 prevaleert boven art. 2:5 Awb.

5.3.2 Geheimhoudingsbepalingen rechterlijke colleges

De geheimhoudingsbepalingen van de rechterlijke colleges werden in de memorie van toelichting genoemd als bepalingen die gehandhaafd dienden te blijven.⁹³ Als argument werd aangevoerd dat de rechterlijke colleges geen bestuursorgaan zijn en omdat voor hen veelal een stringenter geheimhoudingsplicht zou gelden. Het argument dat de bestaande geheimhoudingsbepalingen van de rechterlijke colleges in stand moesten blijven omdat zij geen bestuursorgaan zijn is, gezien art. 1:1, derde lid, Awb, niet geheel zuiver gemotiveerd. Het argument dat de geheimhoudingsbepalingen van de rechterlijke colleges stringenter

86 MvT, Kamerstukken II 1985/1986, 19 495, nr. 3, blz. 7, 14 en 18. Met ingang van 2 november 1988 is in art. 125a, derde lid, Ambtenarenwet 1929 een algemene geheimhoudingsbepaling voor ambtenaren opgenomen (Wet van 20 april 1988 tot wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten, Kamerstukken II 1985/86, 19 495, Stb. 1988, 229). Art. 59 ARAR is echter pas in 1992 vervallen (besluit van 13 oktober 1992, Stb. 1992, 564).

87 Zie o.a.: NEV, Kamerstukken II 1987/88, 19 934, nr. 8, blz. 1 e.v. en MvA, Kamerstukken I 1988/89, 19 934, nr. 17b, blz. 2 en blz. 4.

88 MvA, Kamerstukken I 1988/89, 19 934, nr. 17b, blz. 4.

89 Advies RvS en NR, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. B, blz. 26 en MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 56.

90 De wetteksten zijn opgenomen in Appendix A.

91 Wet van 9 maart 2017 tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren), Kamerstukken II 2010/11, 32 550, Stb. 2017, 123. Vide: MvT, Kamerstukken II 2010/11, 32 550, nr. 3, blz. 27. De geheimhoudingsbepaling werd overgeheveld naar art. 9 bij NvW, Kamerstukken II 2011/12, 32 550, nr. 9.

92 Een van de indieners van het initiatiefwetsvoorstel verwoordde het als volgt: “Wij vinden het blijven bestaan van een Ambtenarenwet essentieel, omdat de wetgever daarin tot uitdrukking brengt wat voor ambtelijke dienst wij in het land willen hebben en welke niet-onderhandelbare, voor onbepaalde tijd geldende randvoorwaarden daarvoor noodzakelijk zijn. Daarvan moeten wat ons betreft verplichtingen op het gebied van integriteit en geheimhouding deel uitmaken” (Handelingen I 2016/17, nr. 1, item 8, blz. 16).

93 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, blz. 56.

zouden zijn, was – behoudens het strikte geheim van de raadkamer – slechts gedeeltelijk steekhoudend.⁹⁴ Zo was destijds weliswaar in bijvoorbeeld art. 25 Beroepswet en art. 20 Ambtenarenwet 1929 een nagenoeg identiek, alomvattend verbod opgenomen om gegevens verder bekend te maken, maar deze stringente bepalingen zijn evenwel per 1 juli 1992 – vóór de inwerkingtreding van de Awb in 1994 – al vervangen door een algemene geheimhoudingsbepaling in art. 28a Wet RO.⁹⁵ Laatstgenoemd artikel was echter weer ontleend aan art. 2:5 Awb en kan dan niet als stringenter worden bestempeld.⁹⁶ De geheimhoudingsbepaling in (destijds) art. 123, tweede lid, Wet RvS voor de afdeling rechtspraak van de Raad van State werd met ingang van 1994 gemoderniseerd en verplaatst naar art. 31 Wet RvS.⁹⁷ Deze bepaling was wel stringenter dan art. 2:5 Awb aangezien de geheimhouding allesomvattend was; de gegevens mochten niet anders worden gebruikt “(...) *dan voor de uitoefening van hun functie wordt gevorderd*” en er was geen ontheffingsmogelijkheid.⁹⁸

