Genoemd en gedoemd?
Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen

Jonge VAR-reeks
10

Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen

Preadviezen uitgebracht door

Mr. A.C. Beijering-Beck
Mr. B.R.J. de Haan
Mr. J.J. Reuveny
Mr. M.C.T.M. Sonderegger

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
op 11 november 2011

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2012

Aanbevolen citeerwijze: Jonge VAR-reeks 10

© 2012 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-630-6
NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

Ten geleide 7

Inleiding 9

Naming en shaming en de Wet openbaarheid van bestuur 11
Mr. J.J. Reuveny

Naming en shaming op grond van de Wet op het financieel toezicht 53
Mr. A.C. Beijering-Beck

What's in a name? De publicatie van sanctiebesluiten door toezichthouders 111
Mr. B.R.J. de Haan & mr. M.C.T.M. Sonderegger

Verslag Jonge VAR: Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen 139
Mr. K. Gussinklo

Ten geleide

Op 11 november 2011 vond ten kantore van Houthoff Buruma te Amsterdam de tiende (jubileum)bijeenkomst van de Jonge VAR plaats, ditmaal in het teken van het onderwerp 'Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen'. Daar werd gesproken over de (toen nog concept)preadviezen van vier preadviseurs, die het onderwerp vanuit verschillende perspectieven hebben behandeld. De rode draad wordt gevormd door de verschillende openbaarmakingsregimes die bestuursorganen bij de publicatie van sanctiebesluiten en andere overheidsinformatie ter beschikking staan. Wat staat u te wachten bij lezing van de preadviezen?

Jonathan Reuveny (jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State) onderzoekt in zijn preadvies of artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur een voldoende grondslag biedt voor het publiceren van sanctiebesluiten en inspectiegegevens. Bestuursorganen die niet over een specifieke wettelijke grondslag voor de publicatie van dit soort informatie beschikken, moeten op dit artikel terugvallen.

Annechien Beijering-Beck (advocate bij Houthoff Buruma) neemt in haar preadvies het openbaarmakingsregime in de Wet financieel toezicht onder de loep. De Stichting Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank maken gebruik van dit regime.

Binne-Jan de Haan en Monica Sonderegger (juristen bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit) behandelen in hun preadvies de komst van de nieuwe toezichthouder De Autoriteit Consument en Markt waarin de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit worden samengevoegd. Zij bekijken de mogelijkheden die deze samenvoeging biedt voor een nieuwe uniforme openbaarmakingsregeling.

De besproken preadviezen zijn naar aanleiding van de discussie nog bijgesteld. Dit boekje bevat de definitieve tekst van de drie preadviezen en het verslag van de discussie. Het verslag is opgesteld door Kirsten Gussinklo en geeft een goede indruk van de levendige discussie onder voorzitterschap van Adrienne de Moor-van Vugt (UvA).

Gesproken is onder meer over de vraag of de publicatie van een sanctiebesluit op zich zelf ook als een punitieve sanctie moet worden gekwalificeerd. Daarnaast kwam aan de orde of het geanonimiseerd publiceren van sanctiebesluiten onder bepaalde omstandigheden al dan niet voldoende recht doet aan het doel van de publicatie, het informeren en waarschuwen van het publiek. Verder is gesproken over de belangen die meegewogen zouden moeten worden bij de belangenafweging die bestuursorganen maken bij de beslissing tot publicatie. U kunt het allemaal teruglezen in het verslag, waarin u – traditiegetrouw – ook de uitslag vindt van de stemming over de stellingen die de preadviseurs hebben ingebracht.

Het VAR-bestuur dankt in het bijzonder de vier preadviseurs, maar ook hun meelezers, de verslaglegger en de dagvoorzitter hartelijk voor hun inzet. We zijn verheugd u hierbij voor de tiende keer de preadviezen van de Jonge VAR te mogen aanbieden. Ik wens u veel leesplezier.

Bart Jan van Ettekoven,
Voorzitter VAR

Inleiding

Veel toezichthouders publiceren tegenwoordig een boete die ze hebben opgelegd aan een bepaald bedrijf of organisatie. In een aantal gevallen zijn de bestuursorganen verplicht de boetes te publiceren die zij hebben opgelegd. Zo zijn op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) de Stichting Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank verplicht de boetes te publiceren die zij hebben opgelegd. Toezichthouders maken echter ook zonder verplichting boetebesluiten openbaar. Daarvoor wordt vaak de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) gebruikt.

Naast boetebesluiten worden ook besluiten tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom en inspectierapporten gepubliceerd. Soms hebben bestuursorganen op grond van een bijzondere wet een bevoegdheid tot publicatie, soms zijn bestuursorganen daartoe op grond van een bijzondere wet verplicht en soms wordt daarvoor gebruik gemaakt van de Wob.

Het publiceren van voornoemde besluiten dient een aantal doelen, zoals het beschermen van de belangen van consumenten en generale preventie. Vaak wordt daartoe in de voornoemde publicaties de naam van de (vermeende) overtreder genoemd of is zelfs zonder het noemen van de naam van de overtreder duidelijk om wie het gaat. Doordat de overtreder hierdoor in een kwaad daglicht wordt gesteld, kan er schade ontstaan.

In de drie preadviezen die in deze bundel zijn opgenomen, zal worden ingegaan op een aantal aspecten van het publiceren van sanctiebesluiten en inspectiegegevens door toezichthouders. Publicaties in de media, vaak naar aanleiding van de bekendmaking van eerdergenoemde publicaties, vallen buiten het bereik van de preadviezen.

In het eerste preadvies wordt ingegaan op naming en shaming en de Wob. Die wet vormt de algemene grondslag voor de openbaarmaking van overheidsinformatie. Bekend is de openbaarmaking op verzoek, maar in het kader van naming en shaming gebruiken bestuursorganen de Wob vaak om zelf, actief, informatie openbaar te maken. In het preadvies zal worden betoogd dat de Wob, om meerdere redenen, niet het juiste instrument is voor naming en shaming. De Wob is er niet voor bedoeld.

In het tweede preadvies wordt ingegaan op de bijzondere publicatiemogelijkheden die de Stichting Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank op grond van de Wft ter beschikking staan. Deze wet kent een aantal grondslagen die de basis vormen voor publicatie van overtredingen en van een opgelegd sanctiebesluit (een boete of last onder dwangsom). Het publicatiesysteem van de Wft is een bijzondere, omdat publicatie in een aantal gevallen in beginsel verplicht is. In dit preadvies wordt – mede aan de hand van de verschenen rechtspraak – ingegaan op de vraag of deze beginselplicht tot publicatie voldoende waarborgen biedt voor de betrokken persoon of onderneming.

In het derde preadvies brengen de preadviseurs de redenen voor toezichthouders om sanctiebesluiten te publiceren in kaart. Vervolgens beschrijven zij de praktijk van een aantal toezichthouders en gaan zij in op de mogelijkheden die de wetgever heeft bij het ontwerpen van een wettelijk kader voor de nieuw op te richten toezichthouder, de Autoriteit Consument en Markt.

Al met al is de huidige praktijk van het publiceren van sanctiebesluiten en inspectiegegevens in het bestuursrecht niet zonder problemen. In de preadviezen worden echter ook adviezen gegeven om die problemen op te lossen, zodat aan alle bij de publicatie betrokken belangen recht wordt gedaan.

Naming en shaming en de Wet openbaarheid van bestuur

*Mr. J.J. Reuveny**

1	**Inleiding**	**13**
2	**Actieve openbaarmaking: de grondslag in de Wob**	**15**
2.1	Artikel 8: de grondslag voor actieve openbaarmaking	15
2.2	De absolute weigeringsgronden	17
2.3	De relatieve weigeringsgronden	19
3	**Openbaarmaking van boetebesluiten**	**21**
3.1	Inleiding	21
3.2	Is openbaarmaking van boetebesluiten een sanctie in de zin van de Awb?	22
3.3	Is openbaarmaking van boetebesluiten een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM?	23
3.4	Wordt de openbaarmaking van boetebesluiten in de literatuur als een sanctie gezien?	24
3.5	Het legaliteitsbeginsel en artikel 8 Wob als grondslag voor punitieve sancties	25
3.6	De onschuldpresumptie en andere rechtsbeschermingsvereisten	26
3.7	Rechtsbescherming tegen openbaarmaking van boetebesluiten: welke mogelijkheden bieden de Wob en de jurisprudentie en is dit in lijn met de rechtsbeschermingsvereisten?	28
3.7.1	Inleiding	28
3.7.2	Het beleid van de OPTA	28
3.7.3	De Rechtbank Amsterdam over de openbaarmaking van een boetebesluit door de OPTA	29
3.7.4	De OPTA in hoger beroep bij de ABRvS	31
4	**Openbaarmaking van inspectiegegevens en andersoortige besluiten**	**37**
4.1	Inspectiegegevens	37
4.1.1	Inleiding	37
4.1.2	Is de openbaarmaking van inspectiegegevens een sanctie?	39

* Jonathan Reuveny is jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Hij bedankt Lex Michiels en Ramona Grimbergen voor hun commentaar op eerdere versies van dit preadvies.

4.1.3 Rechtsbescherming tegen openbaarmaking van inspectiegegevens: welke mogelijkheden bieden de Wob en de jurisprudentie en is dit in lijn met de rechtsbeschermingsvereisten? 40
4.2 De openbaarmaking van besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang 42
4.2.1 Inleiding 42
4.2.2 Is de openbaarmaking van besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang een sanctie? 43

5 Conclusie: is de Wob geschikt als grondslag voor naming en shaming? 47

Stellingen 51

1 Inleiding

Vandaag de dag wordt meer en meer gebruik gemaakt van de mogelijkheden die artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) biedt, te weten actieve openbaarmaking. Bestuursorganen zetten allerlei informatie op hun websites of maken die informatie op andere wijze bekend. Een deel van de informatie die openbaar wordt gemaakt, betreft allerhande informatie over handhaving, zoals boetebesluiten, inspectiegegevens of besluiten tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom. Bestuursorganen hebben met de openbaarmaking een doel voor ogen, zoals laten zien hoe uitvoering wordt gegeven aan handhavingsbevoegdheden of het stimuleren van normconform gedrag. Bij de openbaarmaking is vaak sprake van naming en shaming. De Wob is daar echter niet het geëigende instrument voor, zo wordt in dit preadvies betoogd. Dit wordt beargumenteerd door eerst een overzicht te geven van de Wob en de grondslag voor actieve openbaarmaking van artikel 8 Wob. Daarna wordt de openbaarmaking van boetebesluiten besproken. Vervolgens wordt de openbaarmaking van inspectiegegevens en andersoortige besluiten besproken. Aan het eind worden conclusies getrokken en aanbevelingen gedaan voor de openbaarmaking van boetebesluiten, andere handhavingsbesluiten en inspectiegegevens.

2 Actieve openbaarmaking: de grondslag in de Wob

2.1 Artikel 8: de grondslag voor actieve openbaarmaking

De Wob regelt de openbaarmaking van informatie over bestuurlijke aangelegenheden die is neergelegd in documenten. Artikel 3 Wob biedt een ieder de mogelijkheid om een bestuursorgaan te verzoeken informatie openbaar te maken over bestuurlijke aangelegenheden. Bestuursorganen zijn echter niet gehouden te wachten op een verzoek om informatie openbaar te maken. Artikel 8 Wob biedt ze de mogelijkheid om uit eigen beweging informatie openbaar te maken, de zogenaamde actieve openbaarmaking. Een toenemend aantal bestuursorganen maakt op basis van artikel 8 Wob boetebesluiten, andere handhavingsbesluiten en inspectiegegevens openbaar. Het op verzoek informatie openbaar maken, dus op grond van artikel 3 Wob, kan feitelijk overigens evengoed een 'namende en shamende' werking hebben. Als bijvoorbeeld in een op verzoek openbaar gemaakt boetebesluit of inspectierapport de namen van overtreders zijn vermeld, wordt evengoed, maar dan zonder het oogmerk dit te doen, negatieve aandacht gevestigd op die overtreders en kunnen die evengoed reputatieschade en financiële schade lijden. In zoverre is hetgeen in dit preadvies wordt besproken over actieve openbaarmaking ook van toepassing op de openbaarmaking op verzoek.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft in haar uitspraak van 16 juli 2003 in zaak nr. 200301382/1 (*OPTA/Yarosa*)[1] geoordeeld dat de openbaarmaking van informatie op grond van artikel 8 Wob een besluit in de zin van artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) oplevert. Hierbij was wel van belang dat er beleid op grond van de Wob bestond. In de uitspraak van 31 mei 2006[2] is die voorwaarde echter losgelaten. Indien het bestuursorgaan bij de actieve openbaarmaking een afweging dient te maken van de in artikel 10 Wob genoemde belangen, is sprake van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen belanghebbenden kunnen opkomen.

Openbaarmaking op grond van de Wob geschiedt volgens vaste jurisprudentie van de ABRvS slechts in het algemeen belang van openbaarheid, dat wordt gezien in het belang van een goede en democratische bestuursvoering. Het belang van degene die verzoekt om openbaarmaking van informatie speelt geen enkele rol.[3]

1 LJN AH9903.
2 *AB* 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2006, 218, m.nt. G. Overkleeft-Verburg en *Gst.* 2006, 169, m.nt. R. Kooper.
3 Zie bijvoorbeeld ABRvS 14 mei 2003, *AB* 2003, 241, m.nt. E.J. Daalder.

Een gevolg van die vaste lijn is dat het bestuursorgaan bij actieve openbaarmaking slechts in het belang van een goede en democratische bestuursvoering informatie openbaar mag maken. Openbaarmaking op grond van de Wob is dus niet bedoeld voor naming en shaming.[4] Volgens Michiels wordt de betekenis van artikel 8 Wob wel erg opgerekt wanneer hierin ook een grondslag wordt gelezen om boetebesluiten en informatie over specifieke overtredingen openbaar te maken. Volgens hem kan de openbaarmaking van dergelijke informatie moeilijk worden gezien als te geschieden in het belang van een goede en democratische bestuursvoering.[5] Wildeboer sluit zich aan bij Michiels, waarbij hij er nog op wijst dat als artikel 8 Wob zou zijn bedoeld om boetebesluiten en informatie over specifieke overtredingen openbaar te maken, dat niet te rijmen is met het in specifieke wetten opnemen van een regeling tot openbaarmaking van dat soort besluiten en dat soort informatie.[6]

Daalder en Pietermaat zijn het niet met Michiels eens.[7] Volgens hen is er geen wezenlijk onderscheid tussen sanctiebesluiten en andersoortige besluiten. Als artikel 8 Wob niet wordt opgerekt met de openbaarmaking van die andersoortige besluiten, gebeurt dat ook niet met de openbaarmaking van sanctiebesluiten. Het bestuursorgaan laat met het openbaar maken van sanctiebesluiten volgens Daalder en Pietermaat juist zien hoe het gebruik maakt van zijn handhavingsbevoegdheden, hetgeen in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering. Mocht de wetgever de openbaarmaking van sanctiebesluiten op een bepaald terrein of van een bepaald bestuursorgaan onwenselijk vinden, dan kan dat in de desbetreffende specifieke wet worden geregeld.[8]

Het betoog van Daalder en Pietermaat overtuigt mij niet. Mijns inziens gaan ze eraan voorbij dat sanctiebesluiten wel degelijk verschillen van andersoortige besluiten. Het openbaar maken van bijvoorbeeld een besluit waarbij een bouwvergunning wordt verleend, met daarbij de naam van degene aan wie die vergunning wordt verleend, kan niet op één lijn worden gesteld met het openbaar maken van een besluit waarbij iemand als overtreder wordt aangemerkt. Met het laatstgenoemde besluit wordt aan iemand een negatieve connotatie verbonden, hetgeen niet het geval is met het eerstgenoemde voorbeeld. Verder wordt met het openbaar maken van een boetebesluit of een ander handhavingsbesluit meer gezegd over degene die de overtreding heeft begaan dan over het bestuursorgaan dat de overtreding vaststelt.[9] De openbaarmaking laat zien dat in het specifieke geval een overtreding is vastgesteld door het bestuursorgaan en dat daarop wordt

4 F.C.M.A. Michiels, *Te kijk gezet, Een verkennend onderzoek naar de juridische mogelijkheden en beperkingen van instrumentele openbaarmaking van inspectiegegevens, met name door middel van 'naming and shaming', in het bijzonder voor enkele beleidsterreinen van het ministerie van Verkeer en Waterstaat*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007, p. 32 (Michiels 2007).

5 Michiels 2007, p. 32.

6 Zie de noot van L.J. Wildeboer bij ABRvS 10 november 2010 (*OPTA/ECS*), JB 2010, 176.

7 E.J. Daalder en E.C. Pietermaat, 'Actieve openbaarmaking van besluiten', *Mediaforum* 2007-5, p. 146-152, p. 150.

8 Daalder en Pietermaat 2007, p. 150.

9 Waarbij het vaak nog maar de vraag is of de overtreding echt is begaan, nu de openbaarmaking vaak al geschiedt voordat een rechter bijvoorbeeld de opgelegde boete heeft getoetst. In het geval van de vaststelling van een overtreding zonder oplegging van een sanctie is het zelfs nog maar de vraag of er (bestuurs)rechterlijke toetsing zal plaatsvinden. Hoogstens kan in een aantal gevallen toetsing door de civiele rechter plaatsvinden. Zie bijvoorbeeld de uitspraken in de zaak *Spliq*: ABRvS 27 oktober 2010, JB 2010, 271, en Gerechtshof Amsterdam 14 juni 2011, LJN BQ8050.

gehandhaafd,[10] maar zegt daarmee nog niets over de effectiviteit van de handhaving. Met de openbaarmaking van een handhavingsbesluit, waarin de namen van de overtreders zijn genoemd, wordt daarnaast meer de aandacht gevestigd op de overtreders dan op de toezichthouder. Openbaarmaking van een handhavingsbesluit zonder dat daarin de namen van de overtreders zijn genoemd, laat bovendien net zo goed als de openbaarmaking van zo'n besluit waarin die namen wel zijn genoemd, zien hoe met een toezichthoudende bevoegdheid wordt omgegaan. Meer dan de vraag of de betreffende toezichthoudende instantie bijvoorbeeld in het specifieke geval een boete heeft opgelegd is van belang of de toezichthouder de juiste prioriteiten stelt, dat wil zeggen of het de werkelijke risico's opspoort en die effectief aanpakt.[11] Veel inzichtelijker zou zijn om openbaar te maken bij hoeveel controles er een overtreding is geconstateerd en een sanctie is opgelegd, en welk deel van de bedrijven die onder het toezicht van het desbetreffende bestuursorgaan vallen, is gecontroleerd. Daarmee wordt werkelijk inzichtelijk gemaakt hoe het bestuursorgaan omgaat met zijn bevoegdheden en ook in hoeverre de handhaving effectief is. Verder kan evengoed inzichtelijk worden gemaakt hoe in het specifieke geval van een handhavingsbevoegdheid of inspectiebevoegdheid gebruik wordt gemaakt door het besluit of inspectierapport openbaar te maken zonder de naam van de overtreders te vermelden.

Artikel 8 Wob is niet bedoeld voor naming en shaming. Het biedt er geen grondslag voor, gelet ook op het doel van de Wob. Men kan zich zelfs de vraag stellen of het gebruik van de bevoegdheid tot actieve openbaarmaking voor een ander doel, zoals het bereiken van een preventieve werking of het bestraffen van overtreders, geen strijd oplevert met het verbod van détournement de pouvoir dat is neergelegd in artikel 3:3 Awb. Artikel 8 Wob is immers in het geheel niet daarvoor bedoeld. De Wob, en dus ook artikel 8, zien op de controle op bestuursorganen en niet op de controle op mogelijke overtreders.

Desalniettemin wordt artikel 8 Wob veel gebruikt als grondslag voor de openbaarmaking van boetebesluiten, handhavingsbesluiten en andere informatie over overtredingen. Bij die openbaarmaking moeten ook de belangen genoemd in artikel 10 Wob in acht worden genomen.

2.2 De absolute weigeringsgronden

Artikel 10, eerste lid, Wob kent een aantal absolute weigeringsgronden. Wanneer die zich voordoen, mag de betreffende informatie niet openbaar worden gemaakt. Voor naming en shaming is alleen de weigeringsgrond genoemd onder artikel 10,

10 Wanneer een inspectierapport openbaar wordt gemaakt is zelfs van handhaving niet per se sprake.

11 J. van Erp, *Naming and shaming in het markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 149. Van Erp wijst erop dat de transparantie die wordt bereikt met het openbaar maken van sanctiebesluiten op zijn best zichtbaar kan maken dat de betreffende toezichthouder keuzes moet maken en veel overtredingen moet laten liggen uit capaciteitsoverwegingen. Dit hoeft niet schadelijk te zijn, mits die toezichthouder met een overtuigend verhaal komt. Het kan volgens Van Erp echter ook leiden tot vragen over de prioriteitstelling van de toezichthouder en zijn keuze in welke zaken handhavend op te treden. De openbaarmaking van sanctiebesluiten leidt dus niet per se tot meer legitimiteit.

eerste lid, onder c, Wob van belang. De eenheid van de Kroon en de veiligheid van de staat zullen niet in het geding zijn wanneer het bestuursorgaan voornemens is een boetebesluit, ander handhavingsbesluit of inspectiegegevens openbaar te maken. Ook het belang van bescherming van persoonsgegevens als bedoeld in paragraaf 2, hoofdstuk 2, Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) lijkt niet in geding te komen.[12]

Belanghebbenden die door de openbaarmaking van een boetebesluit, een ander handhavingsbesluit of inspectiegegevens worden geraakt, kunnen een beroep doen op artikel 10, eerste lid, onder c, Wob om openbaarmaking, al dan niet deels, te voorkomen. De nadelen van de openbaarmaking van voornoemde besluiten hoeven niet alleen te liggen in reputatieschade en daaruit voortvloeiende schade. Ook het openbaar maken van bedrijfs- en fabricagegegevens kan tot schade leiden, omdat bijvoorbeeld een concurrent zijn voordeel doet met die gegevens. Zo kan een bepaalde handelwijze als overtreding worden aangemerkt, welke handelwijze vertrouwelijke bedrijfs- of fabricagegevens betreft. Het openbaar maken van informatie over personen, zoals directeuren van bedrijven die overtredingen hebben begaan, kan verder in strijd zijn met de Wbp.

Openbaarmaking dient achterwege te blijven indien het bedrijfs- en fabricagegegevens betreft die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld, aldus artikel 10, eerste lid, onder c, Wob. De onderneming of natuurlijke persoon hoeft niet expliciet te vermelden dat de betreffende gegevens vertrouwelijk zijn overgelegd, voldoende is dat de context vertrouwelijk is waarin de gegevens zijn verstrekt. Het gaat om het economisch belang van geheimhouding. Deze weigeringsgrond wordt door de ABRvS restrictief uitgelegd.[13] Hij is slechts aan de orde wanneer in de betreffende gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen over de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel over de afzet van producten of de klantenkring, of wanneer zulke gegevens uit de betreffende informatie kunnen worden afgeleid.[14] Overigens kunnen onder omstandigheden ook gegevens over de financiële bedrijfsvoering onder de weigeringsgrond van artikel 10, eerste lid, onder c, Wob vallen.[15]

Zoals hiervoor uiteengezet, moet de weigeringsgrond die in artikel 10, eerste lid, onder c, Wob is vervat, restrictief worden uitgelegd. Bij de andere in artikel 10, eerste lid, vervatte uitzonderingsgronden is dit veel minder het geval.[16]

Wanneer een absolute weigeringsgrond van toepassing is, wil dat niet zeggen dat het gehele document met die gegevens niet openbaar mag worden gemaakt.

12 Het gaat hierbij om gegevens over iemands godsdienst of levensovertuiging, ras, politieke gezindheid, gezondheid, seksuele leven, evenals persoonsgegevens betreffende het lidmaatschap van een vakvereniging.

13 E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie. Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 178.

14 Zie onder meer ABRvS 9 april 2003, AB 2003, 201, m.nt. E.J. Daalder.

15 ABRvS 14 juli 1997, H01.96.0579 (niet gepubliceerd).

16 Daalder 2005, p. 178-179.

Alleen de betreffende gegevens dienen niet openbaar te worden gemaakt.[17] Wanneer het overigens milieugegevens betreft, dan worden de absolute weigeringsgronden relatieve weigeringsgronden.[18]

2.3 De relatieve weigeringsgronden

In artikel 10, tweede lid, Wob zijn de relatieve weigeringsgronden opgenomen. Het bestuursorgaan dient de belangen, genoemd in die bepaling, af te wegen tegen het belang van openbaarmaking. Aan het belang van openbaarmaking komt volgens vaste jurisprudentie van de ABRvS overigens een groot gewicht toe.[19]

In het geval van actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten en informatie over overtredingen zullen met name de belangen genoemd onder artikel 10, tweede lid, onder e en g, Wob een rol spelen.

Artikel 10, tweede lid, onder e, Wob betreft het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. In beginsel beschermt deze bepaling slechts het belang van natuurlijke personen en niet van rechtspersonen.[20] Bepalend voor het al dan niet openbaar maken van de informatie is overigens niet of de betreffende informatie een persoonsgegeven is in de zin van de Wbp, maar of bij de openbaarmaking van die informatie het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan de orde is en of dat belang zwaarder dient te wegen dan het belang van openbaarmaking.[21] Bij de openbaarmaking van gegevens over een rechtspersoon kan de persoonlijke levenssfeer van de betreffende bestuurders in het geding komen.[22] Deze weigeringsgrond kan met name van belang zijn indien in de openbaar te maken informatie ook de namen van bijvoorbeeld bestuurders voorkomen, die naast de betrokken organisatie zodoende in hun belangen kunnen worden geraakt. Ook kan gedacht worden aan de openbaarmaking van bedrijfsnamen die van familienamen zijn afgeleid. Vooral wanneer het kleine bedrijven betreft die nog in familiehanden zijn, kan de persoonlijke levenssfeer van de betrokken familieleden in het geding komen, omdat het bedrijf en de betrokken natuurlijke personen vereenzelvigd worden.[23]

Het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden is de algemeenste uitzonderingsgrond. Deze uitzonderingsgrond kan van toepassing zijn wanneer andere belangen geschaad worden dan die in

17 ABRvS 8 oktober 2003, JB 2003, 334, Gst 2004, 22, m.nt. R. Kooper, en NJB 2003, p. 2303, nr. 61. In ABRvS 9 april 2003, AB 2003, 201, m.nt. E.J. Daalder, overwoog de ABRvS dat in dat geval de vertrouwelijke bedrijfsgegevens dusdanig verweven waren met de overige informatie dat het niet mogelijk was die gegevens te scheiden van de overige informatie en daarom het bestuursorgaan terecht had geweigerd het betreffende document openbaar te maken.

18 Art. 10, vierde lid, Wob.

19 Daalder 2005, p. 179.

20 Zie onder meer ABRvS 20 maart 1995, AB 1995, 364, m.nt. A.F.M. Brenninkmeijer, en JB 1995, 143.

21 ABRvS 24 september 2008, Gst. 2009, 3, m.nt. S.A.J. Munneke.

22 ABRvS 20 oktober 2010, AB 2010, 336, m.nt. P.J. Stolk, en JB 2010, 258, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.

23 Michiels 2007, p. 65-66.

artikel 10, tweede lid, onder a tot en met f, Wob zijn genoemd. Aldus fungeert artikel 10, tweede lid, onder g, Wob als een vangnetbepaling voor onvoorziene belangen. Wanneer het te beschermen belang niet goed past in de belangen die worden beschermd met de reeds behandelde weigeringsgronden, kan artikel 10, tweede lid, onder g, Wob toepassing vinden om dat belang te beschermen. De bepaling vergt een dubbele beoordeling. Allereerst is er de vraag of er onevenredige bevoordeling of benadeling zal plaatsvinden bij het openbaar maken van de betreffende informatie, waarbij in het geval van naming en shaming vooral van benadeling sprake zal zijn. Vervolgens moet het belang van het voorkomen van zulk nadeel worden afgewogen tegen het belang van openbaarmaking, waaraan, zoals gezegd, een groot gewicht toekomt.

Op grond van artikel 11, eerste en tweede lid, Wob kan het bestuursorgaan weigeren persoonlijke beleidsopvattingen openbaar te maken wanneer het gaat om documenten die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad. Deze weigeringsgrond is niet relevant bij de openbaarmaking, actief dan wel passief, van boetebesluiten of andere handhavingsbesluiten omdat dat per definitie geen documenten zijn die zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad. Dit kan wellicht anders liggen bij de openbaarmaking op verzoek van inspectiegegevens, waarbij de verzoeker die gegevens wel graag openbaar gemaakt wil zien. De vraag is echter in hoeverre de persoonlijke beleidsopvattingen die daarin zijn vervat 'shamend' zijn voor betrokkenen, omdat het 'shamende' bestaat uit het worden aangemerkt als overtreder en niet afhankelijk is van de persoonlijke beleidsopvatting van bijvoorbeeld een ambtenaar.[24]

Voor alle weigeringsgronden geldt dat het van toepassing zijn van die weigeringsgronden niet per se tot gevolg heeft dat het gehele document niet openbaar mag worden gemaakt. Vaak kan worden volstaan met het onleesbaar maken van de informatie die niet openbaar zal worden gemaakt.

24 Wellicht dat het wel 'shamend' is voor degene van wie de persoonlijke beleidsopvatting is, omdat de beleidsopvatting negatief op diegene kan afstralen.

3 Openbaarmaking van boetebesluiten

3.1 Inleiding

Verschillende bestuursorganen maken boetes, die zij aan overtreders hebben opgelegd, openbaar. Soms vindt die openbaarmaking plaats op grond van een exclusieve wettelijke grondslag. Zo maakt de Autoriteit Financiële Markten (AFM) boetes openbaar op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft). In afdeling 1.5.2 van die wet is bepaald wanneer de AFM verplicht is boetes openbaar te maken. Het doel van de openbaarmaking van boetes die de AFM heeft opgelegd, is het waarschuwen van partijen op de financiële markten.[25] Boetes die zijn opgelegd voor zware overtredingen moeten direct openbaar worden gemaakt[26] en boetes die zijn opgelegd voor lichte overtredingen moeten openbaar worden gemaakt nadat zij onherroepelijk zijn geworden.[27]

De Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) geeft de Consumentenautoriteit de bevoegdheid om sanctiebesluiten openbaar te maken. Anders dan de Wft, verplicht de Whc niet tot openbaarmaking van boetes die zijn opgelegd. In artikel 2:23, eerste lid, Whc is bepaald dat de Consumentenautoriteit lasten onder dwangsom en boetebesluiten openbaar *kan* maken.[28]

Voor een groot aantal bestuursorganen die tot handhaving bevoegd zijn, bevat de wettelijke regeling waaraan zij die bevoegdheid ontlenen geen expliciete wettelijke grondslag voor openbaarmaking van boetebesluiten of andere handhavingsbesluiten. De bestuursorganen die hun boetebesluiten openbaar maken, baseren de actieve openbaarmaking ervan dan ook op artikel 8 Wob. De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) bijvoorbeeld, heeft beleid ontwikkeld om boetes openbaar te maken op grond van die bepaling voor zover zij niet op grond van een andere wet bevoegd of gehouden is tot openbaarmaking.[29] Zij wil zo inzicht geven in hoe zij haar bevoegdheden tot het opleggen van boetes aanwendt en wat de effecten van het door haar uitgeoefende toezicht zijn. Daarnaast is volgens de OPTA ook het gelijkheidsbeginsel gediend bij openbaarmaking van

25 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 301.
26 Art. 1:97, eerste lid, Wft.
27 Art. 1:98 Wft. Voor een uitgebreide behandeling van naming en shaming op grond van de Wft, zie het preadvies van A.C. Beijering-Beck in deze uitgave.
28 Voor een uitgebreide behandeling van de bevoegdheden en het beleid van de Consumentenautoriteit, zie het preadvies van B.R.J. de Haan en M.C.T.M. Sonderegger in deze uitgave.
29 Bijvoorbeeld art. 18.7, vijfde lid, Telecommunicatiewet.

boetebesluiten, omdat belanghebbenden haar op gelijke gevallen kunnen attenderen. Ten slotte heeft de OPTA preventie tot doel met de openbaarmaking van boetebesluiten.[30]

Om te bepalen aan welke rechtsbeschermingsvereisten moet worden voldaan met betrekking tot de openbaarmaking van boetebesluiten, moet de vraag worden beantwoord of de openbaarmaking een sanctie is. Op die vraag wordt in de komende paragrafen ingegaan. Daarbij wordt allereerst ingegaan op de vraag of de openbaarmaking van boetebesluiten een sanctie is in de zin van de Awb, daarna op de vraag of die openbaarmaking een criminal charge is in de zin van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en vervolgens wordt ingegaan op het oordeel dat daarover op grond van de literatuur kan worden gegeven.

3.2 Is openbaarmaking van boetebesluiten een sanctie in de zin van de Awb?

In artikel 5:2, eerste lid, onder a, Awb is een bestuurlijke sanctie omschreven als een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak. Het openbaar maken van een boetebesluit of een overtreding is duidelijk geen sanctie als bedoeld in die bepaling. Met de openbaarmaking wordt aan de overtreder geen verplichting opgelegd en evenmin wordt hem een aanspraak onthouden. Hij wordt met de openbaarmaking in een negatief daglicht gesteld, te schande gemaakt. Volgens Michiels heeft de wetgever zich bij de formulering van artikel 5:2 Awb wellicht niet gerealiseerd dat met de omschrijving van een sanctie naming en shaming, dat in ieder geval in een aantal wetten als sanctie is aangeduid, is uitgesloten.[31]

Hoe dan ook, hoofdstuk 5 Awb is als gevolg van de omschrijving van een bestuurlijke sanctie in artikel 5:2, eerste lid, onder a, van die wet niet van toepassing op de openbaarmaking van boetebesluiten en overtredingen op grond van artikel 8 Wob. Dat laat onverlet dat de reguliere bepalingen uit de Awb wel van toepassing zijn op de openbaarmaking van boetebesluiten, temeer nu de openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob als een besluit moet worden aangemerkt. Het bestuursorgaan moet onderzoek doen naar de af te wegen feiten en belangen.[32] De bevoegdheid mag verder niet worden gebruikt voor een ander doel dan dat waarvoor die is verleend.[33] Daarnaast moet het bestuursorgaan een belangenafweging uitvoeren en mogen de nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding

30 Beleidsregels openbaarmaking OPTA, voor het laatste gewijzigd op 8 juni 2011, *Stcrt.* 2011, 9747, punt 16-19.

31 F.C.M.A. Michiels, '"Naming and shaming" in het markttoezicht', *NTB* 2007, nr. 3, p. 85-95, p. 88 (Michiels 2007b). Zie bijvoorbeeld de memorie van toelichting bij art. 18.16p Wet milieubeheer (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 565, nr. 3, p. 56-57, 59, 69 en 114).

32 Art. 3:2 Awb.

33 Art. 3:3 Awb.

tot de met het besluit te dienen doelen.[34] Voorts geldt de hoorplicht uit artikel 4:8, eerste lid, Awb, temeer nu het bij de openbaarmaking van boetebesluiten in de regel een besluit is waartegen de boeteling bedenkingen zal hebben. Van die hoorplicht mag overigens worden afgezien ingeval de vereiste spoed zich daartegen verzet of wanneer de belanghebbende bij het besluit reeds eerder zijn zienswijze naar voren heeft kunnen brengen en sindsdien niets is gewijzigd.[35]

3.3 Is openbaarmaking van boetebesluiten een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM?

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft zich tot nu toe niet uitgelaten over de vraag of het openbaar maken van boetebesluiten een criminal charge is als bedoeld in artikel 6 EVRM. Daarmee is echter niet gezegd dat de openbaarmaking van een boetebesluit geen criminal charge is. Volgens Doorenbos hangt de openbaarmaking van een boetebesluit zozeer samen met de boete zelf, dat alleen om die reden al artikel 6 EVRM van toepassing is.[36] Volgens Michiels is de openbaarmaking van een boetebesluit aan te merken als een punitieve sanctie en dus een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM, omdat iemands goede naam wordt aangetast.[37]

In de uitspraak in de zaak *Engel en anderen tegen Nederland*[38] heeft het EHRM de criteria uiteengezet voor het bepalen of een bepaalde handeling een criminal charge is. Het gaat om de classificatie naar nationaal recht, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de straf die een overtreder riskeert.[39] Het eerste criterium, de classificatie naar nationaal recht, is overigens slechts een beginpunt en lijkt er tegenwoordig nog nauwelijks toe te doen.[40] De overige twee criteria, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de straf die een overtreder riskeert, zijn alternatief en niet per se cumulatief, zo volgt uit de uitspraak van het EHRM in de

34 Art. 3:4 Awb. Uit art. 8 en 10 Wob volgt uiteraard ook dat het bestuursorgaan een belangenafweging dient te verrichten. De Wob stelt beperkingen aan de belangen die het bestuursorgaan tegen elkaar dient af te wegen.

35 Art. 4:11 Awb. De laatste afwijkingsmogelijkheid, te weten dat het met de beschikking beoogde doel slechts kan worden bereikt indien de belanghebbende daarvan niet reeds tevoren in kennis is gesteld, lijkt mij niet van toepassing op de openbaarmaking van boetebesluiten op grond van art. 8 Wob. Openbaarmaking op grond van de Wob mag immers slechts geschieden in het belang van een goede en democratische bestuursvoering. Niet is in te zien hoe dat belang slechts kan worden behartigd door het niet van tevoren in kennis stellen van de boeteling.

36 D.R. Doorenbos, *Naming and shaming*, Deventer: Kluwer 2007, p. 79.

37 Michiels 2007b, p. 88.

38 EHRM 8 juni 1976, Series A, nr. 22, en NJ 1978, 223.

39 EHRM 8 juni 1976, Series A, nr. 22, par. 82.

40 *Jussila v. Finland*, EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01, 38, ECHR 2007, 31 (aflevering 3), m.nt. K. Albers, en AB 2007, 51, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, en NJB 2007, 366. In die zaak was aan Jussila een belastingtoeslag opgelegd omdat zij te weinig btw had afgedragen. Het feit dat de desbetreffende toeslag niet als straf werd aangemerkt in het Finse recht, was niet doorslaggevend om te bepalen of de boete een criminal charge was (par. 37).

zaak *Jussila tegen Finland*.[41] Dat een bepaalde maatregel slechts uitwerking heeft als een lichte straf, maakt niet dat die maatregel niet onder artikel 6 EVRM valt.[42]

Duidelijk is, dat bij openbaarmaking van een boetebesluit op grond van artikel 8 Wob niet is voldaan aan het eerste criterium dat door het EHRM is geformuleerd om te bepalen of er sprake is van een criminal charge. De openbaarmaking geschiedt immers slechts in het belang van een goede en democratische bestuursvoering en is dus naar Nederlands recht niet aangemerkt als straf. Zoals hiervoor beschreven, is dat criterium echter niet doorslaggevend. Daarom is het van belang in hoeverre met openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob wordt voldaan aan de overige twee criteria. Over de aard van de overtreding zal in het algemeen weinig discussie bestaan, omdat de normen die via het bestuursrecht worden gehandhaafd niet tot het tuchtrecht behoren en zich tot een ieder richten. Daarmee resteert de vraag wat de aard en zwaarte is van de 'straf' die een overtreder riskeert, te weten de openbaarmaking van het boetebesluit. Er dient hierbij niet uit het oog te worden verloren dat een 'charge' een beschuldiging is. Verder is met de openbaarmaking wellicht geen bestraffing beoogd,[43] maar dat laat onverlet dat de aard toch punitief is. Het publiekelijk iemand aanmerken als overtreder houdt een negatief oordeel in over die persoon. De reputatie van de overtreder wordt erdoor geschaad. Daarbij komt dat de openbaarmaking van het boetebesluit verstrekkende gevolgen kan hebben. Het kan leiden tot omzetverlies. De hoogte van dat verlies is echter lastig bepaalbaar: die kan nihil zijn, maar ook heel groot.[44] Dit alles pleit ervoor om openbaarmaking van een boetebesluit te zien als criminal charge.

3.4 Wordt de openbaarmaking van boetebesluiten in de literatuur als een sanctie gezien?

Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male definiëren een sanctie als een door het publiekrecht voorziene, belastende maatregel die de overheid jegens een burger kan aanwenden als reactie op niet-naleving van verplichtingen die voortvloeien uit bestuursrechtelijke normen.[45]

Voldoet de openbaarmaking van een sanctie op grond van artikel 8 Wob aan die definitie? Michiels meent van wel. Volgens hem is de openbaarmaking van een boetebesluit of een overtreding een sanctie, omdat daarmee de overtreder in een kwaad daglicht wordt gesteld. Daarbij is niet van belang of dit de primaire bedoeling is van de openbaarmaking of niet.[46]

Mijns inziens is het bij openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob moeilijk te zeggen of wordt voldaan aan de door Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male gegeven

41 *Jussila v. Finland*, EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01, 38, ECHR 2007, 31 (aflevering 3), m.nt. K. Albers, par. 31.
42 *Jussila v. Finland*, par. 38.
43 Of mijns inziens althans zo niet mag worden bedoeld, gelet op het doel van de Wob.
44 Doorenbos 2007, p. 28. Zie in vergelijkbare zin ook de noot van Eijsvogel en Mensink onder ABRvS 10 november 2010 in *Mediaforum* 2010-11/12, nr. 32.
45 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Elsevier juridisch: Den Haag 2005, p. 430.
46 Michiels 2007b, p. 87-88.

definitie. Artikel 8 Wob voorziet namelijk niet in openbaarmaking *als reactie* op niet-naleving van verplichtingen die voortvloeien uit bestuursrechtelijke normen, nu een dergelijke bevoegdheid daarin niet is vervat. Daarnaast is, zoals eerder beschreven, openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob en op grond van de Wob in het algemeen, slechts mogelijk in het belang van een goede en democratische bestuursvoering. De openbaarmaking betreft de mogelijke controle van de overheid, niet van de burger. Die burger kan echter heel wel nadeel ondervinden van de openbaarmaking van een boetebesluit, een ander handhavingsbesluit of inspectiegegevens waarin zijn naam wordt genoemd. Het is lastig om in het algemeen te bepalen of dat ook een van de doelen is van de openbaarmaking, maar er zijn zeker wel aanwijzingen voor. Zo wordt in de Beleidsregels openbaarmaking OPTA generale preventie genoemd als een van de redenen om boetebesluiten en andere handhavingsbesluiten openbaar te maken.[47] Daarom moet mijns inziens de openbaarmaking van boetebesluiten en overtredingen als sanctie worden aangemerkt.

3.5 Het legaliteitsbeginsel en artikel 8 Wob als grondslag voor punitieve sancties

Hiervoor is uiteengezet waarom mijns inziens de openbaarmaking van boetebesluiten op grond van artikel 8 Wob als een (punitieve) sanctie en als een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM moet worden aangemerkt. Het legaliteitsbeginsel vereist voor een sanctie, zeker wanneer die punitief is, een wettelijke grondslag. Zowel de vestiging van de strafbaarheid als de straftoemeting dienen een dergelijke grondslag te hebben.[48] In de wet dient vooraf te zijn bepaald dat een bepaalde gedraging strafbaar is en welke straf op die gedraging staat.[49] Michiels wijst ook op het legaliteitsbeginsel wanneer hij schrijft dat sanctiebevoegdheden een wettelijke basis behoeven.[50]

Nu openbaarmaking van sanctiebesluiten als een zelfstandige sanctie is aan te merken, dient die sanctie een wettelijke grondslag te hebben. Dat is bij de openbaarmaking van een punitieve sanctie, zoals een boete, nog evidenter.[51] Artikel 8 Wob kan naar mijn mening die wettelijke grondslag niet zijn. Naast het feit dat het aanmerken van artikel 8 Wob als grondslag voor een punitieve sanctie in strijd is met de doelstelling van de Wob, kan artikel 8 Wob zelf ook geen grond bieden voor het opleggen van een straf omdat die bepaling op geen enkele wijze ziet op straf of strafbaarstelling.[52] Zij bevat geen norm die zich richt tot een algemene groep, waarvan de overtreding strafbaar is. Evenmin is in artikel 8 Wob bepaald dat de

47 Beleidsregels openbaarmaking OPTA, punt 19.
48 G.K. Schoep, *Straftoemetingsrecht en strafvorming*, Deventer: Kluwer 2008, p. 81.
49 Schoep 2008, p. 89. In het Nederlandse strafrecht is het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel gecodificeerd in art. 1 van het Wetboek van Strafrecht en art. 1 van het Wetboek van Strafvordering.
50 F.C.M.A. Michiels, *Houdbaar handhavingsrecht*, oratie Universiteit van Tilburg 13 oktober 2006, p. 27-28.
51 Michiels 2006, p. 28. Zie ook: Michiels 2007b, p. 89.
52 Alhoewel de strafbaarstelling in andere wettelijke regelingen is geregeld. De boete is immers reeds opgelegd, slechts het besluit die boete op te leggen wordt openbaar gemaakt.

overtreding van een andere norm leidt tot openbaarmaking van de daarvoor opgelegde straf, te weten de bestuurlijke boete.