5.3.3 Organisatiewet Sociale Verzekering

De geheimhoudingsbepaling van art. 50g OSV⁹⁹ is zowel in de memorie van antwoord als in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie genoemd als voorbeeld van een striktere geheimhoudingsbepaling die gehandhaafd bleef.¹⁰⁰ De verschillende geheimhoudingsbepalingen in de OSV zijn om meerdere redenen interessant. Met de invoering van het sofinummer in 1989 werd in art. 50g OSV een geheimhoudingsbepaling opgenomen die absoluut was geformuleerd dan zijn voorganger.¹⁰¹ Subjectieve elementen werden uit de wettekst gehaald teneinde de geslotenheid van het geheimhoudingssysteem beter te waarborgen. Qua formulering werd aansluiting gezocht bij art. 67 AWR.¹⁰² Er werd echter gekozen voor een gesloten systeem dat nog strikter was vanwege het ontbreken van een algemene ontheffingsbevoegdheid

94 Zie: Appendix A voor de toenmalige teksten van o.a. art. 18 en art. 23, derde lid, Warb en art. 28 Wet RO over het geheim van de raadkamer.

95 Wet van 3 juni 1992 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, de Ambtenarenwet 1929, de Beroepswet en enkele andere wetten (integratie raden van beroep/Ambtenarengerechten en arrondissementsrechtbanken; vereenvoudiging regelingen vorming en bezetting kamers), Kamerstukken II 1990/91, 21 967, Stb. 1992, 278. De wetteksten zijn opgenomen in Appendix A.

96 MvT, Kamerstukken II 1990/91, 21 967, nr. 3, blz. 17. De geheimhoudingsbepaling is thans opgenomen in art. 13 Wet RO. Door de schakelbepaling in art. 4 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie is art. 13 Wet RO ook van toepassing op het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

97 MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, blz. 169.

98 Art. 31 Wet RvS is met ingang van 1 september 2010 (nagenoeg ongewijzigd) verplaatst naar art. 44 Wet RvS. De wetteksten zijn opgenomen in Appendix A.

99 Wet van 12 juni 1952 tot herziening van de uitvoeringsorganisaties der sociale verzekering (Organisatiewet sociale verzekering), Kamerstukken II 1949/50, 1679, Stb. 1952, 344. Art. 50g OSV is ingevoerd bij Wet van 28 december 1988, houdende wijziging van de Organisatiewet Sociale Verzekering en enkele andere sociale verzekeringswetten tot invoering van een sociaal-fiscaal nummer, nadere regeling van het gegevensverkeer tussen verzekerde, werkgever en uitvoeringsorgaan en aanpassing van de geheimhoudingsbepalingen (invoering sociaal-fiscaal nummer), Kamerstukken II 1988/89, 20 854, Stb. 1988, 655.

100 MvA, Kamerstukken II 1990/91, 21 221, nr. 5, blz. 45 en MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3 blz. 257.

101 Art. 58 OSV (oud).

102 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 27. Expliciet werd opgemerkt dat de formulering absoluut was dan zowel de oude bepaling (art. 58 OSV (oud)) als de modeltekst uit de richtlijnen voor de wetgevingstechniek.

voor de Minister.¹⁰³ Ondanks exact dezelfde bewoordingen als art. 67 AWR werd beoogd niet alleen de medewerkers van uitvoeringsorganen aan te merken als onderworpen subject, maar ook degenen die uit anderen hoofde gegevens voor sociale verzekeringen onder zich kregen, zoals werkgevers of administratiekantoren.¹⁰⁴ In de wet werden de gevallen waarin de geheimhoudingsplicht niet zou gelden limitatief opgesomd.¹⁰⁵ Uitzonderingen waren mogelijk ingeval enig wettelijk voorschrift tot bekendmaking verplichtte, degene op wie de gegevens betrekking had schriftelijk instemde of de gegevens niet-herleidbaar waren. In de memorie van toelichting werd opgemerkt dat limitatief, in de wet vastgelegde mogelijkheden om tot gegevensverstrekking over te gaan, de beste garantie voor de burger was dat niet lichtvaardig met zijn persoonsgegevens zou worden omgegaan.¹⁰⁶ Bovendien zou op deze manier naar de burger toe meer duidelijkheid worden gegeven hoe zou worden omgegaan met gegevens (transparantie).¹⁰⁷ Ontheffing was eveneens mogelijk ten behoeve van wetenschappelijk- of statisch onderzoek. Voor dit soort onvoorziene gegevensverstrekkingen diende het parlement vooraf te worden ingelicht waardoor aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voldoende recht zou worden gedaan.¹⁰⁸ Met ingang van 1 januari 1995 werd de OSV vervangen door de OSV 1995.¹⁰⁹

5.3.4 Wet op de Sociale Verzekeringsbank

De geheimhoudingsbepaling van art. 21 Wet SVB¹¹⁰ werd in de memorie van toelichting op het wetsvoorstel voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie genoemd als voorbeeld van een striktere geheimhoudingsbepaling die gehandhaafd bleef.¹¹¹ Art. 21 Wet SVB is tegelijkertijd ingevoerd met art. 50g OSV waarbij expliciet is gekozen voor een gelijkluidende geheimhoudingsbepaling.¹¹² In de memorie van toelichting op art. 21 Wet SVB werd dan ook korthedshalve verwezen naar art. 50g OSV.¹¹³ Evenals de OSV verviel de Wet SVB met ingang van 1 januari 1995 en werden ze vervangen door de OSV 1995.

103 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 16-17. Vergelijk: NR, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. A, blz. 16-17 en NEV, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 10, blz. 10.

104 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 16.

105 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 4. Vergelijk: VV, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 5, blz. 7.

106 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 17.

107 MvA, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 6, blz. 21.

108 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 16-17. Vergelijk: VV, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 5, blz. 8 en MvA, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 6, blz. 21.

109 Zie par. 3.5 hierna.

110 Wet van 17 november 1933 tot organisatie van de openbare organen, belast met de uitvoering van de sociale verzekering (Wet SVB), Kamerstukken II 1933/34, 66, Stb. 1933, 598. Art. 21 Wet SVB is ingevoerd bij Wet van 28 december 1988, houdende wijziging van de Organisatiewet Sociale Verzekering en enkele andere sociale verzekeringswetten tot invoering van een sociaal-fiscaal nummer, nadere regeling van het gegevensverkeer tussen verzekerde, werkgever en uitvoeringsorgaan en aanpassing van de geheimhoudingsbepalingen (invoering sociaal-fiscaal nummer), Kamerstukken II 1988/89, 20 854, Stb. 1988, 655.

111 MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3 blz. 256.

112 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 12.

113 MvT, Kamerstukken II 1988/89, 20 854, nr. 3, blz. 33.

5.3.5 Van de OSV 1995, via de OSV 1997 naar de Wet Suwi

Met ingang van 1 januari 1995 werden de OSV en de Wet SVB vervangen door de OSV 1995 waarin een beduidend minder stringente geheimhoudingsbepaling was opgenomen.¹¹⁴ In art. 100 OSV 1995 werd, overeenkomstig art. 2:5 Awb, het subjectieve element van het 'kennen of redelijkerwijs moeten vermoeden van het vertrouwelijke karakter van de gegevens' opgenomen. In de Module Uitvoering sociale zekerheid en bestuursrecht wordt terecht opgemerkt dat daarmee, ondanks de beoogde geslotenheid, min of meer wordt teruggedaan naar een formulering zoals die tot 1 januari 1989 in art. 58 OSV (oud) was opgenomen.¹¹⁵ Zowel in de Tweede als de Eerste Kamer is dit verschil, behoudens een schriftelijke reactie van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op een advies van de toenmalige Registratiekamer, onopgemerkt gebleven.¹¹⁶ Via de OSV 1997¹¹⁷ is de geheimhoudingsbepaling terechtgekomen in het huidige art. 74 Wet Suwi.¹¹⁸ Ook deze geheimhoudingsbepaling ziet slechts op vertrouwelijke gegevens. Net als destijds in art. 50g OSV en art. 21 Wet SVB is in art. 74, tweede lid, Wet Suwi specifiek bepaald dat de geheimhoudingsbepaling niet van toepassing is ingeval degene op wie de gegevens betrekking hebben schriftelijk heeft ingestemd met het verstrekken van gegevens of de gegevens niet-herleidbaar zijn tot individuele natuurlijke personen.¹¹⁹ In art. 74, derde lid, Wet Suwi is een onderzoeksverplichting opgenomen. Voorafgaand aan de verstrekking van gegevens dient te worden nagegaan of de ontvanger bevoegd is de gegevens te verkrijgen.¹²⁰

5.3.6 Wet toezicht kredietwezen 1992

Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet Awb III is art. 64 Wtk 1992 genoemd als voorbeeld van een striktere geheimhoudingsbepaling die gehandhaafd bleef.¹²¹ De Wtk 1992¹²² is als vervanging van de Wtk uit 1978 per 1 januari 1993 in werking

114 Wet van 27 oktober 1994, houdende de aanpassing van de uitvoeringsorganisatie sociale verzekeringen (Organisatiewet sociale verzekeringen 1995), Kamerstukken II 1992/93, 23 141, Stb. 1994, 790.