Dat artikel 8 Wob geen wettelijke grondslag bevat om de overtreder nadeel toe te brengen, pleit ervoor om die bepaling niet te gebruiken om boetebesluiten actief openbaar te maken. Verschillende auteurs hebben voorgesteld om een expliciete grondslag tot openbaarmaking van boetebesluiten op te nemen in de betreffende wet waarin de bevoegdheid tot het opleggen van de boete is vervat.[53] Het zou dan aan de wetgever zijn om voor het openbaar maken van die besluiten per toezichthouder of per toezichtsgebied af te wegen of het openbaar maken van een boetebesluit een redelijk doel dient, of dat doel daarmee wordt bereikt en of de nadelen opwegen tegen de voordelen. Gelet op de problematische grondslag van artikel 8 Wob om boetebesluiten openbaar te maken, acht ik voornoemd voorstel een goed voorstel.

3.6 De onschuldpresumptie en andere rechtsbeschermingsvereisten

Dat de openbaarmaking van boetebesluiten een criminal charge is in de zin van artikel 6 EVRM, brengt met zich dat aan bepaalde rechtsbeschermingsvereisten moet worden voldaan. De onschuldpresumptie is de waarborg die het belangrijkst is bij de openbaarmaking van boetebesluiten.[54] Zij is in het tweede lid van artikel 6 EVRM vervat. De onschuldpresumptie heeft een aantal elementen, waarvan in het kader van de openbaarmaking van boetebesluiten het recht op een behandeling als onschuldige het belangrijkste element is.[55]

De behandeling van de verdachte als onschuldige heeft niet alleen in de rechtszaal betekenis, maar ook daarbuiten. Het EHRM heeft dat in de uitspraak in de zaak *Allenet de Ribemont tegen Frankrijk*[56] duidelijk gemaakt. Franse politiefunctionarissen en een Franse minister hadden Allenet de Ribemont na diens arrestatie publiekelijk beschuldigd van het aanstichten van de moord op een Franse parlementariër. Daarbij hadden de minister en die functionarissen geen blad voor de mond genomen. Allenet de Ribemont werd een paar dagen na de persconferentie in staat van beschuldiging gesteld maar later vrijgelaten.[57]

Het EHRM oordeelde allereerst dat het onschuldvermoeden niet alleen kan worden geschonden door een rechter of gerechtshof, maar ook door andere autoriteiten, waarbij het zijn uitspraken in een aantal eerdere zaken bevestigde.[58] Vervolgens overwoog het dat het van toepassing zijn van de onschuldpresumptie niet tot gevolg heeft dat het publiek niet door de autoriteiten mag worden geïnformeerd over

53 Zie onder meer de noot van Peek onder ABRvS 10 november 2010 in JOR 2011, 37 en de noten van Eijsvogel en Mensink onder Rechtbank Amsterdam van 19 januari 2010 in *Mediaforum* 2010-4, nr. 9 en ABRvS 10 november 2010 in *Mediaforum* 2010-11/12, nr. 32.

54 Michiels 2007, p. 71-72. Zie ook Michiels 2007b, p. 89 en Doorenbos 2007, p. 86. Volgens Doorenbos zijn ook bepaalde verdedigingsrechten van toepassing, zoals het recht te beschikken over tijd en faciliteiten voor de verdediging.

55 De onschuldpresumptie vormt verder het uitgangspunt van bewijs in strafzaken en is een algemeen beginsel van het strafrecht. Zie J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM: Deel 2, artikelsgewijs commentaar*, Antwerpen: Intersentie 2004, p. 521.

56 EHRM 10 februari 1995, nr. 15175/89, Series A, nr. 308, en NJ 1997/523, m.nt. E.J. Dommering.

57 EHRM 10 februari 1995, nr. 15175/89, Series A, nr. 308, par. 8-11.

58 EHRM 10 februari 1995, nr. 15175/89, Series A, nr. 308, par. 35-37.

een strafrechtelijk onderzoek, gelet op artikel 10 EVRM, dat het recht op vrijheid van meningsuiting beschermt en dat ook het recht op het verspreiden en ontvangen van informatie omvat. De autoriteiten moeten daarbij echter wel de nodige discretie en omzichtigheid in acht nemen.[59] In het geval van Allenet de Ribemont hadden de autoriteiten echter zonder voorbehoud naar hem verwezen als de aanstichter van de moord op de Franse parlementariër. Daarmee werd hij duidelijk als schuldige aangewezen waardoor het publiek hem als schuldige zag en daarnaast werden de rechterlijke autoriteiten bevooroordeeld door de publieke uitlatingen, aldus het EHRM. Het concludeerde dan ook dat artikel 6 EVRM was geschonden.[60]

Volgens Doorenbos is de openbaarmaking van boetebesluiten, voordat deze door de rechter zijn getoetst, in strijd met de onschuldpresumptie. Met het openbaar maken van het boetebesluit, met naam en toenaam van betrokkenen, wordt volgens hem de beredeneerde overtuiging uitgedragen door het bestuursorgaan dat de betrokken rechtspersoon zich schuldig heeft gemaakt aan een overtreding.[61] Hiermee verwijst hij duidelijk naar het hiervoor besproken arrest van het EHRM in de zaak *Allenet de Ribemont*. Daalder en Pietermaat menen dat dit bezwaar kan worden ondervangen door bij het openbaar te maken boetebesluit te vermelden dat dit het oordeel van de toezichthouder betreft en niet dat van de rechter, die zich nog over het besluit dient uit te laten.[62] Doorenbos deelt die opvatting echter niet, omdat volgens hem een publieke autoriteit zich moet onthouden van een publieke verklaring voordat de rechter heeft gesproken. Daarnaast zal een voorbehoud door de toezichthouder over de schuld van de betrokken rechtspersonen ondersneeuwen in de publiciteit.[63]

Mijns inziens gaat Doorenbos verder dan hetgeen artikel 6 EVRM in het kader van de onschuldpresumptie vereist. In zijn uitspraak in de zaak *Allenet de Ribemont* heeft het EHRM immers overwogen dat de autoriteiten het publiek mogen informeren over de voortgang van een strafrechtelijk onderzoek en heeft het daarbij uitdrukkelijk verwezen naar artikel 10 EVRM. Dat informeren moet echter wel met de nodige discretie gebeuren. Is de vermelding dat de opgelegde boete nog niet definitief is en de rechter zich er nog over moet buigen, niet zodanig discreet en omzichtig? Als extra bijkomstigheid zou het boetebesluit geanonimiseerd openbaar gemaakt kunnen worden, in ieder geval zolang het nog niet onherroepelijk is. Het ongeanonimiseerd openbaar maken ervan kan immers altijd nog.[64]

Volgens Doorenbos heeft het van toepassing zijn van artikel 6 EVRM ook gevolgen voor de rechterlijke toetsing. De rechter dient een besluit tot openbaarmaking volgens hem vol te toetsen en mag niet volstaan met een marginale toets van het besluit.[65] Hierin kan ik mij vinden. Als de openbaarmaking van een boetebesluit als een criminal charge wordt gezien, betekent dit dat alle waarborgen van artikel 6

59 EHRM 10 februari 1995, nr. 15175/89, Series A, nr. 308, par. 38.
60 EHRM 10 februari 1995, nr. 15175/89, Series A, nr. 308, par. 41.
61 Doorenbos 2007, p. 92.
62 Daalder en Pietermaat 2007, p. 150-151.
63 Doorenbos 2007, p. 92-93.
64 Zie verder hierover par. 3.7.4.
65 Doorenbos 2007, p. 86.

EVRM van toepassing zijn en dus ook de eisen die die bepaling stelt aan de rechterlijke toetsing.[66]

3.7 Rechtsbescherming tegen openbaarmaking van boetebesluiten: welke mogelijkheden bieden de Wob en de jurisprudentie en is dit in lijn met de rechtsbeschermingsvereisten?

3.7.1 Inleiding

Zoals eerder beschreven, dient ook bij openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob het belang van openbaarheid te worden afgewogen tegen de belangen die genoemd zijn in artikel 10 Wob. De belangen die in het kader van naming en shaming van belang zijn, zijn hiervoor beschreven in paragraaf 2. Procedurele waarborgen tegen openbaarmaking zijn in de Wob niet te vinden. Artikel 6, derde lid, Wob kent de mogelijkheid de termijn voor het nemen van een besluit op een verzoek om openbaarmaking op te schorten teneinde belanghebbenden de mogelijkheid te geven hun zienswijze over de openbaarmaking naar voren te brengen. Uiteraard dient dat slechts te gebeuren indien te verwachten is dat belanghebbenden bezwaren zullen hebben tegen de openbaarmaking. Het is niet duidelijk of artikel 6, derde lid, Wob ook, al dan niet analoog, van toepassing is bij openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob.[67] Bij gebrek aan procedurele waarborgen in de Wob hangt het in de eerste plaats van het bestuursorgaan af of het een mogelijkheid biedt de actieve openbaarmaking van een boetebesluit te voorkomen, zeker wanneer zo'n besluit op het internet wordt geplaatst. Wat eenmaal op het internet te vinden is, is daar moeilijk vanaf te krijgen. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat op grond van artikel 4:8, eerste lid, Awb degene die het boetebesluit betreft waarschijnlijk eerst gehoord moet worden voordat tot openbaarmaking kan worden overgegaan, nu het een belastend besluit betreft.

3.7.2 Het beleid van de OPTA

De OPTA hanteert bijvoorbeeld het volgende beleid.[68] Door middel van een vooraankondiging worden belanghebbenden op de hoogte gebracht van het voornemen om een besluit openbaar te maken, waarbij zij in de gelegenheid worden gesteld om aan te geven welke informatie volgens hen op grond van artikel 10 Wob niet openbaar moet worden gemaakt. Daarna wordt een besluit genomen. Twee weken nadien zal het openbaar te maken besluit daadwerkelijk, al dan niet gedeeltelijk, openbaar worden gemaakt. In die periode kunnen belanghebbenden bezwaar maken tegen de openbaarmaking en daarnaast om een voorlopige voorziening verzoeken teneinde de feitelijke openbaarmaking ook daadwerkelijk te

66 Zo zou bij het toetsen van de hoogte van de boete wellicht moeten worden meegenomen dat het boetebesluit openbaar wordt gemaakt en die openbaarmaking eveneens een straf is. Mogelijk dient de boete dan gematigd te worden. Het voert echter buiten het bestek van dit preadvies daar verder op in te gaan.

67 Michiels 2007, p. 65.

68 Beleidsregels openbaarmaking OPTA. De beleidsregels zijn aangepast naar aanleiding van twee uitspraken van de ABRvS en een nieuw punt is ingevoegd voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten.

voorkomen.[69] Bij sanctiebesluiten wordt in het sanctiebesluit reeds een beslissing over de openbaarmaking genomen.[70] Met het sanctiebesluit, waaronder ook de beslissing op bezwaar valt, zendt de OPTA een openbare versie van dat besluit mee aan de overtreder.[71] In de openbare versie zijn bedrijfsvertrouwelijke gegevens en de namen van natuurlijke personen onleesbaar gemaakt.[72] De naam van het bedrijf dat de sanctie krijgt opgelegd, wordt dus niet onleesbaar gemaakt. De overtreder heeft vervolgens vijf dagen de tijd om aan te geven of ook andere informatie als bedrijfsvertrouwelijk moet worden aangemerkt. De OPTA stelt vervolgens de overtreder in kennis van het moment waarop de openbare versie van het sanctiebesluit openbaar zal worden gemaakt. Twee weken later zal de openbaarmaking ook feitelijk plaatsvinden. In de tussentijd heeft de overtreder de tijd om een voorlopige voorziening te verzoeken teneinde openbaarmaking te voorkomen.

De OPTA wijkt met haar openbaarmakingsbeleid voor sanctiebesluiten op grond van de Wob enigszins af van de openbaarmaking van boetebesluiten zoals die in de Wft is geregeld, door een ruimere termijn te hanteren tussen het besluit tot openbaarmaking en de daadwerkelijke openbaarmaking, waarbij in het geval van niet-sanctiebesluiten ook nog een vooraankondiging van een besluit tot openbaarmaking wordt gegeven. De Wft kent een wachttijd van minimaal vijf dagen tussen het bekend maken van het boetebesluit aan de overtreder en het openbaar maken van dat boetebesluit.[73] Wordt in die periode om een voorlopige voorziening verzocht, dan wordt de openbaarmaking geschorst totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.[74] Eenzelfde regeling geldt voor het doen van een openbare waarschuwing van een geconstateerde overtreding.[75]

3.7.3 De Rechtbank Amsterdam over de openbaarmaking van een boetebesluit door de OPTA

Alhoewel bedrijven in het begin van de openbaarmaking van boetebesluiten geen problemen leken te hebben met de openbaarmaking van zulke besluiten, is de laatste jaren een aantal bedrijven opgekomen tegen de openbaarmaking van boetebesluiten. De Rechtbank Amsterdam oordeelde in de uitspraak van 19 januari 2010,[76] die ging over de openbaarmaking van een boetebesluit door de OPTA, dat de artikelen 8 en 10 Wob voldoende grondslag boden voor openbaarmaking van het boetebesluit. Volgens de rechtbank was een nadere belangenafweging, op grond van artikel 10, tweede lid, onder g, Wob echter wel geboden. Omdat het boetebesluit zelf nog onder de rechter was en ernstige en onherstelbare schade aannemelijk was wanneer het boetebesluit zou worden gepubliceerd met de namen van de betrokken natuurlijke en rechtspersonen, diende het zonder die namen te worden gepubliceerd, aldus de rechtbank. Dit zou slechts anders zijn indien er een zodanig dringend algemeen belang is dat de schade die integrale openbaarmaking

69 Beleidsregels openbaarmaking OPTA, punt 22.
70 Uit het beleid is niet duidelijk op te maken of het hier slechts gaat om punitieve sancties (boetes) of ook om herstelsancties zoals de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang.
71 Uiteraard de overtreder in de ogen van de OPTA. Het besluit is immers nog niet ter toetsing aan de rechter voorgelegd.
72 Beleidsregels openbaarmaking OPTA, punt 22a.
73 Art. 1:97, tweede lid, Wft.
74 Art. 1:97, derde lid, Wft.
75 Art. 1:96 Wft.
76 *Mediaforum* 2010-4, nr. 9 (ECS/OPTA).

teweegbrengt, daar niet tegenop weegt. De rechtbank achtte echter het belang van rechtszekerheid en preventie niet een zodanig dringend algemeen belang. Volgens haar kan het belang van rechtszekerheid en van (generale) preventie, in ieder geval zolang het boetebesluit nog onder de rechter is, ook worden gediend door openbaarmaking van de gewraakte handelwijze en praktijken en de beslissing van de OPTA daarover en de genomen maatregelen, zonder dat de namen van de betrokken natuurlijke en rechtspersonen openbaar worden gemaakt. Het boetebesluit kan alsnog integraal, dus met naam en toenaam, openbaar worden gemaakt zodra dat besluit in rechte onaantastbaar is geworden.

In de eerder gewezen voorlopige voorziening[77] oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam anders. Het belang van openbaarmaking woog volgens de voorzieningenrechter zwaarder dan het belang van het voorkomen van imagoschade, omdat de 'publicatie van boetebesluiten door toezichthouders algemeen aanvaard is en bijdraagt aan de informatie aan het publiek en tevens tegemoet komt aan de behoefte van het publiek aan informatie over overheidsoptreden'.[78]

Wat opvalt aan de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de bodemzaak, is dat de rechtbank een bijzonder gewicht lijkt toe te kennen aan het belang van rechtszekerheid en het belang van (generale) preventie, waarvan de OPTA had betoogd dat die bestaan naast het algemeen belang van openbaarheid dat de Wob kent. Eijsvogel en Mensink wijzen er in hun noot[79] terecht op dat de Rechtbank Amsterdam er daarmee aan voorbijgaat dat openbaarmaking op grond van de Wob slechts mag geschieden in het algemeen belang van openbaarheid van informatie. Omdat aan openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob ook een belangenafweging vooraf dient te gaan,[80] mag slechts dat belang worden afgewogen tegen de belangen die zich verzetten tegen openbaarmaking. De door de OPTA genoemde belangen van rechtszekerheid en van (generale) preventie kunnen wellicht wel worden ingelezen in het algemeen belang van openbaarheid, dat wil zeggen geacht worden daar onderdeel van uit te maken. Het belang van rechtszekerheid kan makkelijk geschaard worden onder het belang van een goede en democratische bestuursvoering, zoals de ABRvS dat formuleert. Of (generale) preventie daaronder geschaard kan worden, is op zijn minst twijfelachtig. De preventie ziet immers op het voorkomen dat anderen dezelfde overtredingen begaan als die waarvoor de boete is opgelegd. In hoeverre ziet dat op de bestuursvoering? De preventie ziet namelijk in de eerste plaats op het gedrag van derden die niet tot de overheid behoren. Wat hier ook van zij, de belangen van rechtszekerheid en generale preventie kunnen er niet toe leiden dat aan het belang van openbaarheid een groter gewicht moet worden toegekend.[81] Volgens vaste lijn van de ABRvS is het gewicht van het

77 Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam 27 mei 2008, *Mediaforum* 2008-10; LJN BD3014.
78 Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam 27 mei 2008, *Mediaforum* 2008-10; LJN BD3014, r.o. 2.8.
79 *Mediaforum* 2010-4, nr. 9 (*ECS/OPTA*).
80 ABRvS 16 juli 2003, *Mediaforum* 2003-9 (*OPTA/YAROSA*).
81 Zie de noot van Eijsvogel en Mensink onder *Mediaforum* 2010-4, nr. 9 (*ECS/OPTA*).

belang van een goede en democratische bestuursvoering niet afhankelijk van de daaronder geschaarde belangen.[82]

3.7.4 De OPTA in hoger beroep bij de ABRvS

De OPTA is tegen de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 19 januari 2010 in hoger beroep gekomen bij de ABRvS,[83] waar het geschil zich slechts beperkte tot de vraag of de namen van de *rechtspersonen*[84] die betrokken waren bij het boetebesluit al dan niet openbaar gemaakt mochten worden voordat dat besluit onherroepelijk was geworden. De ABRvS overwoog allereerst dat de artikelen 8 en 10 Wob in het algemeen de basis bieden om sanctiebesluiten volledig, dus met de namen van de betrokken rechtspersonen, openbaar te maken. Daarbij is wel een nadere belangenafweging geboden. Volgens de ABRvS moet bij die belangenafweging het algemeen belang dat wordt gediend door onverkorte openbaarmaking worden afgewogen tegen het belang van de betrokken rechtspersonen om geen onevenredig nadeel te lijden. Het algemeen belang komt een groot gewicht toe. De ABRvS oordeelde vervolgens dat de belangen van de betrokken rechtspersonen alleen onevenredig worden geschaad als het boetebesluit in rechte geen stand houdt en de betrokken rechtspersonen ten onrechte als overtreders zijn aangemerkt. De vraag of de betrokken rechtspersonen onevenredig worden benadeeld hangt aldus af van het oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit dat de rechter geeft die bevoegd is over dat boetebesluit te oordelen. Volgens de ABRvS moeten de rechtspersonen wier belangen bij het boetebesluit zijn betrokken, daarom bij de rechter die bevoegd is over dat boetebesluit in eerste aanleg dan wel in hoger beroep een oordeel te vellen, om een voorlopige voorziening verzoeken tegen openbaarmaking van het boetebesluit. Wanneer een dergelijke voorziening niet is getroffen, dient het belang van openbaarheid te prevaleren boven het belang van onevenredige benadeling van de betrokken rechtspersonen en natuurlijke personen, aldus de ABRvS.

De ABRvS maakt met deze uitspraak een eind aan de onduidelijkheid die in de literatuur heerste over de vraag of de openbaarmaking van een sanctiebesluit wordt getoetst op voorlopige rechtmatigheid of op grond van het afwegingskader van de Wob.[85] Ze sluit daarmee aan bij de uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) van 5 juni 2008.[86] Bij de voorzieningenrechter van het CBb was om een voorziening verzocht tegen de openbaarmaking van een boetebesluit door de OPTA. De voorzieningenrechter

82 Zie onder meer: ABRvS 23 juni 2010, *AB* 2010, 274, m.nt. E.J. Daalder, en *JB* 2010, 191, m.nt. G. Overkleeft-Verburg. Dit lijkt ook te volgen uit ABRvS 17 februari 2010, *AB* 2010, 91, m.nt. P.J. Stolk, en *JB* 2010, 86, m.nt. G. Overkleeft-Verburg. In die uitspraak overwoog de ABRvS dat de Wob het belang van openbaarmaking voor een goede en democratische besluitvorming als een op zichzelf staand belang vooronderstelt en dat het gewicht van dit belang niet afhankelijk is van het onderwerp waarop de documenten betrekking hebben.

83 ABRvS 10 november 2010, *JB* 2010, 276, m.nt. L.J. Wildeboer, en *AB* 2010, 319, m.nt. V.H. Affourtit en A.C. Beijering-Beck (*OPTA/ECS*). Deze uitspraak is vooralsnog de enige uitspraak van de ABRvS over de openbaarmaking van boetebesluiten op grond van de Wob.