115 Commentaar op art. 100 OSV 1995, aant. 1.1 en 1.2, Module Uitvoering sociale zekerheid en bestuursrecht (online, geraadpleegd op 9 december 2016) en commentaar op art. 98 OSV 1997, aant. 1.2, Module Uitvoering sociale zekerheid en bestuursrecht (online, geraadpleegd op 8 oktober 2019).

116 Brief Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 28 maart 1994, Kamerstukken II 1993/94, 23 141, nr. 19.

117 Wet van 26 februari 1997 tot wijziging van de uitvoeringsorganisatie sociale verzekeringen (Organisatiewet sociale verzekeringen 1997), Kamerstukken II 1995/96, 24 877, Stb. 1997, 95 (art. 98 OSV 1997).

118 Wet van 16 december 2004, houdende invoering van de Wet financiering sociale verzekeringen (Kamerstukken II 2003/04, 29 531, Stb. 2005, 37).

119 Respectievelijk art. 74, tweede lid, onderdelen b en c, Wet Suwi.

120 Zie ook: Hoofdstuk 10, par. 2.2.

121 MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 258, nr. 3, blz. 47.

122 Wet van 23 december 1992, houdende bepalingen inzake het toezicht op het kredietwezen en de uitvoering van de Tweede Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, alsmede tot wijziging van Richtlijn 77/780/EEG (89/646/EEG), en de uitvoering van de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 6 april 1992 inzake het toezicht op kredietinstellingen op geconsolideerde basis (92/30/EEG) (Wet toezicht kredietwezen 1992), Kamerstukken II 1991/92, 22 665, Stb. 1992, 722. In het wetsvoorstel was de geheimhoudingsbepaling nog genummerd art. 60 Wtk 1992.

getreden waarbij de Tweede Coördinatierichtlijn is geïmplementeerd.¹²³ In de Tweede Coördinatierichtlijn was door de lidstaten gekozen voor een verdere harmonisatie van de geheimhoudingsverplichting (ten opzichte van de Eerste Coördinatierichtlijn) waarbij de mogelijkheid om een uitzondering te maken op de geheimhoudingsplicht werd ingeperkt.¹²⁴ In de Wtk 1992 zelf werd limitatief opgesomd wanneer, met wie, voor welk doel en onder welke voorwaarden gegevens konden worden uitgewisseld.¹²⁵ In de memorie van toelichting is het belang van de geheimhouding voor zowel de onder toezicht staande instelling als de toezichthouder uiteengezet:¹²⁶

Naast het belang van het adequaat uitoefenen van toezicht moet worden gewezen op het belang van de onder toezicht staande instellingen bij geheimhouding van de op hun onderneming betrekking hebbende gegevens die in het bezit zijn van de toezichthouders. Het gaat hierbij om vitale gegevens die hun weerslag kunnen hebben op de concurrentiepositie van die instellingen, doch vooral ook op het vertrouwen van de crediteuren (met name rekeninghouders, deposito-houders en spaarders) en van de financiële markten. Van de instellingen wordt verwacht dat zij zo volledig mogelijk opening van zaken geven tegenover de toezichthouders. Hunnerzijds moeten de instellingen erop kunnen vertrouwen dat de desbetreffende gegevens niet in de openbaarheid komen. Dit vertrouwen is bovendien van essentieel belang voor een goed toezicht en heeft derhalve verderreikende implicaties dan uitsluitend het belang van de kredietinstelling. Indirect zijn ook de belangen van de voornoemde crediteuren in wier belang (uiteindelijk) het banktoezicht wordt uitgeoefend en de goede functionering van het financiële stelsel dienend met een goede geheimhoudingsregeling.

Met ingang van 1 januari 2007 kwam de Wtk 1992 te vervallen en werd deze, inclusief de strikte geheimhoudingsbepalingen, geïntegreerd in de Wft.¹²⁷

5.3.7 Wet toezicht beleggingsinstellingen

Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet Awb II is de voorgestelde geheimhoudingsbepaling van art. 24 Wtb genoemd als voorbeeld van een striktere geheimhoudingsbepaling die gehandhaafd moest blijven.¹²⁸ Art. 24 Wtb kwam grotendeels overeen met het hiervoor behandelde art. 64 Wtk 1992. Met ingang van 1 januari 2007 kwam de Wtb te vervallen en werd deze, inclusief de strikte geheimhoudingsbepalingen, geïntegreerd in de Wft.¹²⁹

5.3.8 Wet toezicht effectenverkeer

Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet Awb II is de voorgestelde geheimhoudingsbepaling van art. 22 Wte genoemd als voorbeeld van een striktere

123 Tweede Richtlijn van de Raad van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen, alsmede tot wijziging van Richtlijn 77/780/EEG (89/646/EEG) (Tweede coördinatierichtlijn), Pb EG 1989, L 386, blz. 1-13. Zie uitgebreider: J.L.S.M. Hillen, commentaar op art. 64 Wtk 1992, Lexplicatie Banking en finance (online, geraadpleegd op 15 november 2018).

124 MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 665, nr. 3, blz. 65, par. 5.115.

125 Art. 64 t/m art. 68 Wtk 1992. Vergelijk: art. 16, Tweede Coördinatierichtlijn en MvA, Kamerstukken II 1991/92, 22 665, nr. 6, blz. 40 e.v., par. 5.9.

126 MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 665, nr. 3, blz. 64-65.

127 Zie hierna par. 3.10.

128 MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 320, nr. 3, blz. 4.

129 Zie hierna par. 3.10.

geheimhoudingsbepaling die gehandhaafd moest blijven.¹³⁰ Deze strikte geheimhoudingsbepaling werd nadien overgenomen in art. 31 Wte 1995.¹³¹ In de jurisprudentie is bevestigd dat de wetgever een besloten systeem van geheimhouding heeft beoogd, behoudens de gevallen waarin openbaarmaking van informatie is toegestaan op grond van Europese richtlijnen.¹³² Gezien de bijzondere openbaarheidsregeling met uitputtend karakter voorziet de wet niet in een mogelijkheid om in individuele gevallen een afweging te kunnen maken c.q. een ontheffing te verlenen. Met ingang van 1 januari 2007 kwam de Wte 1995 grotendeels te vervallen en werd deze, inclusief de strikte geheimhoudingsbepalingen, geïntegreerd in de Wft.¹³³

5.3.9 Wet toezicht verzekeringsbedrijf

Tijdens de parlementaire behandeling van de Aanpassingswet Awb II is de geheimhoudingsbepaling van art. 84 Wtv kort aan de orde gekomen.¹³⁴ Dit artikel kwam overeen met de algemene geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb en had om die reden kunnen vervallen, ware het niet dat al vaststond dat deze geheimhoudingsbepaling zou worden geharmoniseerd en verder aangescherpt. Art. 84 Wtv is met ingang van 29 april 1994 aangepast overeenkomstig de strengere formulering van de hiervoor behandelde Wtk 1992, de Wtb en de Wte.¹³⁵ Vlak daarna werd de geheimhoudingsbepaling opgenomen in art. 182 Wtv 1993 waarbij ter toelichting werd verwezen naar (destijds) art. 60 Wtk 1992 en de wijziging van art. 84 Wtv.¹³⁶ Met ingang van 1 januari 2007 kwam de Wtv 1993 te vervallen en werd deze, inclusief de strikte geheimhoudingsbepalingen, geïntegreerd in de Wft.

5.3.10 Wet op het financieel toezicht

Op 1 januari 2007 is de Wft in werking getreden waarbij enkele financiële toezichtwetten werden gebundeld.¹³⁷ Een strikt geheimhoudingsregime met een stelsel van limitatief omschreven uitzonderingen werd in de art. 1:89 tot en met (het huidige) art. 1:93h Wft

¹³⁰ MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 320, nr. 3, blz. 4.

¹³¹ Wet van 16 november 1995, houdende het opnieuw vaststellen van de Wet toezicht effectenverkeer in verband met de uitvoering van de richtlijn betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten en van de richtlijn betreffende de kapitaaltoereikendheid van beleggingsondernemingen en kredietinstellingen, Kamerstukken II 1994/95, 23 874, Stb. 1995, 574.

¹³² CBB 4 september 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ8735, AB 2009, 403.

¹³³ Zie hierna par. 3.10.

¹³⁴ MvT, Kamerstukken II 1991/92, 22 320, nr. 3, blz. 4.

¹³⁵ Wet van 17 maart 1994, houdende opneming in de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf, de Wet toezicht beleggingsinstellingen en de Wet toezicht effectenverkeer van bepalingen betreffende de informatie-uitwisseling tussen Nederlandse en buitenlandse instanties die belast zijn met het toezicht op financiële markten of op natuurlijke personen en rechtspersonen die op die markten werkzaam zijn, Kamerstukken II 1992/93, 23 170, Stb. 1994, 235. Zie ook: MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 170, nr. 3, blz. 13.