84 In het beroep bij de rechtbank ging het geschil over de openbaarmaking van de namen van de betrokken rechtspersonen en natuurlijke personen. In het hoger beroep bij de ABRvS ging het nog slechts over de openbaarmaking van de namen van de betrokken rechtspersonen.

85 E.C. Pietermaat, 'Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten', *JBPlus* 2009, 4, p. 245-256.

86 *AB* 2009, 88, m.nt. G.J.M. Cartigny.

oordeelde dat hij bevoegd was om over de gevraagde voorziening te oordelen, omdat hij bevoegd was besluiten te schorsen waartegen beroep bij het CBb mogelijk is. Daarmee was hij ook bevoegd minder vergaande maatregelen te nemen, zoals de schorsing van de openbaarmaking van een bepaald besluit. De voorzieningenrechter van het CBb overwoog verder dat indien hij zich onbevoegd zou verklaren 'geen voorzieningenrechter het in zijn macht zou hebben publicatie van een besluit vanwege strijd met de wet waarop het besluit is gebaseerd tijdelijk te verbieden, enkel omdat de publicatie als zodanig tevens is op te vatten als besluit, berustend op de Wob, dat aan een toetsing door de ter zake bevoegde rechter kan worden onderworpen, welke toetsing niet is gericht op beoordeling van de inhoudelijke juistheid van het te publiceren besluit'. Een dergelijke consequentie achtte de voorzieningenrechter van het CBb onwenselijk.

Voor de rechtsbescherming levert de uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb een voordeel op: dezelfde rechterlijke instanties kunnen oordelen over de rechtmatigheid van zowel de boete zelf als over de rechtmatigheid van de openbaarmaking daarvan. Hierbij is van belang niet uit het oog te verliezen dat bij openbaarmaking op grond van de Wob de juistheid van de gegevens die openbaar worden gemaakt niet bij de rechter ter discussie kan worden gesteld.[87] De voorzitter van het CBb kan echter wel de rechtmatigheid van de opgelegde boete toetsen omdat hij bevoegd is om over de boete zelf te oordelen.

Het nadeel van de concentratie van rechtsbescherming bij de rechter die bevoegd is over het boetebesluit te oordelen, is dat het betrokkenen altijd dwingt inhoudelijk tegen de opgelegde boete op te komen. Het is echter niet onvoorstelbaar dat zij de boete terecht vinden of om andere redenen niet tegen de boete zelf willen opkomen, maar wel de openbaarmaking ervan willen voorkomen, bijvoorbeeld vanwege te verwachten grote financiële schade. In dat licht wijzen Wildeboer, Affourtit en Beijering-Beck er mijns inziens ook terecht op dat, als gevolg van de uitspraak van de ABRvS van 10 november 2010, in het concrete geval het bestuursorgaan bij de openbaarmaking van een boetebesluit op grond van de Wob geen afweging meer behoeft te maken tussen het belang van openbaarmaking en de in artikel 10 Wob genoemde weigeringsgronden. Ze wijzen er mijns inziens ook terecht op dat als gevolg van de uitspraak van de ABRvS de rechter die bevoegd is te oordelen over zo'n besluit voornoemde afweging niet meer zal toetsen, wanneer de voorzieningenrechter die bevoegd is ten aanzien van het boetebesluit oordeelt dat het boetebesluit naar voorlopig oordeel rechtmatig is.[88] Immers, als de voorzieningenrechter over het boetebesluit zelf oordeelt dat die naar voorlopig oordeel terecht is opgelegd, is de openbaarmaking toegestaan. De ABRvS gaat daarmee voorbij aan de verplichting om het belang van openbaarmaking af te wegen tegen de in artikel 10 Wob genoemde weigeringsgronden. De juistheid van de inhoud van het boetebesluit zegt niets over de gevolgen van de openbaarmaking daarvan.[89] Het is voorstelbaar dat in het concrete geval openbaarmaking

87 Zie onder meer: ABRvS 1 juli 2009, *AB* 2009, 289, m.nt. P.J. Stolk.

88 ABRvS 10 november 2010, *JB* 2010, 276, m.nt. L.J. Wildeboer, en *AB* 2010, 319, m.nt. V.H. Affourtit en A.C. Beijering-Beck.

89 *AB* 2010, 319, m.nt. V.H. Affourtit en A.C. Beijering-Beck. Zie hiervoor ook de bespreking over het karakter van de openbaarmaking van het boetebesluit en de onbepaalde gevolgen van die openbaarmaking.

van het boetebesluit, in ieder geval voor de betrokkenen, bijvoorbeeld onevenredig nadeel oplevert. Zo kan men denken aan het geval dat een lage boete is opgelegd, maar dat openbaarmaking van dat besluit tot aanzienlijke financiële schade voor de betrokkenen leidt. Met het voorlopig oordeel dat het boetebesluit rechtmatig is, staat met de uitspraak van de ABRvS echter reeds vast dat het belang van openbaarmaking zwaarder weegt dan het belang van de voorkoming van die aanzienlijke financiële schade. Affourtit en Beijering-Beck wijzen er daarbij naar mijn mening terecht op dat de uitkomst in de bodemzaak over de boete heel wel anders kan zijn dan het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter. Daarnaast worden ondernemingen gedwongen altijd om een voorlopige voorziening te verzoeken tegen de opgelegde boete.[90] Daar komt bij dat de voorzieningenrechter die over het boetebesluit oordeelt, gedwongen wordt altijd een rechtmatigheidsoordeel te geven. Wanneer in het geheel niet tegen de opgelegde boete is opgekomen, zal de ABRvS naar verwachting evenmin ruimte aanwezig achten voor een nadere belangenafweging ten aanzien van de openbaarmaking.

Volgens Peek dwingt de ABRvS, door de eis van het verzoeken om een voorlopige voorziening tegen het boetebesluit zelf, ondernemingen bij de rechtbank en de ABRvS op te komen tegen het besluit tot openbaarmaking en tevens bij de voorzieningenrechter van het rechtscollege dat bevoegd is over het boetebesluit te oordelen op te komen tegen dat boetebesluit.[91] Dat geldt volgens hem ook voor derden wier belangen door openbaarmaking kunnen worden geschaad, hetgeen nog verder wordt gecompliceerd wanneer die derden wel belanghebbende zijn bij het besluit tot openbaarmaking, maar niet bij het boetebesluit zelf. Wildeboer vraagt zich daarnaast af of de rechters die bevoegd zijn over het boetebesluit zelf te oordelen altijd bereid zullen zijn om bij voorlopige voorziening de openbaarmaking van dat besluit te schorsen of voorwaarden te verbinden aan die openbaarmaking.[92] Volgens Peek had een voorlopig rechtmatigheidsoordeel van de ABRvS over de boete proceseconomisch gezien meer voor de hand gelegen, maar dat had volgens hem mogelijk wel de bevoegdheid van het CBb doorkruist om over het boetebesluit te oordelen.

Ik zie het door Peek en Wildeboer geschetste probleem niet. De ABRvS maakt immers duidelijk dat tegen het boetebesluit een voorziening moet worden aangevraagd die inhoudt dat openbaarmaking wordt geschorst. De uitspraak van de voorzieningenrechter van het CBb die hiervoor is besproken, biedt die mogelijkheid ook.[93] Peek gaat er ook aan voorbij dat de ABRvS,[94] oordelend op grond van de Wob, niet kan oordelen over de juistheid van de inhoud van de openbaar te maken informatie en dus ook niet over de rechtmatigheid van de opgelegde boete.

90 *AB* 2010, 319, m.nt. V.H. Affourtit en A.C. Beijering-Beck.
91 ABRvS 10 november 2010, *JOR* 2011, 37, m.nt. S.M. Peek. Zie ook de noot van Affourtit en Beijering-Beck bij ABRvS 10 november 2010, *AB* 2010, 319.
92 ABRvS 10 november 2010, *JB* 2010, 276, m.nt. L.J. Wildeboer.
93 Peek merkt hierover op dat het CBb geen voorlopig rechtmatigheidsoordeel gaf, maar slechts een belangenafweging uitvoerde: het belang van openbaarmaking tegen het belang van mogelijke reputatieschade. Hoewel dat juist is, is dat wellicht te verklaren door de complexiteit van de zaak. Als de voorzieningenrechter van het CBb het al moeilijk acht een inhoudelijk oordeel te vellen over de opgelegde boete, hoe zou de ABRvS dit dan wel kunnen?
94 En dus ook de rechtbank in eerste aanleg, voor zover het betreft de openbaarmaking op grond van de Wob.

Daarnaast creëert zijn oplossing een ander probleem, namelijk de mogelijkheid tot tegenstrijdige rechtmatigheidsoordelen. Wat als de ABRvS het boetebesluit naar voorlopig oordeel onrechtmatig acht en het CBb rechtmatig? Weliswaar zal het bij de ABRvS dan alleen gaan om de openbaarmaking en bij het CBb alleen over de boete, maar dit komt de rechtszekerheid en rechtseenheid niet ten goede. Voor zover het de openbaarmaking van boetebesluiten van de OPTA betreft, is het door Peek gesignaleerde probleem van meerdere rechtsgangen voor het voorkomen van openbaarmaking opgelost. Zoals hiervoor beschreven, heeft de OPTA tegenwoordig in haar beleid staan dat bij sanctiebesluiten in het sanctiebesluit reeds een beslissing over de openbaarmaking wordt genomen.[95]

In haar uitspraak overweegt de ABRvS slechts in algemene zin dat artikel 8 Wob een grondslag biedt voor de openbaarmaking van boetebesluiten. In paragraaf 2.1 en paragraaf 3.5 van deze bijdrage is uiteengezet dat die bepaling mijns inziens geen grondslag biedt voor het openbaar maken van boetebesluiten en dat openbaarmaking van zulke besluiten in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Het is daarom jammer dat de ABRvS in haar uitspraak niet is ingegaan op de vraag of openbaarmaking van boetebesluiten op grond van artikel 8 Wob eigenlijk wel is toegestaan.

De vraag is verder of met de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te verzoeken strekkende tot schorsing van de openbaarmaking van het boetebesluit, dan wel tot openbaarmaking zonder de namen van de betrokkenen, is voldaan aan de hiervoor besproken onschuldpresumptie, dat een van de rechtsbeschermingsvereisten is van artikel 6 EVRM. Volgens Doorenbos is de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te verzoeken teneinde de openbaarmaking van het boetebesluit te schorsen, niet voldoende.[96] Het rechtmatigheidsoordeel dat de voorzieningenrechter geeft, is slechts voorlopig en komt daarnaast tot stand in een procedure waarin minder tijd voor diepgang en bezinning is. Volgens Doorenbos dient de bodemrechter een beoordeling van het geschil te geven voordat het boetebesluit op enige wijze openbaar wordt gemaakt.[97] Volgens Michiels zou voordat tot openbaarmaking wordt overgegaan een voornemen tot openbaarmaking moeten worden kenbaar gemaakt, zodat de betrokkenen de mogelijkheid hebben tegen de openbaarmaking op te komen. Daarnaast zou een sanctiebesluit wellicht pas openbaar gemaakt moeten worden als dat sanctiebesluit onherroepelijk is.[98]

De benadering die de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak in de zaak van *ECS/OPTA* koos, waarvan de hiervoor besproken uitspraak van de ABRvS het hoger beroep was, verdient mijn voorkeur boven de benadering van de ABRvS. Het boetebesluit mag voordat het onherroepelijk is geworden openbaar worden gemaakt, zonder daarbij de namen van de vermeende overtreders te vermelden. Het vermelden van de namen kan altijd nog achteraf, als het boetebesluit onherroepelijk is

95 Beleidsregels openbaarmaking OPTA, punt 22a.
96 Doorenbos 2007, p. 96-97.
97 Doorenbos, p. 97.
98 Michiels 2007b, p. 89.

geworden.[99] Op die wijze wordt tegemoetgekomen aan de onschuldpresumptie, door niet één of meer rechtspersonen als schuldig aan een wetsovertreding aan te wijzen. Het daarnaast vermelden bij het boetebesluit dat het nog door de rechter kan worden getoetst, maakt dat helemaal duidelijk aan de onschuldpresumptie tegemoet wordt gekomen. Dat dit geen overbodige maatregelen zijn, blijkt uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over het boetebesluit van de OPTA dat aan de zaak *ECS/OPTA* ten grondslag lag.[100] Die uitspraak is gedaan twee weken na de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam over de openbaarmaking van het boetebesluit. Volgens de Rechtbank Rotterdam heeft de OPTA één rechtspersoon en diens directeur, van in totaal drie rechtspersonen en twee directeuren, ten onrechte als overtreder aangemerkt. Het besluit op bezwaar werd door de rechtbank dan ook in zoverre vernietigd en het primaire besluit in zoverre herroepen. Met het ten onrechte aanmerken van de rechtspersoon en diens directeur als overtreder heeft de OPTA hen schade berokkend: hun reputatie is geschaad en het is zeer aannemelijk dat ze ook financiële schade hebben geleden als gevolg van het aan hen geven van het predicaat overtreder.

99 Omdat het in dat geval (weer) om openbaarmaking gaat, zal voor zover het betreft de namen opnieuw een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang van openbaarmaking en de relevante weigeringsgronden. Zie de noot van Eijsvogel en Mensink onder ABRvS 10 november 2010, *Mediaforum* 2010-4, nr. 9 (*ECS/OPTA*). De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam overwoog in zijn uitspraak van 27 mei 2008 overigens dat de onschuldpresumptie niet zover strekt dat bij de openbaarmaking van het boetebesluit de namen van de vermeende overtreders moeten worden weggelaten totdat de rechtmatigheid van de opgelegde boete in rechte is vastgesteld. Volgens de voorzieningenrechter was het al voldoende dat wordt vermeld dat tegen het boetebesluit nog bezwaar kan worden gemaakt en beroep kan worden ingesteld.

100 Rechtbank Rotterdam 3 februari 2010, *JOR* 2010, 177, m.nt. Affourtit en Beck.

4 Openbaarmaking van inspectiegegevens en andersoortige besluiten

Verschillende bestuursorganen maken op grond van artikel 8 Wob allerlei soorten documenten openbaar. Naast de hiervoor besproken boetebesluiten kan het gaan om besluiten waarin een last onder dwangsom of een last onder bestuursdwang openbaar wordt gemaakt, maar ook om inspectiegegevens of besluiten waarin de toezichthouder de onder toezicht gestelde gelast een bepaalde handeling te verrichten of te laten. De vraag is of in al deze gevallen sprake is van naming en shaming en of de openbaarmaking van de desbetreffende documenten op grond van de Wob mogelijk is. Daarnaast is de vraag of er extra rechtsbeschermingsvereisten zijn te stellen aan die openbaarmaking.

4.1 Inspectiegegevens

4.1.1 Inleiding

De Voedsel en Waren Autoriteit (VWA)[101] maakt sinds een aantal jaren op haar website de resultaten bekend van de inspecties die zij uitvoert.[102] In de meeste van de inspectierapporten die de VWA openbaar maakt, worden geen namen van bedrijven genoemd. Het inspectierapport bevat in die gevallen vaak een overzicht van de hoeveelheid controles die zijn uitgevoerd in een bepaalde branche of over een bepaald onderwerp, zoals de naleving van de leeftijdsgrenzen voor de verkoop van alcohol in sportkantines.[103] Verder wordt in zo'n rapport weergegeven hoeveel overtredingen er zijn geconstateerd en welke conclusies de VWA daar in het algemeen aan verbindt. De openbaarmaking van rapporten zonder daarin de vermelding van organisaties of zonder de vermelding welke organisaties niet aan een bepaalde (wettelijke) norm voldoen, is geen naming en shaming omdat niemand te kijk wordt gezet. Het valt dan ook buiten de omvang van dit preadvies.

---

101 Deze gaat op 1 januari 2012 samen met de Algemene Inspectiedienst en de Plantenziektenkundige Dienst op in een nieuwe organisatie. Als voorbereiding op het samengaan hebben de drie organisaties hun organisaties bijeengebracht tot een tijdelijke werkorganisatie van de nieuwe Voedsel en Waren Autoriteit. Zie: www.vwa.nl/organisatie. Geraadpleegd op 18 september 2011. In dit preadvies zal nog steeds worden gesproken over de Voedsel en Waren Autoriteit.

102 www.vwa.nl/onderwerpen/inspectieresultaten. Geraadpleegd op 7 augustus 2011.

103 Factsheet Sportactie Leeftijdgrenzen Alcohol 2010, rapport van 17 juni 2010, te raadplegen op: www.vwa.nl/actueel/inspectieresultaten/bestand/2201042/factsheet-sport-leeftijdsgrenzen-alcohol-2010. Geraadpleegd op 7 augustus 2011.

De VWA maakt op haar website van een aantal onderwerpen ook de inspectieresultaten per bedrijf of filiaal bekend, bijvoorbeeld over de controle van bestrijdingsmiddelen op groente en fruit. Per geïnspecteerd bedrijf, zoals Albert Heijn of de lokale groenteboer, en per geïnspecteerd filiaal, valt terug te vinden of wordt voldaan aan de norm van de hoeveelheid bestrijdingsmiddelen die op een bepaald product mogen zitten. Voor zover in een bepaald filiaal of bij een bepaald bedrijf niet wordt voldaan aan de norm en dit door de VWA openbaar wordt gemaakt, is er sprake van een diffamerende werking: dat bedrijf of filiaal wordt te kijk gezet als overtreder van een norm. Aan de andere kant worden bedrijven die wel aan de norm voldoen in het zonnetje gezet: daarvan wordt immers openbaar gemaakt dat wel wordt voldaan aan de norm. Het is overigens belangrijk om op te merken dat de VWA de informatie neutraal presenteert: aan de bedrijven en filialen waarbij aan de norm voor bestrijdingsmiddelen wordt voldaan wordt net zoveel aandacht gegeven als aan de bedrijven en filialen waarbij niet aan de norm wordt voldaan en op geen van de categorieën wordt op enigerlei wijze de aandacht gevestigd. Er wordt geen rangorde aangebracht. Pas wanneer op een bepaald filiaal wordt gezocht, kan men erachter komen of aan de norm voor de hoeveelheid bestrijdingsmiddelen wordt voldaan of niet.

Bij de gegevens over de controle op voedselveiligheidsregels en -eisen bij formulebedrijven levensmiddelen[104] wordt wel de aandacht gevestigd op bedrijven die zich beter dan wel slechter aan de betreffende normen houden. Per formulebedrijf wordt een oordeel in een kleur weergegeven: groen bij een goed resultaat en oranje wanneer de naleving op een bepaald onderdeel onder de 90% is.[105] Overigens zijn slechts de samengestelde resultaten van de inspecties openbaar gemaakt: er kan niet per filiaal worden ingezien wat de resultaten van de inspecties zijn.

De provincie Limburg maakt op haar website allerlei informatie openbaar die te maken heeft met het milieu.[106] Het gaat om onder meer inspectierapporten, milieuvergunningen, handhavingsbesluiten en klachten. Deze besluiten zijn op een kaart te vinden, waarbij de informatie is in te zien wanneer een bedrijf of organisatie op de kaart wordt geselecteerd. Met het openbaar maken van de informatie op de website van de provincie Limburg is ook sprake van een diffamerende werking voor zover de informatie negatief is over het desbetreffende bedrijf of de desbetreffende instelling en wordt het bedrijf of de instelling in het zonnetje gezet wanneer de informatie positief is.

Een derde voorbeeld van de openbaarmaking van inspectieoordelen is de openbaarmaking van inspectieoordelen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Zij maakt voor een groot aantal sectoren actief definitieve inspectierapporten over zorgaanbieders openbaar. Ook van individuele zorgverleners worden zulke rapporten actief openbaar gemaakt. De Inspectie voor de Gezondheidszorg maakt echter niet alle inspectierapporten openbaar: rapporten over incidenten of calamiteiten bij zorgaanbieders worden niet altijd actief openbaar gemaakt, maar bij grote of maatschappelijke aandacht maakt zij ze soms wel openbaar. Ook

104 De VWA bedoelt hiermee supermarktketens.
105 Of er andere kleurcodes bestaan is mij niet bekend: dit waren de enige twee die voorkwamen.
106 http://portal.prvlimburg.nl/milieukaart. Geraadpleegd op 7 augustus 2011.

die inspectierapporten waarin van bestuurlijke sancties, opsporing of strafrechtelijke maatregelen sprake is, worden niet openbaar gemaakt. De Inspectie voor de Gezondheidszorg heeft een drieledig doel met de openbaarmaking van inspectierapporten: het verhogen van het nalevingsniveau van zorgaanbieders, het informeren van patiënten, cliënten en zorgverzekeraars en het bijdragen aan een transparante overheid door te laten zien hoe zij te werk gaat en op welke wijze zij conclusies trekt over de kwaliteit van de zorg.[107]

Dit korte overzicht laat zien dat verschillend wordt omgegaan met de openbaarmaking van inspectierapporten op grond van artikel 8 Wob, waarbij de verschillen ook binnen de organisatie kunnen liggen. Van naming en shaming is sprake als in het openbaar gemaakte rapport negatief wordt geoordeeld over de organisatie die aan inspectie onderhevig is, bijvoorbeeld door het vaststellen van overtredingen. De vraag is nu of de openbaarmaking van inspectiegegevens daarmee ook een sanctie inhoudt.

4.1.2 *Is de openbaarmaking van inspectiegegevens een sanctie?*

De vraag of de openbaarmaking van inspectiegegevens een sanctie is in de zin van artikel 5:2, onder a, Awb, moet ontkennend worden beantwoord. Er wordt met de openbaarmaking aan de overtreder geen verplichting opgelegd of een aanspraak onthouden. Daarnaast is de openbaarmaking, zoals hiervoor al beschreven, geen reactie op de overtreding. Net als bij de openbaarmaking van boetebesluiten is hoofdstuk 5 Awb niet van toepassing en zijn slechts de algemene bepalingen uit de Awb van toepassing op de openbaarmaking van inspectierapporten.