¹³⁶ MvT, Kamerstukken II 1992/93, 23 199, nr. 3, blz. 53.

¹³⁷ Wet van 28 september 2006, houdende regels met betrekking tot de financiële markten en het toezicht daarop (Wet op het financieel toezicht), Kamerstukken II 2003/04, 29 708, Stb. 2006, 475. Zie ook: P.W.G.F. ten Westeneind, Geheimhouding en publicatie in de Wet op het financieel toezicht: een nieuwe balans? Tijdschrift voor Financieel recht 2006, nr. 9.

voortgezet.¹³⁸ Wederom werd door de wetgever gesteld dat – vanwege het ingrijpende karakter van de verplichting vertrouwelijke informatie ter beschikking te stellen aan de toezichthouder en om informatieverstrekking te bevorderen – de vertrouwelijkheid gewaarborgd diende te blijven.¹³⁹ Hoewel geen wijziging werd beoogd is de geheimhoudingsbepaling van art. 1:89 Wft minder streng geformuleerd.¹⁴⁰ Anders dan zijn voorgangers beperkt art. 1:89 Wft zich tot vertrouwelijke gegevens.¹⁴¹ Zo ziet art. 1:89 Wft niet op openbaar bekende informatie.¹⁴² Ook expliciete of stilzwijgende instemming van de betrokkene ontnemt het vertrouwelijke karakter aan de informatie.¹⁴³ Niet-herleidbare gegevens zijn evenmin aan te merken als object van de geheimhouding.¹⁴⁴ Hierdoor wordt aangesloten op art. 2:5 Awb.¹⁴⁵

In 2014, 2015 en 2020 is de kring met onderworpen subjecten tot viermaal toe uitgebreid. Hiermee werd telkens beoogd om bij het verstrekken van vertrouwelijke gegevens en inlichtingen de geheimhoudingsverplichting van de verstreckende partij over te laten gaan op de ontvangende partij. De eerste uitbreiding had betrekking op de invoering van de mogelijkheid om vertrouwelijke gegevens en inlichtingen te verstrekken aan de Algemene Rekenkamer ten behoeve van doelmatigheidsonderzoek naar het toezicht van DNB en de AFM (het huidige art. 1:93e Wft).¹⁴⁶ Hierbij is expliciet bepaald dat de Algemene Rekenkamer de toezichtvertrouwelijke informatie geheim dient te houden.¹⁴⁷ De tweede uitbreiding betrof de invoering van de mogelijkheid om vertrouwelijke gegevens en inlichtingen

138 MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 46 e.v. In het voorstel van wet was de geheimhoudingsbepaling opgenomen in art. 1:72 t/m art. 1:77 Wft. Zie ook De Moor-Van Vugt e.a. 2012, blz. 33 e.v. Zie ook: het voorgestelde art. 1:93ga Wft (voorstel van wet gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden, Kamerstukken II 2019/20, 35 447, nr. 2).

139 MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 46.

140 MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 23.

141 P.W.G.F. ten Westeneind, Geheimhouding en publicatie in de Wet op het financieel toezicht: een nieuwe balans? Tijdschrift voor Financieel recht 2006, nr. 9 en De Haan & Oosterhuis 2008, blz. 21 e.v. In het arrest HvJ EU 19 juni 2018 (Baumeister), ECLI:EU:C:2018:464 geeft het HvJ EU twee criteria voor vertrouwelijke informatie: de informatie mag niet openbaar zijn en de openbaarmaking van de gegevens zou mogelijk afbreuk doen aan de belangen van de verstrekker, derden of de goede werking van het systeem van controle (zie uitbreider: L.M. Hiemstra, Beroepsgeheim niet meer te vertrouwen? Tijdschrift voor Financieel recht 2018, nr. 11).

142 MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 47.

143 MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 47.

144 O.a.: art. 1:89, tweede lid, Wft. Vide: MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, blz. 48. Vergelijk: art. 64, vijfde lid, Wtk 1992, art. 24 Wtb en art. 31, vijfde lid, Wte 1995.

145 Vergelijk: De Haan & Oosterhuis 2008, blz. 25-26 die voorstellen om de geheimhoudingsbepalingen in de Wft te schrappen.

146 Wet van 14 mei 2014 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het verstrekken van vertrouwelijke gegevens of inlichtingen door de Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten aan de Algemene Rekenkamer, Kamerstukken II 2012/13, 33 729, Stb. 2014, 179. Met ingang van 1 januari 2019 is art. 1:93d Wft vernummerd naar art. 1:93e Wft.