De openbaarmaking van inspectiegegevens is mijns inziens in zijn algemeenheid evenmin een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM. Er wordt niet voldaan aan de criteria die het EHRM in het *Engel*-arrest heeft geformuleerd, te weten de classificatie naar nationaal recht, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de sanctie. De openbaarmaking van inspectiegegevens is in het Nederlandse recht niet geclassificeerd als straf, al is dat niet doorslaggevend. De aard van de overtreding, zo die is geconstateerd, zal in het algemeen, net als bij de openbaarmaking van boetebesluiten, niet tuchtrechtelijk zijn, omdat het gaat om normen die zich tot een ieder richten. Anders dan bij de openbaarmaking van boetebesluiten is de aard en zwaarte van de sanctie, te weten de openbaarmaking van inspectiegegevens, naar mijn mening in het algemeen niet als 'straf' aan te merken. Hierbij is van belang dat in het algemeen inspectiegegevens openbaar worden gemaakt ongeacht of er overtredingen zijn geconstateerd en dat de openbaarmaking van de gegevens zelf niet direct een oordeel inhoudt over de mogelijk geconstateerde overtreding en de strafwaardigheid van die mogelijk vastgestelde overtreding.

Naar mijn mening is de openbaarmaking van inspectiegegevens in zijn algemeenheid niet aan te merken als een sanctie zoals omschreven door Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male. De openbaarmaking is geen reactie op de niet-naleving

107 www.igz.nl/onderwerpen/handhavingsinstrumenten/openbaarmaking. Geraadpleegd op 7 augustus 2011.

van verplichtingen die voortvloeien uit bestuursrechtelijke normen, want alle inspectiegegevens worden openbaar gemaakt, ook die inspectiegegevens waarin geen overtreding van een norm is vastgesteld.[108] Hier kan wellicht anders over worden gedacht voor zover door het orgaan dat het inspectierapport openbaar maakt extra aandacht wordt gevestigd op overtreders, zoals door de VWA door het geven van een kleur bij de gegevens over de controle op voedselveiligheidsregels en voedselveiligheidseisen bij formulebedrijven levensmiddelen. Dit ziet echter niet op de openbaarmaking zelf: het op de website van de VWA plaatsen van een inspectierapport. Daarom is ook de openbaarmaking van inspectiegegevens, waarbij het bestuursorgaan extra aandacht vestigt op overtreders, geen sanctie zoals door Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male is omschreven.

Doorenbos is overigens van mening dat de openbaarmaking van inspectiegegevens, zoals door de VWA, wel een sanctie is. Volgens hem zal de aandacht meer uitgaan naar de overtreders dan naar diegenen die volgens de norm handelen. Verder is de openbaarmaking een generaal-preventief instrument bedoeld om normconform gedrag na te leven, aldus Doorenbos. Daarnaast zal het publiek aan het inspectierapport een waarde hechten als ware het een rechterlijk vonnis, waardoor de onschuldpresumptie wordt geschonden.[109]

Voor zover alle inspectiegegevens openbaar worden gemaakt, dus van zowel overtreders als van diegenen die zich aan de norm houden, zoals de VWA in veel gevallen doet, gaat Doorenbos eraan voorbij dat die openbaarmaking in het algemeen geen reactie is op een overtreding. De inspectiegegevens zouden eveneens openbaar gemaakt zijn als er geen overtreding zou zijn geconstateerd. Dat wellicht de aandacht meer zal uitgaan naar overtreders, maakt de openbaarmaking nog geen sanctie. Voor zover Doorenbos zijn oordeel stoelt op de schending van de onschuldpresumptie, geldt dat eerst moet worden vastgesteld dat de openbaarmaking van inspectiegegevens een punitieve sanctie is. Slechts wanneer dat het geval is, is de onschuldpresumptie namelijk van toepassing.

Wanneer alleen de inspectiegegevens van overtreders openbaar worden gemaakt, ben ik het met Doorenbos eens dat de openbaarmaking een punitieve sanctie is: de openbaarmaking had immers niet plaatsgevonden als er geen overtreding was vastgesteld door de toezichthouder.

4.1.3 *Rechtsbescherming tegen openbaarmaking van inspectiegegevens: welke mogelijkheden bieden de Wob en de jurisprudentie en is dit in lijn met de rechtsbeschermingsvereisten?*

Het betrokken bedrijf of de betrokken organisatie heeft de mogelijkheid om tegen de openbaarmaking op te komen door bezwaar te maken, dan wel in beroep te

108 A.M.P.J.H. Sauvé, *Naming and shaming*, Zutphen: Paris 2010, p. 33-34. Anders dan Sauvé meen ik echter wel dat het openbaar maken van een inspectierapport waarin een negatief oordeel wordt geveld en waarin wordt vastgesteld dat een overtreding is begaan door de betreffende organisatie, belastend is jegens die organisatie. Van de negatieve publiciteit kan zij namelijk wel hinder ondervinden. Het doorslaggevende argument om die openbaarmaking niet als sanctie aan te merken is in mijn ogen dat die openbaarmaking niet plaatsvindt als reactie op de overtreding. De openbaarmaking was hoe dan ook geschied, onafhankelijk van het al dan niet vaststellen van een overtreding.

109 Doorenbos 2007, p. 59-61.

gaan tegen een besluit tot openbaarmaking. Het lastige hierbij is echter dat het bestuursorgaan dat tot openbaarmaking overgaat, die ruimte ook moet bieden. Dit zal dienen te gebeuren door het nemen van een besluit dat aan de betrokkenen wordt toegestuurd en door met de openbaarmaking te wachten tot een reactie van de betrokkenen binnen is dan wel een bepaalde termijn is verstreken. Kortom, er zal moeten worden gehandeld overeenkomstig de procedure van artikel 6, derde lid, Wob. Wanneer het betrokken bedrijf het niet eens is met een uiteindelijk besluit tot openbaarmaking, kan het, als het bestuursorgaan na het nemen van het besluit niet direct overgaat tot openbaarmaking, een voorlopige voorziening verzoeken tegen dat besluit met als strekking de schorsing van het besluit. Vervolgens kunnen de gewone bezwaar- en beroepsprocedures worden doorlopen.

Het is van belang op te merken dat het bestuursorgaan ook bij de openbaarmaking van inspectiegegevens het belang van openbaarmaking zal moeten afwegen tegen de belangen die zich daartegen verzetten die zijn genoemd in artikel 10 Wob. Die afweging kan uiteraard van tevoren worden gemaakt en in een beleidsregel worden vastgelegd, maar dat ontslaat het bestuursorgaan er niet van in het concrete geval te onderzoeken of de openbaarmaking voor één of meer belanghebbenden gevolgen zal hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen, zoals dat in artikel 4:84 Awb is bepaald. De openbaarmaking van een geconstateerde kleine overtreding kan grote gevolgen hebben, bijvoorbeeld reputatieschade en, wellicht als gevolg daarvan, financiële schade.

In de uitspraak van de ABRvS van 7 september 2011 in de zaak *VAHON/minister van OC&W*[110] heeft de ABRvS voor het eerst geoordeeld over de openbaarmaking van inspectiegegevens. De inspecteur-generaal van onderwijs had besloten tot openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob van het rapport van bevindingen van de Inspectie van het Onderwijs, welk rapport handelde over een onderzoek naar onrechtmatigheden bij het financiële beheer van een school waarvan de Vereniging Algemeen Hindoe Onderwijs Nederland (VAHON) het bestuur vormde. VAHON was het niet eens met de openbaarmaking en heeft het besluit tot openbaarmaking tot de hoogste nationale bestuursrechter aangevochten. De ABRvS oordeelde uiteindelijk dat het belang van openbaarmaking zwaarder woog dan het belang van VAHON. De ABRvS overwoog dat VAHON niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij onevenredig wordt benadeeld door openbaarmaking van het onderzoeksrapport. Daarbij werd van belang geacht dat het onderzoeksrapport een neutrale titel droeg en in neutrale bewoordingen is opgesteld. Verder achtte de ABRvS van belang dat het onderzoeksrapport de feitelijke bevindingen van het onderzoek bevatte, waarbij aan een aantal bevindingen een voorlopige kwalificatie werd verbonden. Daarnaast hechtte de ABRvS aan het gegeven dat per onderdeel van het onderzoeksrapport alsook in een bijlage de zienswijze van VAHON was opgenomen. Daarmee is het voor de gemiddelde lezer volgens de ABRvS duidelijk dat het terugvorderingsbesluit, dat uit het onderzoek naar financiële onrechtmatigheden volgde, niet in rechte onaantastbaar is. Daarom behoefde de minister, die op het

110 ABRvS 7 september 2011, JB 2011, 255, m.nt. G. Overkleeft-Verburg.

bezwaar van VAHON had beslist, niet te verwachten dat de openbaarmaking van het onderzoeksrapport tot een zodanig negatieve aandacht van de media zou leiden dat VAHON onevenredig zou worden benadeeld.

De rechter die zal oordelen over het besluit tot openbaarmaking van inspectiegegevens, zal in het kader van de Wob niet de juistheid van de inhoud van de inspectiegegevens kunnen toetsen, omdat de inhoud van hetgeen openbaar is gemaakt, niet wordt getoetst. Slechts ter toets staat of al dan niet terecht gegevens openbaar zijn gemaakt of dat het bestuursorgaan mocht weigeren de gegevens openbaar te maken.

Het gebrek aan rechterlijke toetsing op de inhoud kan problematisch zijn, wanneer die gegevens onjuist zijn. Wat als de overtreding ten onrechte is geconstateerd en er eigenlijk geen overtreding was? De vaststelling van de overtreding is dan wel openbaar gemaakt en is voor iedereen te lezen. Wanneer het bestuursorgaan overgaat tot handhaving, na vaststelling van de overtreding, dan kan daartegen nog verweer worden gevoerd en het besluit tot handhaving aan de rechter worden voorgelegd. Maar wat als het bij de vaststelling van de overtreding blijft en het bestuursorgaan besluit niet te handhaven? Het betrokken bedrijf of de betrokken organisatie kan dan niet in rechte laten vaststellen dat de overtreding niet heeft plaatsgevonden. Dit is een lacune in de rechtsbescherming, zeker voor de openbaarmaking van die inspectiegegevens waarvoor artikel 6 EVRM van toepassing is. De openbaarmaking kan in zo'n geval in strijd komen met de onschuldpresumptie, wanneer het bestuursorganen bijvoorbeeld geen voorbehouden maakt bij de vaststelling van de overtreding.

Dit probleem wordt mijns inziens overigens ondervangen met de VAHON-uitspraak van de ABRvS. De ABRvS heeft daarin naar mijn mening een evenwichtig oordeel gegeven over de openbaarmaking van het betreffende onderzoeksrapport. De openbaarmaking werd niet onevenredig geacht voor VAHON, onder meer omdat zowel in als bij het rapport de zienswijzen van VAHON op de diverse bevindingen zijn vermeld. Daarmee is voor de gemiddelde lezer duidelijk, of zou duidelijk moeten zijn, dat over de bevindingen van de Inspectie voor het Onderwijs verschillend kan worden gedacht. Ook is duidelijk dat aan enkele bevindingen een voorlopige, dus geen definitieve, kwalificatie is gebonden. Het probleem, dat de ABRvS in het kader van de Wob niet de juistheid van de openbaar te maken gegevens kan toetsen, wordt op deze wijze goed ondervangen. Indien de ABRvS deze lijn vasthoudt, zal dit positief zijn voor de rechtsbescherming. Het wachten is daarom op een uitspraak waarin de ABRvS moet oordelen over de openbaarmaking van enkel inspectiegegevens, zonder dat de vermeende overtreder de mogelijkheid heeft zijn zienswijzen te geven en zonder dat zienswijzen van de vermeende overtreder worden opgenomen in de openbaar gemaakte inspectiegegevens.

4.2 De openbaarmaking van besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang

4.2.1 *Inleiding*

In paragraaf 4.1.1 is beschreven dat de provincie Limburg allerlei soorten gegevens openbaar maakt met betrekking tot het milieu. Naast inspectierapporten, milieurapporten en klachten worden ook besluiten tot oplegging van een last

onder dwangsom of bestuursdwang openbaar gemaakt op de website van de provincie Limburg. Wanneer een dwangsombesluit of bestuursdwangbesluit wordt genomen, worden de media ingelicht en wordt dat besluit op de eerdergenoemde kaart en tevens op een besluitenlijst geplaatst die via de website van de provincie is te raadplegen.[111] Indien bezwaar of beroep wordt aangetekend, wordt dit ook vermeld op de website. Een dwangsombesluit of bestuursdwangbesluit wordt een jaar na beëindiging van de overtreding verwijderd van de website van de provincie Limburg en na drie jaar als de overtreding niet wordt beëindigd.[112] De provincie Limburg staat niet alleen in het openbaar maken van besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang.

Ook met de openbaarmaking van die besluiten worden degenen die het betreft 'genamed en geshamed' voor zover zij er met naam en toenaam in worden genoemd. De vraag is aan welke rechtsbeschermingsvereisten de openbaarmaking van besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang dient te voldoen. Voordat antwoord kan worden gegeven op die vraag moet eerst worden vastgesteld of de openbaarmaking van dat soort besluiten een sanctie is.

4.2.2 *Is de openbaarmaking van besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang een sanctie?*

Gegeven de enge definitie van een sanctie in artikel 5:2 Awb, is de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang geen sanctie in de zin van die bepaling. Slechts de bepalingen van de Awb die zien op besluiten in het algemeen zijn dan ook van toepassing, nu de openbaarmaking een besluit behelst.

Kijkend naar de criteria die het EHRM in *Engel tegen Nederland* heeft geformuleerd, moet worden vastgesteld dat de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang, afhankelijk van de omstandigheden, soms een criminal charge is als bedoeld in artikel 6 EVRM, en soms niet. De overtredingen waarvoor dergelijke lasten worden opgelegd, zijn in het Nederlandse recht niet als strafbaar geclassificeerd. De aard van de overtreding is ook niet strafrechtelijk. Dit kan al worden afgeleid uit het feit dat de last onder bestuursdwang en dwangsom zijn gericht op het beëindigen van een overtreding dan wel het voorkomen van een herhaling. Een dwangsom wordt niet verbeurd als de overtreding binnen de gestelde termijn wordt beëindigd en bestuursdwang wordt evenmin toegepast als aan de last wordt voldaan. Ook een last die is gericht op het voorkomen van het herhalen van een overtreding maakt de aard van de overtreding niet strafrechtelijk: het doel is niet, zoals bij een straf, het toevoegen van leed als een overtreding is begaan, maar enkel het voorkomen van een nieuwe overtreding. Daarmee rest de vraag wat de aard en zwaarte is van de 'straf'. Dat is niet gemakkelijk te zeggen.

Michiels kijkt hiervoor naar het moment van openbaarmaking. Wanneer de last strekt tot het wegnemen van de gevolgen van een overtreding of het voorkomen van

111 Gedragslijn: Openbaarheid handhavingsinformatie, p. 7-8. De gedragslijn is te raadplegen via: http://limburg.nl/dsresource?type=pdf&objectid=limburg:3280&versionid=&subobjectname=.

112 Gedragslijn: Openbaarheid handhavingsinformatie, p. 9-10. Overigens worden dit soort besluiten nog niet op de website vermeld als het het buitengebied betreft.

een herhaling van de overtreding, dan kan de openbaarmaking worden gezien als ondersteuning van het herstelkarakter, waarbij in het geval van het voorkomen van een nieuwe overtreding de openbaarmaking meer een preventief karakter heeft. Dat is het geval indien het besluit tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom openbaar wordt gemaakt voordat bestuursdwang is toegepast of het maximum aan te verbeuren dwangsommen is bereikt. Is bestuursdwang reeds toegepast of is het maximum aan te verbeuren dwangsommen bereikt, dan kan de openbaarmaking al niet meer in dat licht worden gezien en als de overtreding is beëindigd, dan kan moeilijk worden ontkend dat de openbaarmaking een punitief karakter heeft, aldus Michiels.[113]

In de benadering van Michiels kan ik mij vinden. De openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang kan een negatieve uitwerking hebben op de reputaties van de betrokkenen en kan voor hen financiële consequenties hebben. Verder is het moeilijk vol te houden dat het met naam en toenaam openbaar maken van (vermeende) overtreders nadat het maximum aan te verbeuren dwangsommen is bereikt of bestuursdwang is toegepast niet bedoeld is om leed tot te voegen. Als het doel van de openbaarmaking enkel zou zijn het laten zien hoe wordt omgegaan met de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom of bestuursdwang, kan het desbetreffende besluit immers ook openbaar worden gemaakt zonder dat de overtreders zijn vermeld. Dit kan anders zijn als nog aan de last voldaan moet worden, omdat de openbaarmaking dan nog, zoals Michiels betoogt, gezien kan worden als ondersteuning van de last. Vraag is wel of artikel 8 Wob zich als grondslag hiervoor leent.

De rechtsbeschermingsvereisten die behoren bij een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM zijn mijns inziens daarom soms wel en soms niet van toepassing.

Bij de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang kan naar mijn mening, net als bij de openbaarmaking van boetebesluiten en anders dan bij de openbaarmaking van inspectierapporten, moeilijk worden volgehouden dat er geen sprake is van een sanctie als gedefinieerd door Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male. Evenals bij de openbaarmaking van boetebesluiten is de openbaarmaking zelf niet een bij wet voorziene maatregel als reactie op de niet-naleving van een norm, maar aan de overige onderdelen van de definitie wordt wel voldaan: zonder overtreding zou er geen last zijn opgelegd en de last is belastend voor de burger.

Voor de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom staan de rechtsbeschermingsmiddelen open die de Awb en de Wob bieden. De Wob biedt de eerder genoemde belangenafweging op grond van artikel 10 en in artikel 4:84 Awb is, zoals eerder beschreven, bepaald dat wanneer het bestuursorgaan een beleidsregel toepast, het daarvan moet afwijken indien het volgen daarvan voor één of meer belanghebbenden gevolgen zou hebben die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. Daarnaast zijn, afhankelijk van de

113 Michiels 2007, p. 50.

omstandigheden en dan met name het moment van openbaarmaking, de waarborgen van artikel 6 EVRM van toepassing die behoren bij een criminal charge.

Er zijn mij geen uitspraken bekend over de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang. Gelet op de uitspraak van de ABRvS in de zaak *OPTA/ECS*, ligt het in de lijn der verwachting dat de ABRvS in een toekomstige zaak over de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang zal oordelen dat tegen de openbaarmaking moet worden opgekomen bij de rechter die ook bevoegd is over de last een inhoudelijk oordeel te geven en dat wanneer bij voorlopige voorziening is geoordeeld dat de oplegging van de last rechtmatig is, de openbaarmaking eveneens rechtmatig is. Als de ABRvS haar eerder uitgezette lijn over de openbaarmaking van boetebesluiten ook toepast op de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom, dan kan de openbaarmaking van zo'n besluit alleen worden voorkomen door inhoudelijk op te komen tegen dat besluit zelf, ook wanneer degene aan wie de last is opgelegd zich in de last kan vinden. Verder zou, wanneer de ABRvS de lijn uit de zaak *OPTA/ECS* volgt, de in de Wob vereiste belangenafweging worden gereduceerd tot de vraag of de last zelf rechtmatig is opgelegd en zou voorbij worden gegaan aan de vraag of de openbaarmaking zelf wel evenredig is, net als bij de openbaarmaking van een boetebesluit. Het zou jammer zijn wanneer de ABRvS voor deze benadering kiest in het geval van de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang, gelet op de kritiek die is geleverd op de lijn die in de zaak *OPTA/ECS* is uitgezet.

5 Conclusie: is de Wob geschikt als grondslag voor naming en shaming?

Zoals al in paragraaf 2.1 uiteen is gezet, biedt artikel 8 Wob geen grondslag voor naming en shaming. Openbaarmaking dient slechts te geschieden in het belang van een goede en democratische bestuursvoering. Enig ander oogmerk voor openbaarmaking, zoals bestraffing of het afdwingen van normconform gedrag, is niet toegestaan. De vraag is of met de openbaarmaking van sanctiebesluiten en inspectiegegevens daadwerkelijk het doel van de Wob wordt gediend. Met de openbaarmaking van dat soort informatie wordt meer gezegd over de vermeende overtreders dan over het beleid van de toezichthouder. Daarnaast is het gebruik van de bevoegdheid tot actieve openbaarmaking voor een ander doel, zoals het bereiken van een preventieve werking of het bestraffen van overtreders, wellicht in strijd met het verbod van détournement de pouvoir dat is neergelegd in artikel 3:3 Awb. Ook anderszins is de openbaarmaking van sanctiebesluiten en andere gegevens over overtredingen problematisch.

De openbaarmaking van boetebesluiten is een straf. Daarvoor is volgens het legaliteitsbeginsel een wettelijke grondslag nodig. Artikel 8 Wob is dat niet. Verder is de openbaarmaking van boetebesluiten problematisch vanwege de onschuldpresumptie die in artikel 6 EVRM is vervat. Daarnaast heeft de ABRvS de belangenafweging die het bestuursorgaan voorafgaand aan het besluit tot openbaarmaking dient te verrichten, beperkt tot de vraag of naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter van het rechtscollege dat over het boetebesluit zelf moet oordelen, dat boetebesluit rechtmatig is. Is dat het geval, dan weegt het belang van openbaarmaking zwaarder dan de belangen genoemd in artikel 10, tweede lid, Wob, uiteraard voor zover die relevant zijn. Daarmee gaat de ABRvS eraan voorbij dat het besluit tot de openbaarmaking van een boetebesluit een ander besluit is dan het boetebesluit zelf en dat het besluit tot openbaarmaking een eigen afweging vergt.

De openbaarmaking van inspectiegegevens is eveneens problematisch. Vaak kan de betrokkene zich niet rechterlijk verweren tegen hetgeen in een inspectierapport is opgenomen, omdat er niet per se handhaving plaatsvindt. Bij de Wob speelt evenwel de juistheid van de informatie die openbaar wordt gemaakt geen rol. De rechter zal niet toetsen of de informatie die openbaar wordt gemaakt feitelijk juist is of niet. Daarnaast geldt ook voor de openbaarmaking van inspectiegegevens dat die in een aantal gevallen een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM oplevert. De openbaarmaking kan dan in strijd komen met de onschuldpresumptie die in die bepaling is vervat. De ABRvS heeft voornoemde bezwaren in de VAHON-uitspraak echter wel ondervangen, door te oordelen dat de openbaarmaking van een onderzoeksrapport niet onevenredig is, onder meer omdat en voor zover de zienswijzen van de vermeende overtreder op elk onderdeel van het

inspectierapport en op dat rapport als geheel zijn opgenomen en openbaar zijn gemaakt en omdat aan enkele bevindingen voorlopige, dus geen definitieve, kwalificaties zijn verbonden. Het wachten is nu op een uitspraak over de openbaarmaking van inspectiegegevens waarin wel definitieve kwalificaties aan bevindingen zijn gebonden en waarin geen zienswijzen van de vermeende overtreder zijn gebonden. Zal de ABRvS dan van oordeel zijn dat de openbaarmaking tot onevenredig nadeel van de vermeende overtreder leidt en zal het belang van het voorkomen van zulk onevenredig nadeel dan zwaarder wegen dan het belang van openbaarmaking? Alhoewel de openbaarmaking in dat geval niet per definitie als een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM of als punitieve sanctie is aan te merken, zou het mijn voorkeur genieten als de ABRvS een dergelijke openbaarmaking kritisch zou benaderen. De middelen tot verweer tegen de inhoud van een inspectierapport zijn immers beperkt: de rechter die toetst op grond van de Wob kan niet de juistheid van de inspectiegegevens toetsen en het bestuursorgaan gaat niet altijd over tot handhaving na de constatering van een overtreding.

Ten slotte is ook de openbaarmaking van herstelsanctiebesluiten, zoals de last onder bestuursdwang, niet zonder problemen. In de eerste plaats kan de openbaarmaking, afhankelijk van het moment van openbaarmaking, in bepaalde gevallen worden gezien als een criminal charge als bedoeld in artikel 6 EVRM. Daarnaast is de verwachting dat de ABRvS de vraag of de openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang gerechtvaardigd is, zal beperken tot de vraag of dat handhavingsbesluit zelf naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter van het rechtscollege dat over dat besluit moet oordelen, rechtmatig is. Daarmee wordt er, net als bij de openbaarmaking van boetebesluiten, aan voorbij gegaan dat het besluit tot openbaarmaking een aparte afweging vergt.

De oplossing ligt mijns inziens niet in het aanpassen van de Wob, zodat daarin ook een grondslag voor naming en shaming wordt opgenomen. Het doel van de Wob, te weten de openbaarmaking in het kader van een goede en democratische bestuursvoering, botst met het doel van naming en shaming: het te schande maken van overtreders. De Wob ziet op de overheid, naming en shaming op diegenen die onder het gezag, het toezicht, van de overheid vallen.

Er is echter wel een aantal andere oplossingen mogelijk. De eerste is het in de Awb opnemen van een algemene bevoegdheidsgrondslag voor openbaarmaking. Bestuursorganen zouden dan in het algemeen de bevoegdheid krijgen om besluiten openbaar te maken in het kader van naming en shaming. In de Awb kunnen dan tevens procedurele waarborgen worden opgenomen om zo de bezwaren weg te nemen die kleven aan de openbaarmaking in het kader van naming en shaming, vooral waar die de strijd met artikel 6 EVRM betreffen. Deze oplossing heeft als nadeel dat een bevoegdheidsgrondslag wordt geschapen voor de openbaarmaking van uiteenlopende soorten besluiten. Daarnaast is niet in zijn algemeenheid te zeggen of de gevolgen van openbaarmaking van bijvoorbeeld boetebesluiten in verhouding staan tot de overtreding.

De tweede mogelijkheid is het opnemen van een bevoegdheid tot openbaarmaking van sanctiebesluiten en inspectiegegevens in die wetten waaraan de toezichthouders hun bevoegdheid ontlenen. De wetgever zal zich telkens de vraag moeten stellen of naming en shaming in het kader van het desbetreffende toezicht noodzakelijk is en of datgene zal worden bereikt dat beoogd wordt, zoals

het afdwingen van normconform gedrag. Voor zover de openbaarmaking een criminal charge is in de zin van artikel 6 EVRM zal de wetgever daarnaast stil moeten staan bij de vraag of de straf van openbaarmaking in verhouding staat tot de overtreding, gelet op de grote schade die openbaarmaking van het desbetreffende besluit mogelijk tot gevolg heeft. Ook zal in dat kader aandacht moeten worden besteed aan de vraag hoe de schending van de onschuldpresumptie kan worden voorkomen, bijvoorbeeld door de naam van de overtreder pas openbaar te maken wanneer het besluit in rechte onaantastbaar is geworden. Het grootste nadeel van deze benadering is dat dit ertoe kan leiden dat per wet verschillende procedures voor de openbaarmaking zullen worden vastgesteld, hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt.

Een derde oplossing is een combinatie van de twee hiervoor geschetste oplossingen. In de specifieke wetten waaraan de toezichthouders hun bevoegdheid ontlenen, kan een bevoegdheid tot openbaarmaking van sanctiebesluiten en inspectiegegevens worden opgenomen. De procedurele regels waarmee rechtsbescherming wordt geboden tegen openbaarmaking kunnen worden opgenomen in de Awb, zoals de Awb ook een hoofdstuk kent over handhaving, eventueel aangevuld met specifieke regels in de bijzondere wet.[114] Het voordeel van deze oplossing is dat de wetgever zich wel telkens de vraag zal moeten stellen of naming en shaming noodzakelijk is voor en past bij het specifieke toezicht dat het onderwerp is van de desbetreffende wet en of met naming en shaming bij dat toezicht datgene wat wordt beoogd ook wordt bereikt, maar dat de procedurele regels die rechtsbescherming moeten bieden (grotendeels) hetzelfde zullen zijn voor alle toezichthouders, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt.[115]

Een schone taak voor de wetgever ligt dus in het verschiet!

114 Hoofdstuk 5 Awb.

115 Waarbij overigens best een onderscheid kan worden gemaakt tussen boetebesluiten, andere handhavingsbesluiten en inspectiegegevens.

Stellingen

1. Artikel 8 Wob is ongeschikt voor openbaarmaking met als doel naming en shaming.
2. De openbaarmaking van boetebesluiten is een extra straf, die boven op de opgelegde boete komt.
3. De onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM staat eraan in de weg dat de namen van de betrokken rechtspersonen en natuurlijke personen openbaar worden gemaakt bij de openbaarmaking van een nog niet in rechte onaantastbaar boetebesluit.
4. De openbaarmaking van inspectierapporten is geen straf, ook al kunnen betrokkenen door de openbaarmaking worden benadeeld.
5. Met de VAHON-uitspraak heeft de ABRvS de belangrijkste bezwaren tegen de openbaarmaking van inspectiegegevens weggenomen.

Naming en shaming op grond van de Wet op het financieel toezicht

*Mr. A.C. Beijering-Beck**

1	**Inleiding**	**55**
2	**Publicatiemogelijkheden en -verplichtingen van de AFM en DNB**	**57**
2.1	Inleiding	57
2.2	De openbare waarschuwing	57
2.3	Openbaarmaking van een boetebesluit	58
2.4	Openbaarmaking van een last onder dwangsom	60
2.5	De spoedpublicatie van sanctiebesluiten	60
2.6	De feitelijk leidinggevende en medepleger	61
3	**Het karakter van de publicatie: straf of waarschuwing?**	**63**
3.1	Inleiding	63
3.2	De verschillende standpunten	63
3.2.1	Criteria voor een criminal charge	63
3.2.2	De wetgever: waarschuwing	64
3.2.3	De literatuur: criminal charge	64
3.2.4	De rechter: waarschuwing	67
3.3	Reflectie: toepasselijkheid van artikel 6 EVRM	68
3.4	De aan de rechtsbescherming te stellen eisen	70
4	**Bestaande rechtsbescherming tegen naming en shaming**	**73**
4.1	Inleiding	73
4.2	De openbare waarschuwing	73
4.3	De publicatie van een bestuurlijke boete	75
4.3.1	Toetsing in een voorlopigevoorzieningsprocedure	76
4.3.2	De bezwaarprocedure	81
4.3.3	De beroep- en hoger beroepsprocedure	82
4.4	De publicatie van een last onder dwangsom	86
4.5	Spoedpublicatie van sanctiebesluiten	88
4.6	Procedurele waarborgen	88
4.7	De derdebelanghebbende	89

* Annechien Beijering-Beck is advocaat te Amsterdam bij Houthoff Buruma. Zij dankt Vincent Affourtit, Lex Michiels en Janine Verweij voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van dit preadvies.

4.8 Herstel van onterechte publicatie 91
4.8.1 Rectificatie 91
4.8.2 Schadevergoeding 92

5 De gebreken in de rechtsbescherming tegen publicatie 95
5.1 Inleiding 95
5.2 Belangenafweging 95
5.2.1 Het ontbreken van een belangenafweging: ongewenst en ontoelaatbaar 95
5.2.2 Oplossingen 102
5.3 De automatische publicatie van een last onder dwangsom 105
5.3.1 Ongewenst automatisme van publicatie 105
5.3.2 Oplossing 107
5.4 Conclusie 107

Stellingen 109

1 Inleiding

'AFM legt bestuurlijke boete op aan Mercedes-Benz Financial Services B.V. voor acceptatiebeleid consumptief krediet', zo kopte de website van de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) op 9 juni 2010. De kranten namen deze kop diezelfde dag nog over en mensen die op dat moment geabonneerd waren op de nieuwsberichten van de AFM ontvingen dit bericht direct per mail. Kortom: een groot publiek raakte bekend met de boeteoplegging aan deze instelling, terwijl het besluit waarbij die boete was opgelegd nog niet onherroepelijk was. Er had zelfs nog geen behandeling van bezwaar bij de AFM zelf plaatsgevonden, laat staan behandeling van beroep bij een onafhankelijke rechter.

We hebben hier te maken met een van de meest besproken vormen van naming en shaming: het wettelijke systeem van publicatiemogelijkheden dat is opgenomen in de Wet op het financieel toezicht (Wft). Op grond van deze wet hebben de financiële toezichthouders de AFM en De Nederlandsche Bank (DNB) drie expliciete publicatiemogelijkheden.[1] Het betreft de mogelijkheid om een openbare waarschuwing te geven, een boetebesluit te publiceren en een besluit waarbij een last onder dwangsom is opgelegd te publiceren. Deze mogelijkheden hadden deze toezichthouders ook al onder de voorlopers van de Wft.[2] Anders dan onder die wetten, geldt voor de AFM en DNB sinds de inwerkingtreding van de Wft op 1 januari 2007 niet langer slechts een bevoegdheid om sancties te publiceren, maar de beginselplicht om een sanctiebesluit (een boetebesluit of een besluit waarbij een last onder dwangsom is opgelegd) openbaar te maken. Dit is slechts anders indien openbaarmaking in strijd zou komen met het doel van het toezicht.

Deze beginselplicht tot publicatie heeft in de literatuur de nodige kritiek gekregen. Een onderzoek naar de sinds 2007 verschenen jurisprudentie laat zien dat ook de Rechtbank Rotterdam, die in Wft-geschillen exclusief bevoegd is,[3] en de voorzieningenrechter van die rechtbank lijken te worstelen met deze beginselplicht en de ruimte om daarvan af te wijken. Dit roept de vraag op of de wetgever er goed aan heeft gedaan om aan de financiële toezichthouders de verplichting op te leggen sanctiebesluiten te publiceren. In dat verband rijst ook de vraag of het moment waarop deze sanctiebesluiten behoren te worden gepubliceerd juist en logisch is.

---

1 De AFM heeft ook handhavingsbevoegdheden op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), naast de bevoegdheden op grond van de Wft. Deze vallen buiten het bestek van dit preadvies. Voor de handhavingsbevoegdheden op grond van de Whc, die grotendeels aan de Consumentenautoriteit toekomen, wordt verwezen naar het preadvies van B.R.J. de Haan en M.C.T.M. Soggeregger in deze uitgave.

2 De Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995), de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (Wtv 1993) en de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992).

3 Op grond van art. 1:110 Wft is de Rechtbank Rotterdam exclusief bevoegd in beroepsprocedures inzake Wft geschillen.

Na een korte introductie van de verschillende publicatiebevoegdheden en -verplichtingen (hoofdstuk 2), wordt in hoofdstuk 3 bezien of de publicatie van overtredingen en sanctiebesluiten moet worden aangemerkt als een *criminal charge* (een bestraffende sanctie) in de zin van artikel 6 EVRM en zo ja, welke eisen in dat geval aan de wettelijke publicatieverplichting dienen te worden gesteld. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 de rechtsbescherming besproken die momenteel openstaat tegen de publicatie van een genomen sanctiebesluit of de openbare waarschuwing. Daarbij ligt het accent op de publicatie van sanctiebesluiten, omdat daarvoor een beginselplicht tot publicatie geldt.

Aan de hand van de bevindingen over het karakter van de publicatie en aan de hand van de verschenen rechtspraak, wordt in hoofdstuk 5 beoordeeld of de beginselplicht tot publicatie van sanctiebesluiten voldoende ruimte biedt voor een afweging van de belangen die een rol spelen bij deze publicatie. Bovendien wordt ingegaan op de vraag of het moment waarop de publicatie van de last onder dwangsom plaatsvindt voldoende recht doet aan de belangen van de betrokken instelling of persoon.

2 Publicatiemogelijkheden en -verplichtingen van de AFM en DNB

2.1 Inleiding

Hierna zal, ter introductie op de bespreking van het karakter van de publicatie en de rechtsbescherming tegen publicatie, een korte inleiding worden gegeven op de verschillende publicatiemogelijkheden en -verplichtingen van de toezichthouders.[4]

Voor inwerkingtreding van de Wft beschikten de AFM en DNB slechts over een discretionaire bevoegdheid om tot openbaarmaking van sanctiebesluiten en tot het geven van een openbare waarschuwing over te gaan. Indien bij overtreding van bepaalde voorschriften een bestuurlijke boete of last onder dwangsom werd opgelegd, konden de toezichthouders besluiten het feit waarvoor de boete was opgelegd of het overtreden voorschrift en de naam, het adres en de woonplaats van degene aan wie de boete of de dwangsom was opgelegd, te publiceren. Deze bevoegdheid werd in artikel 48m Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995) geclausuleerd door de bepaling dat deze bevoegdheid slechts gold 'met het oog op een adequate functionering van de effectenmarkten of de positie van de beleggers op die markten'. De openbare waarschuwing van overtredingen was in die wet geregeld in artikel 48n en diende 'ter bevordering van de naleving van de wet'.

Met de inwerkingtreding van de Wft op 1 januari 2007 zijn de publicatiebevoegdheden van de AFM en DNB uitgebreid en is ten aanzien van sanctiebesluiten (de boete en de last onder dwangsom) een beginselplicht tot publicatie geïntroduceerd. De titel van afdeling 1.5.2 van de Wft, die luidt 'Publicatiemogelijkheden van de toezichthouders', dekt, gelet op het verplichte karakter van de openbaarmaking van sanctiebesluiten, dan ook niet de lading van deze afdeling. Slechts ten aanzien van de openbare waarschuwing beschikken de AFM en DNB over een 'mogelijkheid'.

2.2 De openbare waarschuwing

Artikel 1:94 Wft biedt aan de AFM en DNB de mogelijkheid om een openbare waarschuwing uit te vaardigen indien sprake is van een overtreding van een verbods-

4 Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat met het begrip 'toezichthouders' wordt gedoeld op de toezichthouders in de zin van art. 1:1 Wft en niet in de zin van afd. 5.2 van de Awb.

bepaling of een limitatief aantal andere bepalingen.[5] Deze waarschuwing vindt derhalve al plaats voordat een sanctie is opgelegd.

De openbare waarschuwing betreft uitdrukkelijk een discretionaire bevoegdheid van de toezichthouders. De reden hiervoor heeft de wetgever gevonden in de sector waarop het toezicht betrekking heeft.[6] Volgens de wetgever zal het in geval van een openbare waarschuwing gaan om een feit dat voldoende ernstig is om het niet ongemoeid te laten door af te zien van handhavend optreden. Het is dan ook niet de bedoeling dat de waarschuwing in de plaats gaat treden van het handhavend optreden van de toezichthouders. In de praktijk zal het echter vaak bij een openbare waarschuwing blijven, omdat de overtredingen waarvoor de openbare waarschuwing mogelijk is gemaakt, doorgaans betrekking hebben op illegale buitenlandse instellingen waartegen de AFM en DNB niet handhavend kunnen optreden. Zij kunnen slechts een melding doen bij de lidstaat waarin de instelling is gevestigd.

Het uitvaardigen van een openbare waarschuwing staat los van het handhavend optreden dat daarop kan volgen. Het is dan ook mogelijk dat eerst een openbare waarschuwing wordt gegeven naar aanleiding van een overtreding en vervolgens een boete of last onder dwangsom wordt opgelegd, die eveneens wordt gepubliceerd.[7]

De AFM heeft sinds de invoering van de Wft ongeveer twintig openbare waarschuwingen gegeven.[8] Deze hadden veelal betrekking op de praktijken van zogenaamde *boiler rooms*.[9] DNB heeft nog geen gebruik gemaakt van de publicatiebevoegdheid die artikel 1:94 Wft biedt.

2.3 Openbaarmaking van een boetebesluit

Een tweede openbaarmakingsmogelijkheid van de AFM en DNB betreft de publicatie van een door hen genomen boetebesluit door middel van het plaatsen van dat besluit op hun website en/of het uitbrengen van een persbericht.

In de Wft is onderscheid gemaakt tussen de publicatie van boetes die voor lichte respectievelijk voor zware overtredingen zijn opgelegd. Voor beide gevallen geldt

5 Het betreft de overtreding van art. 1:58, tweede lid, 1:58a, tweede lid, 1:58b, tweede lid, 1:58c, derde lid, 1:59, tweede lid, 1:67, eerste lid, 1:77, eerste lid, derde volzin, 4:4, eerste lid, of 4:4a Wft.

6 De financiële sector betreft naar het oordeel van de wetgever een sector waarin risico's bewust door beleggers worden aanvaard, waaruit volgt dat het toezicht op deze sector beperkter van aard is dan in andere sectoren. Daarom mag het publiek er niet zonder meer van uitgaan dat een openbare waarschuwing zal worden gegeven, aldus de wetgever. *Kamerstukken II* 1989/90, 21 038, nr. 8, p. 9 (nota van wijziging bij de Wte 1995).

7 In dergelijke situaties dient de toezichthouder echter wel in de publicatie van het sanctiebesluit duidelijk te maken dat de openbare waarschuwing betrekking had op dezelfde overtreding. Dit om te voorkomen dat bij het publiek de indruk ontstaat dat de betrokken instelling of persoon twee overtredingen heeft begaan, zie *Kamerstukken II* 2005/06, nr. 19, p. 417 en 421.

8 Zie www.afm.nl.

9 Boiler room is de verzamelnaam voor frauduleuze personen en organisaties die ongevraagd consumenten in Nederland beleggingsdiensten aanbieden of buitenlandse beleggers vertellen gevestigd te zijn in Nederland, terwijl zij niet beschikken over een AFM-vergunning of een Europees paspoort.

echter in beginsel de verplichting om tot publicatie van de opgelegde boete over te gaan.

Op grond van artikel 1:97 Wft dient de toezichthouder een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete direct (dat wil zeggen vijf werkdagen na bekendmaking van het boetebesluit) openbaar te maken indien de boete is opgelegd wegens een zware overtreding.[10] In het artikel is bepaald in welke gevallen sprake is van een zware overtreding. Het gaat daarbij onder meer om de overtreding van verbodsbepalingen uit de Wft, waaronder het werkzaam zijn zonder vereiste vergunning, en bepalingen waarvoor op grond van artikel 1:81 Wft een boete voor tarief 2 of 3 kan worden opgelegd.[11] Van publicatie kan slechts worden afgezien indien deze in strijd komt met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht. Van deze mogelijkheid maakt vooral DNB gebruik, omdat het gelet op de aard van het door haar uit te oefenen prudentiële toezicht,[12] vaak ongewenst is om het publiek in kennis te stellen van het feit dat DNB handhavend heeft opgetreden tegen een bepaalde partij. Het toezicht van DNB heeft stabiliteit tot doel en derhalve belang bij rust op de financiële markt.[13] Hierdoor vindt openbaarmaking in de praktijk vrijwel alleen door de AFM plaats. DNB heeft tot op heden slechts tweemaal een boetebesluit openbaar gemaakt en zesmaal besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom gepubliceerd.

Voor alle boetes, en derhalve ook voor boetes die wegens lichte overtredingen zijn opgelegd, geldt op grond van artikel 1:98 Wft dat openbaarmaking van het boetebesluit dient plaats te vinden nadat het besluit rechtens onaantastbaar is geworden. Op dat moment staat vast dat de boete terecht is opgelegd. Ook deze publicatiemogelijkheid betreft een verplichting waarvan slechts kan worden afgeweken indien openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de wet. Dit betreft – evenals het hiervoor besproken vierde lid van artikel 1:97 Wft – de zogenaamde 'tenzij-clausule'. Een boete wegens een zware overtreding zal gelet op de artikelen 1:97 en 1:98 Wft derhalve in beginsel tweemaal worden gepubliceerd: eerst op het moment dat de boete wordt opgelegd en vervolgens nadat het besluit rechtens onaantastbaar is. Volgens de voorzieningenrechter kan in bepaalde gevallen aanleiding bestaan om de vroegtijdige publicatie op grond van artikel 1:97 Wft mede aan te merken als publicatie overeenkomstig artikel 1:98 Wft, bijvoorbeeld in de situatie dat bewust wordt afgezien van het maken van bezwaar of het ingediende bezwaar wordt ingetrokken met het oog op het voorkomen van een tweede publicatie.[14]

---

10 In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd deze vroegtijdige publicatie voor alle boetebeschikkingen in de wet voorgeschreven. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 420-421.

11 Voor boetecategorie 2 en 3 geldt een flexibele boetesystematiek met een wettelijk maximum van respectievelijk € 1.000.000 en € 4.000.000.

12 Het prudentiële toezicht richt zich op de soliditeit van financiële ondernemingen en draagt bij aan de stabiliteit van de financiële sector.