147 MvT, Kamerstukken II 2012/13, 33 729, nr. 3, blz. 1-3. De Algemene Rekenkamer mag de verkregen toezichtvertrouwelijke informatie aan geen enkele persoon of autoriteit bekend mag maken, tenzij deze niet kan worden herleid tot afzonderlijke personen.

te verstrekken aan een parlementaire enquêtecommissie (het huidige art. 1:93f Wft).¹⁴⁸ Ook hier is bepaald dat de parlementaire enquêtecommissie de toezichtvertrouwelijke informatie geheim dient te houden.¹⁴⁹ In 2015 is de kring met onderworpen subjecten voor de derde maal uitgebreid.¹⁵⁰ Deze derde uitbreiding betreft personen die niet zelf een taak vervullen op grond van de wet maar wel bij de uitvoering ervan betrokken raken en in dat kader de beschikking krijgen over vertrouwelijke informatie.¹⁵¹ Dit was ook aanleiding om de schending van de geheimhouding beboetbaar te stellen.¹⁵² Gezien het belang van de geheimhouding zou een hoge boete gerechtvaardigd zijn. De schending van art. 1:89 Wft is gerangschikt in categorie twee waardoor de boete kan oplopen tot € 1 miljoen.¹⁵³ De meest recente uitbreiding in 2020 zag op de Minister van Justitie en Veiligheid in verband met het door hem beheerde centraal elektronisch systeem voor het geautomatiseerd ontsluiten van identificerende gegevens (art. 1:93h Wft).¹⁵⁴

5.4 Afronding

In dit hoofdstuk stond de vergelijking van art. 67 AWR met art. 2:5 Awb centraal. Deze vergelijking is van belang voor de beantwoording van de derde onderzoeksvraag. Bij de invoering van de Awb in 1994 is in art. 2:5 Awb een voor het gehele openbaar bestuur geldende, algemene geheimhoudingsverplichting opgenomen ten aanzien van vertrouwelijke gegevens waarmee het bestuur bij het uitvoeren van zijn taak te maken krijgt. Deze geheimhoudingsbepaling heeft een aanvullend karakter en is niet van toepassing voor zover reeds uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift ter zake van die gegevens een geheimhoudingsplicht geldt. Een aanpassing van art. 2:5 Awb, waarbij de term geheimhoudingsplicht wordt aangepast naar de term geheimhoudingsregime (de hoofdregel én de hierop geformuleerde uitzonderingen en ontheffingen), zou naar mijn mening de lading beter dekken. Aan de hand van de vijf elementen die voor de fiscale

148 Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (Pb EU 2013, L 176) en ter implementatie van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (Pb EU 2013, L 176) (implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten), Kamerstukken II 2013/14, 33 849, Stb. 2014, 253. Met ingang van 1 januari 2019 is art. 1:93e Wft vernummerd naar art. 1:93f Wft.

149 Art. 1:93f, tweede lid, Wft. Zie ook: MvT, Kamerstukken II 2013/14, 33 849, nr. 3, blz. 35-36 en NAV, Kamerstukken II 2013/14, 33 849, nr. 6, blz. 23.

150 Wet van 11 november 2015 (Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen), Kamerstukken II 2014/15, 34 208, Stb. 2015, 431.

151 Art. 1:89, derde lid, Wft. Zie uitgebreider: MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 3, blz. 72-73. Vergelijk: NAV, Kamerstukken II 2014/15, 34 208, nr. 6, blz. 49.

152 Koninklijk besluit van 16 november 2015 (implementatiebesluit Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen), Stb. 2015, 433.

153 Art. 10 besluit bestuurlijke boetes financiële sector (2009) jo. art. 1:81 Wft.

154 Wet van 22 april 2020 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht in verband met het via een centraal elektronisch systeem geautomatiseerd ontsluiten van identificerende gegevens alsmede enkele andere gegevens door banken en andere betaaldienstverleners (Wet verwijzingsportaal bankgegevens), Kamerstukken II 2018/19, 35 238, Stb. 2020, 151.

geheimhoudingsplicht van belang zijn, heb ik beide bepalingen met elkaar vergeleken. Hieruit bleek dat er enkele opvallende verschillen tussen beide bepalingen zijn. De overeenkomsten en verschillen zet ik hierna kort op een rij:

De doelstellingen

De doelstellingen van art. 2:5 Awb zijn anders dan die van art. 67 AWR. Art. 2:5 Awb is uitsluitend gericht op het beschermen van de belangen van burgers en bedrijven, maar niet de belangen van het bestuursorgaan. Art. 67 AWR beoogt echter mede het belang van de Belastingdienst te beschermen.