13 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19 p. 421 en het Handhavingsbeleid van de AFM en DNB (www.afm.nl).

14 Vzr. Rb. Rotterdam 7 december 2010, JOR 2011, 117, m.nt. De Groot.

2.4 Openbaarmaking van een last onder dwangsom

De openbaarmaking van een last onder dwangsom is geregeld in artikel 1:99 Wft. Dit artikel is van toepassing op ieder besluit waarbij een last onder dwangsom is opgelegd, ongeacht de overtreding waarop deze betrekking heeft. Voor de last onder dwangsom geldt evenals voor een boete die is opgelegd voor een van de overtredingen als genoemd in de artikelen 1:97 Wft en 1:98 Wft, dat deze in beginsel dient te worden gepubliceerd, tenzij openbaarmaking in strijd komt met het doel van het toezicht (de hiervoor besproken tenzij-clausule).

De last onder dwangsom mag pas worden gepubliceerd nadat de dwangsom is verbeurd. De overtreder heeft tijdens de begunstigingstermijn gelegenheid om aan de last te voldoen. Gebeurt dit niet, dan kondigt de toezichthouder in beginsel aan dat tot publicatie zal worden overgegaan. In de praktijk kan ook worden verzocht om de begunstigingstermijn enigszins te verlengen om meer tijd te krijgen om aan de last te voldoen en daarmee te voorkomen dat de last onder dwangsom openbaar wordt gemaakt.

2.5 De spoedpublicatie van sanctiebesluiten

Tot slot is in artikel 1:100 Wft bepaald dat de toezichthouders in uitzonderingsgevallen direct kunnen overgaan tot publicatie van de opgelegde bestuurlijke boete of last onder dwangsom. Indien de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen uitstel toelaten, mag onverwijld tot openbaarmaking van het boetebesluit of de last onder dwangsom worden overgegaan.

Uit de toelichting op de Wft volgt dat een dergelijk spoedeisend belang bijvoorbeeld aan de orde is indien de toezichthouder het publiek wil waarschuwen tegen activiteiten van illegale ondernemingen, waarbij valt te denken aan ondernemingen die zodanig opereren dat binnen korte tijd gelden worden aangetrokken met het risico dat de betrokkenen deze gelden nooit meer terug zien. Ook kan worden gedacht aan ondernemingen die bijvoorbeeld producten of diensten aanbieden die in het geheel niet bestaan (zoals aandelen van niet bestaande vennootschappen) en gebruik maken van moeilijk te traceren kanalen als internet, telefoon of advertenties in dagbladen.[15]

Gelet op het uitzonderlijke karakter van deze mogelijkheid, zullen de AFM en DNB daarvan niet snel gebruik maken. Indien zij dit wel doen, zullen zij aan zware motiveringseisen moeten voldoen. Voor zover bekend is tot op heden nog nooit een spoedpublicatie gedaan. Onder de Wte 1995 heeft slechts eenmaal een spoedpublicatie plaatsgevonden.[16]

15 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 420.
16 Zie www.afm.nl. In die spoedwaarschuwing werden beleggers gewaarschuwd om niet in te gaan op aanbiedingen van effectendiensten van een bepaalde onderneming.

2.6 De feitelijk leidinggevende en medepleger

In verband met de publicatie van sanctiebesluiten is relevant te vermelden dat met de inwerkingtreding van de Vierde Tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op 1 juli 2009 in artikel 5:1 Awb het begrip overtreder is uitgebreid tot de medepleger en de opdrachtgever/feitelijk leidinggevende. Dit betekent dat sancties die aan deze plegers zijn opgelegd ook op grond van de Wft kunnen worden gepubliceerd.

Onder medeplegen wordt verstaan de situatie dat twee of meer personen gezamenlijk een delict plegen, waarbij niet is vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict vervullen. Wel moet sprake zijn van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering.[17] Van feitelijk leidinggeven aan een verboden gedraging van een rechtspersoon is ook sprake indien de functionaris maatregelen ter voorkoming van die gedraging achterwege laat, hoewel hij tot het nemen daarvan bevoegd en gehouden is en hij bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedraging zich zal voordoen.[18] Een bestuurlijke boete kan aan een feitelijk leidinggevende worden opgelegd *naast* of *in plaats van* een boete aan de overtredende rechtspersoon.

Met de introductie van de feitelijk leidinggevende en opdrachtgever is de bestaande rechtspraak[19] gecodificeerd en is een (algemene) wettelijke grondslag voor sanctionering van deze (rechts)personen in de Awb opgenomen. In artikel 5:1, derde lid, Awb is expliciet verwezen naar artikel 51 Wetboek van Strafrecht (Sr), waarin is bepaald dat behalve tegen de rechtspersoon ook strafvervolging kan worden ingesteld tegen de opdrachtgever van en de feitelijk leidinggever aan de verboden gedraging.[20]

Het opleggen van een boete aan een feitelijk leidinggevende moet overigens worden onderscheiden van de oplegging van een boete aan natuurlijke personen voor hun *eigen handelen*. Dit was altijd al mogelijk, aangezien een groot aantal bepalingen in de Wft van toepassing is op 'een ieder' en daarmee zowel op instellingen als natuurlijke personen.[21]

Sinds 1 juli 2009, het moment van de inwerkingtreding van de Vierde Tranche, hebben de AFM en DNB nog geen sancties op grond van de Wft opgelegd aan feitelijk leidinggevenden, opdrachtgevers of medeplegers.[22]

---

17 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 79, waarin is verwezen naar HR 17 november 1981, NJ 1983, 84, m.nt. Van Veen.

18 Zie HR 19 november 1985, NJ 1986, 125 en 126, beide m.nt. 't Hart en HR 16 december 1986, NJ 1987, 321, m.nt. 't Hart.

19 In de rechtspraak werd art. 51 Sr naar analogie toegepast, zie Vzr. ABRvS 24 februari 1984, *AB* 1984, 480, m.nt. Otten en ABRvS 22 maart 1995, *AB* 1995, 538, m.nt. Michiels.

20 In het Handhavingsbeleid van de AFM wordt opgemerkt dat niet altijd de directeur van een instelling als feitelijk leidinggevende of opdrachtgever zal worden aangemerkt. Er vindt een inhoudelijke beoordeling van het feitelijk handelen plaats aan de hand waarvan wordt beoordeeld of is voldaan aan de vereisten van art. 51 Sr. Zie www.afm.nl.

21 Zo werden natuurlijke personen reeds beboet indien zij bijvoorbeeld hadden gehandeld op basis van voorwetenschap en werden bestuurders en commissarissen al beboet wegens schending van de op hen rustende meldingsplichten (zie bijvoorbeeld art. 5:48, zesde en zevende lid, Wft).

22 Wel heeft de AFM op grond van de Whc in december 2010 voor het eerst een boete aan een feitelijk leidinggevende opgelegd en gepubliceerd.

3 Het karakter van de publicatie: straf of waarschuwing?

3.1 Inleiding

Voor de beantwoording van de vraag of er voldoende rechtsbescherming bestaat tegen een openbare waarschuwing en publicatie van sanctiebesluiten, is van belang wat het karakter van de publicatie is. Moet de publicatie worden aangemerkt als een *criminal charge* of enkel als een waarschuwing aan het publiek, die wellicht als een bestraffende sanctie wordt ervaren, maar geen *criminal charge* is?[23]

Indien de openbaarmaking moet worden aangemerkt als een *criminal charge*, dan moet zijn voldaan aan de waarborgen die zijn opgenomen in artikel 6 EVRM. Het eerste lid van dit artikel is van toepassing op alle besluiten die de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen inhouden, ongeacht of het een *criminal charge* betreft of niet. Het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM, waarin bepaalde eisen aan de rechtsbescherming worden gesteld, zijn alleen van toepassing op besluiten die als een *criminal charge* moeten worden aangemerkt.

3.2 De verschillende standpunten

3.2.1 Criteria voor een criminal charge

Om te beoordelen of de publicatie een *criminal charge* is, is volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een drietal criteria van belang. In de eerste plaats is van belang hoe de sanctie naar nationaal recht is geclassificeerd. Wanneer de sanctie naar nationaal recht is ondergebracht in het strafrecht, vormt dat een sterke aanwijzing dat sprake is van een *criminal charge*. Het tweede criterium betreft de aard van de overtreding. Voor dit criterium is van belang tot wie de norm zich richt. Als dit bijvoorbeeld een specifieke beroepsgroep is, valt de sanctie onder het tuchtrecht en wordt de sanctie niet als een *criminal charge* aangemerkt. Indien de norm zich tot een algemene categorie richt, kán de aard van de overtreding criminal zijn. Het derde criterium is de aard en zwaarte van de sanctie. Relevant is of van de sanctie een afschrikwekkende werking uitgaat en of het karakter van de sanctie punitief is. Hoewel dit niet met zoveel woorden

23 Het begrip *criminal charge* dat voor toepassing van het tweede en derde lid van art. 6 EVRM wordt gehanteerd, is ruimer dan het begrip bestuurlijke sanctie dat is opgenomen in art. 5:2 Awb. Om te kunnen spreken van een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM is dan ook niet noodzakelijk dat is voldaan aan de criteria in art. 5:2 Awb, waaronder het vereiste dat de sanctie een verplichting of een geheel of gedeeltelijk onthouden aanspraak dient in te houden.

volgt uit de rechtspraak van het EHRM, wordt in de literatuur aangenomen dat met de term punitief wordt gedoeld op leedtoevoeging.[24]

3.2.2 De wetgever: waarschuwing

De wetgever meent dat de openbaarmaking van overtredingen en sanctiebesluiten uitsluitend dient om het publiek te waarschuwen, waarbij tevens zichtbaar wordt dat de toezichthouder daadwerkelijk optreedt tegen wetsovertredingen (generale preventie).[25] Daaraan heeft de wetgever toegevoegd dat niet relevant is hoe een maatregel wordt ervaren. 'Wat wel uitmaakt is hoe de wetgever het bedoelt en hoe een en ander door bijvoorbeeld de rechter zal worden geïnterpreteerd.'[26]

Door de Raad van State is aan de orde gesteld dat er reden kan zijn om publicatie van boetes voor zover zij leedtoevoeging als oogmerk heeft, wel als punitieve sanctie aan te merken en wel als bijkomende maatregel. Daarnaast is aandacht gevraagd voor de situatie waarin publicatie niet plaatsvindt direct bij of kort na het constateren van de overtreding en het eventueel opleggen van een sanctie: 'Naarmate er meer tijd is verstreken voordat wordt overgegaan tot publicatie, zou het oogmerk van het waarschuwen van het publiek aan betekenis kunnen hebben verloren en ontstaat aanleiding voor het vermoeden dat leedtoevoeging wél een oogmerk zou kunnen zijn van de publicatie', aldus de Raad van State.[27]

De regering heeft echter vastgehouden aan het standpunt dat geen sprake is van een *criminal charge*, omdat de publicatie geen punitief oogmerk heeft: publicatie zal worden ingezet als instrument om partijen op de financiële markten tegen bepaalde overtredingen te waarschuwen. Daarbij is wel opgemerkt dat een waarschuwing niet onnodig lang op zich mag laten wachten, maar dat er van het verstrijken van tijd tussen het opgelegde besluit en de waarschuwing geen sprake zal zijn doordat de waarschuwing aan het boete- of last onder dwangsombesluit is gekoppeld.[28] De regering lijkt daarmee uit het oog te hebben verloren dat de publicatie op grond van artikel 1:98 Wft pas plaatsvindt nadat het boetebesluit onaantastbaar is, wat ook pas enkele jaren na oplegging van de boete het geval kan zijn, omdat de betrokkene een beroeps- en eventueel hogerberoepsprocedure tegen het boetebesluit heeft gevoerd.

3.2.3 De literatuur: criminal charge

In de literatuur is deze toelichting van de wetgever veelvuldig bekritiseerd.[29] Zo wordt het opmerkelijk geacht dat de openbaarmaking zo plotseling van kleur is verschoten met de invoering van de Wft. De openbare waarschuwing werd onder de Wte 1995 uitdrukkelijk als een punitieve sanctie aangemerkt: 'Daarom is het sanctionerend karakter van de bevoegdheid nu uitdrukkelijk in de bepaling verwoord en wordt de bepaling opgenomen in een zelfstandig hoofdstuk. (...) Ook

24 C.L.G.F.H. Albers, *Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn?* Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 100.
25 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 18.
26 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 18.
27 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 29.
28 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 20, p. 30-31.
29 Zie bijvoorbeeld A.M.P.J.H. Sauvé, *Naming and shaming*, Zutphen: Paris 2010, p. 26-28 en 37-39; D.R. Doorenbos, *Naming & shaming*, Deventer: Kluwer 2007, p. 71 e.v. en F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming in het markttoezicht', in NTB 2007, 16, p. 89 e.v. (Michiels 2007b).

met het sanctionerend karakter lijkt het passend om aan de bevoegdheid enkele bepalingen toe te voegen ter bescherming van degene wiens handelen of nalaten openbaar wordt gemaakt (...).'[30] De openbare waarschuwing werd onder de Wte 1995 bovendien aangeduid als een 'zeer nuttig handhavingsmiddel' omdat de openbaarmaking 'de goede naam van de betrokken instelling zal schaden, terwijl een goede naam voor instellingen die werkzaam zijn op de financiële markten juist van het grootste belang is'.[31]

Het karakter van de publicatie van boetebesluiten onder de Wte 1995 is niet zo uitdrukkelijk in de parlementaire geschiedenis aan de orde gekomen als de hiervoor besproken openbare waarschuwing. Wel kan het sanctionerende karakter van die openbaarmaking worden afgeleid uit uitlatingen van de voorzitter van de AFM (destijds STE) in 2000: 'U kunt zich wel voorstellen dat publicatie van het feit dat aan instelling X ter zake van overtreding Y een bepaalde boete Z is opgelegd, zo ongeveer de zwaarste sanctie is. Hierom zal de STE ook deze bevoegdheid aanvullend gebruiken. Wil de STE waarschuwen, dan zal zij in duidelijke bewoordingen een openbare waarschuwing geven, wil zij daarnaast nog straffen, dan zal zij de opgelegde boete publiceren.'[32]

Gelet op deze uitspraak van de voorzitter van de AFM, is het op zijn minst opmerkelijk dat in 2006 in de rechtspraak de publicatie van sanctiebesluiten onder de Wte 1995 niet als een sanctie is aangemerkt. Naar het voorlopig oordeel van het Hof Amsterdam was het doel van publicatie van het sanctiebesluit, ondanks het feit dat mogelijkerwijs reputatieschade werd geleden en de publicatie werd ervaren als straf, niet bestraffing maar waarschuwing, zodat door publicatie niet tweemaal een punitieve maatregel werd getroffen ten aanzien van een en dezelfde overtreding.[33] Kort daarna deed de bestuursrechter een vergelijkbare uitspraak, waarin werd overwogen dat openbaarmaking van een boete het oogmerk en karakter van een uitdrukkelijke waarschuwing aan het publiek heeft.[34]

Sauvé merkt op dat het wonderlijk is dat hetzelfde instrument nu onder de Wft geen sanctie meer is omdat de wetgever zijn doelstelling heeft gewijzigd, terwijl er nog steeds hetzelfde gebeurt: bekendmaking van overtredingen met de naam van de overtreder.[35] Doorenbos is stelliger en meent dat de ommezwaai te radicaal is om geloofwaardig te zijn. Het karakter van de publicatie kan naar zijn oordeel niet 'met een pennenstreek' worden gewijzigd van repressief en afschrikwekkend naar louter waarschuwend.[36] De plotselinge wijziging roept de vraag op of het karakter daadwerkelijk is gewijzigd of dat deze wijziging en de stellige toelichting van de wetgever daarop wellicht is ingegeven door de wens om te ontkomen aan toepassing van de waarborgen van artikel 6 EVRM.

Naar het oordeel van Doorenbos is openbaarmaking een punitieve sanctie, omdat deze wel degelijk leedtoevoeging tot effect heeft en tevens een afschrikwekkend

30 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 373, nr. 3, p. 4 (memorie van toelichting bij de Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtswetten).
31 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 373, nr. 3, p. 4.
32 A.W.H. Docters van Leeuwen, 'Handhavingsbeleid STE', in: D.R. Doorenbos, *Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving*, Deventer: Kluwer 2000, p. 23-30.
33 Hof Amsterdam 9 februari 2006, *JOR* 2006, 104, m.nt. Roth onder *JOR* 2006, 105.
34 Rb. Rotterdam 27 februari 2006, *JOR* 2006, 105, m.nt. Roth, herhaald in Rb. Rotterdam 24 april 2006, *JOR* 2006, 185, m.nt. Van der Plas.
35 Sauvé, 2010, p. 38-39.
36 Doorenbos 2007, p. 78.

effect heeft. Hij meent dat de openbaarmaking zozeer verknoopt is met het sanctiebesluit, dat artikel 6 EVRM van toepassing is.[37] Het leedtoevoegende karakter van de publicatie geldt naar zijn oordeel in het bijzonder voor de publicatie op grond van artikel 1:98 Wft, omdat de overtreding waarvoor de sanctie is opgelegd na het onherroepelijk worden van het boetebesluit, in bepaalde gevallen pas na de hogerberoepsprocedure, soms lang daarvoor heeft plaatsgevonden, terwijl de handelwijze van de beboete partij al is aangepast.[38] Om die reden meent Doorenbos dat openbaarmaking pas kan plaatsvinden nadat de schuld in rechte is komen vast te staan. Publicatie voor die tijd zou naar zijn oordeel in strijd komen met de in artikel 6 EVRM opgenomen onschuldpresumptie.[39] Doorenbos wijst ook op het feit dat openbaarmaking van een (onherroepelijke) rechterlijke uitspraak in het strafrecht als een bijkomende straf geldt die de rechter in bepaalde gevallen kan opleggen (artikel 9, eerste lid, Sr). Volgens Doorenbos onderscheidt de publicatie van de boete zich niet wezenlijk van de openbaarmaking van een rechterlijke uitspraak.[40]

Ook Sauvé meent dat het publiceren van sanctiebeschikkingen en overtredingen een belastende maatregel als reactie op de niet-naleving is, omdat de reputatie van de overtreder door de publicatie wordt geschaad en de publicatie het gevolg is van het overtreden van de voorschriften. Beide publicaties zijn naar het oordeel van Sauvé aan te merken als sancties en wel als bestraffende sancties. Reden hiervoor is naar haar mening dat het publiceren van overtredingen niet is gericht op het in overeenstemming brengen van de situatie met de geldende norm of het herstellen van de rechtsorde en dus niet van een herstelsanctie kan worden gesproken. Wel wordt de overtreder in een kwaad daglicht gesteld en wordt zijn reputatie geschaad.[41]

Michiels wijst er eveneens op dat er een groot tijdsverloop kan zitten tussen de overtreding en de opgelegde boete. De overtreder kan inmiddels al lang en breed tot inkeer zijn gekomen. Om die reden meent hij dat er weinig reden is om aan de publicatie van een boete een herstelkarakter toe te dichten.[42] Dit ligt naar zijn oordeel gecompliceerder ten aanzien van de publicatie van de last onder dwangsom, omdat het de publicatie van een herstelsanctie betreft. De publicatie kan in dat geval worden gezien als een ondersteuning van deze herstelsanctie. Dit is echter anders indien de publicatie na verbeurte plaatsvindt terwijl de overtreding is beëindigd. In dat geval kan naar zijn oordeel moeilijk aan de kwalificatie punitieve sanctie worden ontkomen omdat van beëindiging of voorkomen van herhaling in dat geval geen sprake meer is.[43]

Rogier sluit zich echter aan bij de toelichting van de wetgever. Hij meent dat openbaarmaking van een overtreding of van een sanctiebesluit geen bestuurlijke sanctie en geen punitieve sanctie is. Dat het veelal een belastende maatregel is als reactie op de niet-naleving van verplichtingen, maakt naar zijn oordeel nog niet

37 Doorenbos 2007, p. 79.
38 Doorenbos 2007, p. 80.
39 Doorenbos 2007, p. 93-94.
40 Doorenbos 2007, p. 85.
41 Sauvé 2010, p. 49.
42 F.C.M.A. Michiels, *Te kijk gezet, Een verkennend onderzoek naar de juridische mogelijkheden en beperkingen van instrumentele openbaarmaking van inspectiegegevens, met name door middel van 'naming and shaming', in het bijzonder voor enkele beleidsterreinen van het ministerie van Verkeer en Waterstaat*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007, p. 50 (Michiels 2007a).
43 Michiels 2007a, p. 50.

dat de reactie ook strekt tot herstel of bestraffing. Hij meent dat openbaarmaking noch een herstelsanctie noch een bestraffende sanctie is.[44]

3.2.4 De rechter: waarschuwing

De wetgever en de literatuur verschillen op dit punt duidelijk van mening. De rechter heeft zich inmiddels ook enkele keren over het karakter van de openbaarmaking op grond van de Wft uitgelaten en zich aangesloten bij het standpunt van de wetgever.

De voorzieningenrechter oordeelt sinds 2008 dat openbaarmaking van de boeteoplegging voordat die onherroepelijk is geworden, niet in strijd is met de onschuldpresumptie omdat publicatie primair is gericht op waarschuwing van de markt en niet op leedtoevoeging.[45] Daarbij is verwezen naar twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam die zijn gewezen onder de Wte 1995.[46] 'Dat openbaarmaking als een bijkomende straf wordt gevoeld maakt die maatregel niet reeds om die reden een bestraffende sanctie', aldus de voorzieningenrechter.