De onderworpen subjecten

De reikwijdte van de aan art. 2:5 Awb onderworpen subjecten komt inhoudelijk grotendeels overeen met de huidige drie categorieën van de aan art. 67 AWR onderworpen subjecten. Toch zijn er enkele verschillen. Een niet aan een 'instelling' verbonden deskundige (de natuurlijk persoon) is altijd onderworpen aan art. 67 AWR, maar lijkt echter buiten de Awb-boot te vallen omdat de band met de 'instelling' ontbreekt. Het verdient mijns inziens aanbeveling deze lacune in de Awb op te vullen. Een principiële verschil is dat bij het verstrekken van fiscale gegevens aan niet bij de uitvoering van de belastingwet betrokken ambtsdragers de fiscale geheimhoudingsbepaling overgaat op de ontvangende partij. Onder art. 2:5 Awb wordt het eigen geheimhoudingsregime van de ontvangende ambtsdrager van toepassing.

Het object van de geheimhouding

Art. 2:5 Awb heeft een aanvullend karakter. Aangezien art. 67 AWR uitsluitend ziet op informatie over de persoon of zaken van een ander is in zoverre de reikwijdte van de Awb-bepaling breder. De geheimhoudingsplicht van art. 2:5 Awb is echter niet absoluut geformuleerd. Dit komt tot uiting doordat in de wettekst het subjectieve element van het 'vertrouwelijke karakter' naar voren komt. In de huidige fiscale bepaling is dit subjectieve element volledig geëlimineerd. Dit zorgt voor een aantal verschillen in het object van de geheimhouding: als eerste noem ik het tijdsverloop. Het object van de fiscale geheimhouding verandert niet door tijdsverloop. Het tweede verschil is de openbaar bekende gegevens; deze ontberen het vertrouwelijke karakter van art. 2:5 Awb. Het derde onderscheid is de instemming van de betrokkene die eveneens het vertrouwelijke karakter van gegevens ontnemt. De beslissing of gegevens, waarop art. 67 AWR betrekking heeft, bekend mogen worden gemaakt berust niet bij de persoon om wiens gegevens het gaat. Een vierde onderscheid wordt zichtbaar bij niet-herleidbare gegevens. Deze zijn aan te merken als het object van de fiscale geheimhouding, maar vallen niet per definitie onder de reikwijdte van art. 2:5 Awb.

De (fiscale) afbakening

Art. 67, eerste lid, AWR bepaalt dat de inspecteur de fiscale informatie niet verder bekend mag maken dan noodzakelijk is voor de uitvoering van de belastingwet of de invordering van enige rijksbelasting. Hoewel de afbakening van art. 2:5 Awb anders is gedefinieerd is er inhoudelijk geen verschil.

De uitzonderingen en ontheffingen

In zowel art. 67 AWR als art. 2:5 Awb is, hoewel anders geredigeerd, bepaald dat de geheimhoudingsplicht niet geldt ingeval enig wettelijk voorschrift tot bekendmaking verplicht. Het verstrekken van fiscale gegevens aan betrokkenen zelf zou onder het Awb-regime ruimer zijn dan art. 67, tweede lid, onderdeel c, AWR omdat het vertrouwelijke karakter ontbreekt. Zowel de ministeriële regeling van art. 43c Uitv. Reg. AWR 1994 als de ontheffingsmogelijkheid van art. 67, derde lid, AWR creëren aanvullende rechten voor de Minister van Financiën. Art. 2:5 Awb is derhalve op dit punt veel stringenter.

Tot slot heb ik in dit hoofdstuk stilgestaan bij de geheimhoudingsbepalingen die gedurende de parlementaire behandeling van art. 2:5 Awb aan de orde zijn gekomen en wegens hun specifieke karakter eveneens niet zijn vervangen door de algemene geheimhoudingsbepaling van art. 2:5 Awb. Hierbij ben ik tevens ingegaan op de ontwikkelingen met betrekking tot die geheimhoudingsbepalingen die zich sindsdien hebben voorgedaan. Een nadere beschouwing van deze stringenter bepalingen gaf mij inzicht in hetgeen als stringenter werd gezien en heeft gediend als inspiratiebron voor enkele voorgestelde wijzigingen van art. 67 AWR in Deel II van deze studie (Hoofdstuk 6 tot en met Hoofdstuk 10).