In 2010 stond voor het eerst de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op de publicatie in beroepsprocedures ter discussie. De Rechtbank Rotterdam overwoog echter dat de vraag of een vroegtijdige publicatie op grond van artikel 1:97 Wft als een sanctie moet worden aangemerkt in het midden kon worden gelaten, nu voorafgaand aan die publicatie de mogelijkheid heeft bestaan om een voorlopige voorziening te vragen 'welke voldoet aan de eisen van artikel 6, eerste lid, EVRM. Dat de wet het kader aangeeft waarbinnen uitzonderingen op de algemene publicatieplicht moeten worden gevonden, maakt dit niet anders'.[47] De Rechtbank Rotterdam verwijst daarbij naar de rechtspraak van de voorzieningenrechter ten aanzien van vroegtijdige publicatie op grond van artikel 1:97 Wft. Naar het oordeel van de rechtbank volgt uit die rechtspraak dat de rechter 'full jurisdiction' toekomt met betrekking tot de vragen die leiden tot de boeteoplegging zelf, die de grondslag vormt voor publicatie. Daar voegt de rechtbank aan toe: 'Indien de vroegtijdige publicatie als een bestraffende sanctie moet worden aangemerkt, dan heeft voorts te gelden dat het ne bis in idem-beginsel niet in de weg staat aan de handhaving van de onlosmakelijk met de openbaarmaking verbonden bestuurlijke boete.'

De bodemrechter heeft zich kennelijk niet willen uitlaten over het karakter van de publicatie. Hij laat dit expliciet in het midden met de overweging dat die vraag niet relevant is omdat hoe dan ook is voldaan aan het in artikel 6, eerste lid, EVRM opgenomen vereiste dat sprake moet zijn van een full jurisdiction en het ne bis in idem-beginsel (artikel 6, derde lid, EVRM) niet aan publicatie in de weg staat.

---

44 L.J.J. Rogier, 'De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht', in: *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (VAR-reeks nr. 138), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 32-33. Zie ook R. Stijnen, 'Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders', NJB 2008, 169, p. 211. In het preadvies van B.R.J. de Haan en M.C.T.M. Sonderegger in deze uitgave wordt eveneens dit standpunt ingenomen.

45 Vzr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, JOR 2008, 274, m.nt. Hoff, herhaald in Vzr. Rb. Rotterdam 2 juli 2009, JOR 2009, 262.

46 Rb. Rotterdam 24 april 2008, JOR 2008, 185, m.nt. Van der Plas en 10 oktober 2006, JOR 2007, 15, m.nt. Frielink.

47 Rb. Rotterdam 8 april 2010, JOR 2010, 158, m.nt. Voerman onder JOR 2010, 159, herhaald in Rb. Rotterdam 22 juli 2010, JOR 2010, 273, m.nt. Hoff.

Daarmee is echter nog niet gezegd dat ook is voldaan aan de andere vereisten die worden gesteld in artikel 6 EVRM, waaronder de onschuldpresumptie, terwijl juist de onschuldpresumptie van bijzonder belang lijkt te zijn voor de publicatie van overtredingen en sanctiebesluiten op grond van de Wft.

De voorzieningenrechter heeft de discussie over strijdigheid van de openbaarmaking op grond van de Wft met de onschuldpresumptie willen afdoen met een enkele verwijzing naar de mogelijkheid om schorsing van publicatie te vragen. Nog afgezien van de vraag of de toetsing door de voorzieningenrechter als een 'full jurisdiction' kan worden aangemerkt, maakt de mogelijkheid van het vragen van een voorlopige voorziening nog niet dat publicatie in overeenstemming is met de onschuldpresumptie. Ik kom hier in hoofdstuk 5 op terug.

3.3 Reflectie: toepasselijkheid van artikel 6 EVRM

De verschillende meningen overziend, neig ik naar het in de literatuur bepleite standpunt dat publicatie van sanctiebesluiten en de openbare waarschuwing moeten worden aangemerkt als een *criminal charge*. Indien de overtreder op het moment van de publicatie de overtreding al heeft beëindigd, bijvoorbeeld omdat hij inmiddels over de benodigde vergunning beschikt, waar moet het publiek dan nog voor worden gewaarschuwd? In dat soort gevallen komt het mij voor dat de waarschuwing die van de publicatie uit zou moeten gaan achterhaald of zelfs zinloos is en de toevoeging van leed (lees reputatieschade) resteert. Dit geldt ook voor een incidentele overtreding waarvoor het publiek niet behoeft te worden gewaarschuwd[48] en eveneens voor de situatie waarin vaststaat dat er forse reputatieschade zal worden geleden die niet in verhouding staat tot het belang bij het informeren van het publiek over een bepaalde overtreding.

Maar ook afgezien van die situaties, lijkt voor alle publicaties te gelden dat zij in meer of mindere mate een punitief karakter hebben. De overtreder zal hoe dan ook in enige mate (reputatie)schade lijden als gevolg van deze openbaarmaking, terwijl hij deze vrijwel nooit vergoed zal kunnen krijgen (waarover meer in paragraaf 4.8). Er vindt derhalve hoe dan ook een bepaalde mate aan leedtoevoeging plaats. Dat deze leedtoevoeging niet het (primaire) oogmerk is van de openbaarmaking, doet daar niet aan af. Terecht merkt Sauvé op dat het feit dat de primaire doelstelling van de wetgever is om het publiek te waarschuwen, niet uitsluit dat van een bestraffende sanctie sprake is.[49]

Het punitieve karakter van de openbaarmaking van overtredingen en sanctiebesluiten wordt duidelijker ingeval deze betrekking heeft op een feitelijk leidinggevende. In de publicatie wordt de naam van de feitelijk leidinggevende die wordt beboet geopenbaard, terwijl de waarschuwing betrekking behoort te hebben op de onderneming waaraan hij leiding geeft. Niet valt in te zien dat het publiek steeds moet worden gewaarschuwd voor de individuele persoon. Het komt mij voor dat

48 Hierbij kan worden gedacht aan het (in één geval) niet voldoende informeren naar de financiële positie bij het aanvragen van krediet. Niet valt in te zien dat het publiek voor een dergelijke overtreding moet worden gewaarschuwd.

49 Sauvé 2010, p. 32. Zie in gelijke zin F.C.M.A. Michiels en B.W.N. de Waard, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijke punitieve sancties*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 12 en Doorenbos 2007, p. 79.

– indien de publicatie inderdaad alleen strekt tot waarschuwing – veelal kan worden volstaan met publicatie van het besluit met vermelding van de naam van de onderneming, zonder de naam van de feitelijk leidinggevende. Indien ondanks anonimisering toch is te herleiden aan wie de boete is opgelegd, dan lijkt het afzien van publicatie meer op zijn plaats.

Daarnaast gaat van de publicatie een afschrikkende werking uit. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de publicatie van een boetebesluit en van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom, nu voor die besluiten een beginselplicht tot publicatie geldt.

Gelet op de afschrikkende werking en het hiervoor besproken punitieve karakter van de publicatie, is voldaan aan het derde criterium om te worden aangemerkt als een *criminal charge*. Voorts is voldaan aan het tweede criterium, nu de Wft zich richt tot een algemene categorie en niet tot een beperkte beroepsgroep.

Aan het eerste criterium is weliswaar niet voldaan, nu de publicatie in het nationaal recht niet is ondergebracht in het strafrecht, maar dit criterium is niet van doorslaggevend belang. De classificatie vormt slechts een aanwijzing en is niet doorslaggevend voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM. Ook de doelstelling van de wetgever is niet bepalend. Indien de doelstelling wel bepalend zou zijn, zou dat betekenen dat de wetgever zelf in de hand heeft of een bepaalde handeling al dan niet als een *criminal charge* moet worden aangemerkt en dient te zijn voldaan aan de waarborgen van artikel 6 EVRM. Dat is uiteraard onwenselijk. Ik meen met Albers dat voor de beoordeling van de openbaarmaking niet blindelings kan worden afgegaan op de doelstelling die de wetgever in de parlementaire behandeling heeft geuit.[50]

De parlementaire geschiedenis bij de Wft komt bovendien dermate gekunsteld over, dat deze naar mijn mening een aanwijzing vormt dat de wetgever heeft willen voorkomen dat artikel 6 EVRM van toepassing is op de publicatie van overtredingen of sanctiebesluiten, zodat die waarborgen niet in de Wft behoefden te worden opgenomen. Bovendien heeft de wetgever bij de totstandkoming van de Wft uit het oog verloren dat een waarschuwend karakter het punitieve karakter van een sanctie niet uitsluit. De openbare waarschuwing en de publicatie van sanctiebesluiten hebben een gemengd karakter, waarbij geldt dat in de ene situatie het waarschuwende karakter de overhand heeft, bijvoorbeeld in geval van een openbare waarschuwing kort na constatering van de overtreding, en in de andere situatie het punitieve karakter overheerst, bijvoorbeeld indien als gevolg van tijdsverloop het waarschuwen van het publiek achterhaald is.

Met andere woorden, de wetgever mag nog zo stellig hebben opgeschreven dat de openbaarmaking uitsluitend ziet op waarschuwing van het publiek, de praktijk geeft wel degelijk aanwijzingen van het tegendeel. Om die reden meen ik dat artikel 6 EVRM wel van toepassing is op besluiten tot het doen van een openbare waarschuwing en tot het publiceren van sanctiebesluiten.

50 Albers 2002, p. 28. Zie ook Michiels en De Waard 2007, p. 12.

3.4 De aan de rechtsbescherming te stellen eisen

Indien wordt aangenomen dat de publicatie van overtredingen en sanctiebesluiten als een *criminal charge* moet worden aangemerkt, dan volgt daaruit dat niet alleen het eerste lid, maar ook het tweede en derde lid van artikel 6 EVRM van toepassing zijn op die publicatie, zodat de publicatie met de daarin opgenomen waarborgen dient te zijn omkleed.

De onschuldpresumptie, op grond waarvan een ieder voor onschuldig moet worden gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan (artikel 6, tweede lid, EVRM) speelt bij naming en shaming een belangrijke rol. Volgens het EHRM brengt de onschuldpresumptie mee dat overheidsfunctionarissen niet voordien mondeling of schriftelijk uitlatingen mogen doen met de strekking dat iemand schuldig is.[51] De onschuldpresumptie verdient in het bijzonder aandacht waar het gaat om de openbare waarschuwing, de vroegtijdige publicatie en de automatische publicatie van de last onder dwangsom zodra een dwangsom is verbeurd. Deze publicaties vinden immers plaats nog voordat de rechter zich over de onderliggende sanctie of vermeende overtreding heeft uitgelaten, terwijl die publicatie een onomkeerbaar karakter heeft.

Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt echter wel een nuancering op dit beginsel. De onschuldpresumptie sluit niet uit dat de tenuitvoerlegging plaatsvindt voordat de rechter onherroepelijk over de schuld van de overtreder heeft beslist. Deze bevoegdheid tot onmiddellijke executie moet echter wel binnen redelijke grenzen worden toegepast, waarbij een rechtvaardig evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen.[52] Met andere woorden: de onschuldpresumptie staat niet aan publicatie voorafgaand aan onherroepelijkheid van een sanctiebesluit in de weg, maar vereist wel dat die publicatie plaatsvindt na een afweging van de betrokken belangen. Ter voorkoming van de vroegtijdige publicatie van een boetebesluit, de publicatie van een last onder dwangsom en de openbare waarschuwing kan een voorlopige voorziening tot schorsing van het publicatiebesluit worden verzocht. Het is echter de vraag of in die procedure voldoende bescherming wordt geboden tegen publicatie die onmiddellijke executie toelaatbaar maakt. Op deze vraag zal in de hoofdstukken 4 en 5 nader worden ingegaan.

Een andere eis die het EVRM (artikel 4, zevende protocol) ten aanzien van een *criminal charge* stelt, is dat dient te zijn voldaan aan het ne bis in idem-beginsel, op grond waarvan een en dezelfde overtreding niet mag leiden tot meer dan één strafvervolging. Dit beginsel komt slechts aan de orde waar het de publicatie van een boetebesluit betreft. De last onder dwangsom is immers een herstelsanctie, geen *criminal charge*, zodat van dubbele bestraffing in dat geval geen sprake kan zijn. Ik zou menen dat publicatie van een boetebesluit niet in strijd is met het ne bis in idem-beginsel. Hoewel de publicatie een zelfstandig besluitonderdeel betreft en daartegen de hier besproken rechtsbescherming dient open te staan, is de publicatie naar mijn mening wel dermate nauw verbonden met de boete, dat deze een uitvloeisel vormt van die sanctie. Om die reden meen ik dat de publicatie, hoewel

51 EHRM 10 februari 1995, NJ 1997, 523, m.nt. Dommering en EHRM 10 mei 2005, nr. 6569/04.
52 EHRM 23 juli 2002, *EHRC* 2002, 88, m.nt. Widdershoven. Zie hierover bijvoorbeeld T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 60.

deze dient te worden aangemerkt als een zelfstandige *criminal charge*, niet in strijd komt met het ne bis in idem-beginsel.

Doorenbos gaat verder en stelt dat de publicatie kan worden gezien als een onderdeel van het zelfde sanctiepakket.[53] Zover zou ik niet willen gaan. Uit die redenering lijkt te volgen dat de publicatie van een herstelsanctie geen *criminal charge* is, hetgeen naar mijn mening wel degelijk het geval kan zijn.[54]

Naast de waarborgen die artikel 6 EVRM aan een *criminal charge* stelt, moet een *criminal charge* ook volgens nationaal recht aan aanvullende eisen voldoen. Het evenredigheidsbeginsel verdient daarbij in het bijzonder aandacht. Dit beginsel is gecodificeerd in het tweede lid van artikel 3:4 Awb. In het eerste lid van dit artikel is voorgeschreven dat een bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen dient af te wegen. Het tweede lid van artikel 3:4 Awb, waarin het evenredigheidsbeginsel is opgenomen, luidt: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.' Het betreft een afweging tussen de geschade belangen en de beoogd gediende belangen.

Voor een *criminal charge* geldt dat de rechter de proportionaliteit van de sanctie indringend ('vol') dient te toetsen. Deze toets heeft betrekking op de hoogte van de sanctie enerzijds en de ernst van de overtreding en mate van verwijtbaarheid anderzijds. Deze eis wordt doorgaans afgeleid uit het vereiste van full jurisdiction dat uit artikel 6 EVRM volgt.[55] Uit de rechtspraak blijkt dat deze volle toetsing plaatsvindt ten aanzien van besluiten tot oplegging van een punitieve sanctie.[56] Publicatiebesluiten die als *criminal charge* moeten worden aangemerkt zouden echter ook vol moeten worden getoetst indien wordt aangenomen dat dit volgt uit het vereiste van full jurisdiction, dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM.

53 Zie eveneens Doorenbos 2007, p. 90.

54 De Rechtbank Rotterdam is eveneens van oordeel dat de publicatie niet in strijd komt met het ne bis in idem-beginsel omdat deze volgens haar 'onlosmakelijk met de boete is verbonden'. Rb. Rotterdam 8 april 2010, *JOR* 2010, 158, m.nt. Voerman onder *JOR* 2010, 159.

55 Zie Barkhuysen en Van Emmerik 2011, p. 63. Anders: Michiels en De Waard 2007, p. 78 e.v.

56 Zie bijvoorbeeld ABRvS 4 juni 1996, *JB* 1996, 172, m.nt. Van der Linden, CRvB 5 november 1998, *AB* 1999, 75, m.nt. Hennekens en CBb 5 april 2005, *AB* 2006, 81, m.nt. Jansen.

4 Bestaande rechtsbescherming tegen naming en shaming

4.1 Inleiding

Hiervoor werd reeds besproken dat tegen een openbare waarschuwing en de publicatie van sanctiebesluiten rechtsbescherming openstaat. De standaard rechtsbescherming ten aanzien van de openbare waarschuwing vloeit rechtstreeks voort uit de wet, nu de openbare waarschuwing in artikel 1:95, eerste lid, Wft expliciet als een besluit is aangemerkt. Hoewel dit ten aanzien van de publicatie van boetebesluiten en dwangsombesluiten niet uit de wet volgt, neemt de Rechtbank Rotterdam aan dat de beslissing om te publiceren als een zelfstandig besluitonderdeel moet worden aangemerkt, zodat hiertegen bezwaar en beroep openstaat. Om die reden is het ook mogelijk om een voorlopige voorziening tot schorsing van de publicatie of openbare waarschuwing te vragen.

Hierna wordt mede aan de hand van de verschenen jurisprudentie besproken welke rechtsbescherming openstaat tegen een besluit tot het geven van een openbare waarschuwing en tegen een besluit(onderdeel) tot het publiceren van een boetebesluit en dwangsombesluit. Daarbij wordt zowel ingegaan op de toetsing door de voorzieningenrechter als op de toetsing door de bodemrechter. Ook wordt stilgestaan bij enkele procesrechtelijke waarborgen waarmee procedures over publicatiebesluiten zijn omkleed, bij de rechtsbescherming die derden ter beschikking staat en tot slot bij de mogelijkheden van een rectificatie en schadevergoeding.

4.2 De openbare waarschuwing

Indien DNB en de AFM bekend zijn met een overtreding die is genoemd in artikel 1:94 Wft, dan kunnen zij een openbare waarschuwing geven met betrekking tot deze overtreding. De toezichthouder dient de betrokkene vooraf in kennis te stellen van zijn voornemen tot het geven van een openbare waarschuwing, onder vermelding van de gronden waarop dit voornemen berust.[57] De betrokkene kan vervolgens een zienswijze inbrengen tegen dit voornemen.

Indien de toezichthouder ondanks de (eventueel) ingebrachte zienswijze toch besluit om een openbare waarschuwing uit te vaardigen, dan stelt hij de vermeende overtreder eerst in kennis van dit besluit. De wetgever heeft het voornemen tot

57 Art. 1:95, eerste lid, Wft. Op grond van het derde lid van dit artikel kan worden afgeweken van de in art. 4:8 Awb opgenomen hoorplicht, indien van de betrokken persoon geen adres bekend is en het adres ook niet met een redelijke inspanning kan worden verkregen.

publicatie uitdrukkelijk als een besluit aangemerkt, waardoor hiertegen rechtsbescherming openstaat.[58] De waarschuwing kan niet eerder plaatsvinden dan nadat vijf werkdagen zijn verstreken na de dag waarop de betrokken (rechts)persoon in kennis is gesteld van het besluit om een openbare waarschuwing uit te vaardigen.[59] Op die manier wordt de betrokken instelling of persoon de mogelijkheid geboden om binnen deze termijn van vijf dagen bezwaar te maken en de voorzieningenrechter te verzoeken om het besluit tot het geven van een openbare waarschuwing te schorsen. Indien bescherming van de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen uitstel van de openbare waarschuwing toelaat, kunnen de toezichthouders onverwijld na het nemen van het besluit (en de kennisgeving daarvan) een openbare waarschuwing uitvaardigen zonder de termijn van vijf dagen af te wachten.[60]

Vooralsnog is er slechts eenmaal door de voorzieningenrechter een uitspraak gedaan over een besluit tot het geven van een openbare waarschuwing.[61] Het betrof een openbare waarschuwing wegens overtreding door verzoeksters van het handelen zonder de daarvoor vereiste vergunning (artikel 2:60 en 2:80 Wft). De voorzieningenrechter zag geen reden om het besluit tot het geven van een openbare waarschuwing te schorsen, omdat verzoeksters ook na de afwijzing van de vergunningaanvraag waren voortgegaan met het verrichten van bemiddelingsactiviteiten, terwijl de eerder gewraakte voorfinanciering niet was gestaakt. Om die reden werd het niet onredelijk geacht dat de AFM had besloten een openbare waarschuwing te geven. Deze uitspraak laat zien dat de toetsing van een besluit tot het geven van een openbare waarschuwing een marginale is gelet op het discretionaire karakter van de openbare waarschuwing.

Voor het doen van een verzoek om een voorlopige voorziening is op grond van artikel 8:81 Awb noodzakelijk dat er bezwaar is gemaakt of beroep, dan wel hoger beroep, is ingesteld (het processuele connexiteitsvereiste). Een verzoek om een voorlopige voorziening aangaande een besluit tot het geven van een openbare waarschuwing zal gelet op het moment van publicatie doorgaans alleen hangende de bezwaarprocedure worden gedaan. Indien een verzoek om een voorlopige voorziening echter niet tot schorsing van dat besluit heeft geleid en de openbare waarschuwing dus wel zal hebben plaatsgevonden, zullen de bezwaarprocedure en de (eventueel te voeren) beroep- en hogerberoepsprocedures enkel relevant zijn om via een herroeping of vernietiging van het besluit tot het geven van een openbare waarschuwing een grondslag te hebben voor een vordering tot schadevergoeding of het uitlokken van een rectificatie (waarover in paragraaf 4.8 meer). Tot het voorkomen van de openbare waarschuwing kunnen die procedures immers niet meer leiden. Dit zal echter anders zijn indien de voorzieningenrechter de openbare waarschuwing wel heeft geschorst tot het moment dat dat besluit onherroepelijk

58 In de parlementaire geschiedenis wordt gesproken van een 'strategisch besluitbegrip', zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 418.
59 Art. 1:96, eerste lid, Wft.
60 Art. 1:96, derde lid, Wft.
61 Vzr. Rb. Rotterdam 13 januari 2009, JOR 2009, 78.

wordt. In dat geval kan in bezwaar, beroep en hoger beroep worden getracht te voorkomen dat de openbare waarschuwing alsnog zal worden gegeven.[62]

4.3 De publicatie van een bestuurlijke boete

De rechtsbescherming tegen de tweede publicatiemogelijkheid, de openbaarmaking van boetebesluiten, is aanzienlijk complexer dan de rechtsbescherming tegen openbare waarschuwingen. De oorzaak daarvan ligt onder meer in het feit dat voor publicatie van boetebesluiten een beginselplicht tot publicatie geldt, in plaats van een discretionaire bevoegdheid, en in de vroegtijdige publicatie van boetebesluiten die zijn opgelegd wegens zware overtredingen.

De rechtsbescherming was na inwerkingtreding van de Wft bovendien nog complex omdat ten aanzien van de openbaarmaking van boetes – anders dan bij de openbare waarschuwing – niet expliciet in de wet is bepaald dat de publicatie als een afzonderlijk besluit wordt aangemerkt. Dit riep de vraag op of tegen de publicatie van boetebesluiten (en de last onder dwangsom) bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstond, of dat men zich ter voorkoming van de publicatie zou moeten richten tot de civiele rechter.[63] Deze discussie dient niet langer te worden gevoerd. De Rechtbank Rotterdam heeft in 2008 geoordeeld dat de publicatie van een boetebesluit als een op een zelfstandig rechtsgevolg gericht besluitonderdeel geldt, ten aanzien waarvan een voorlopige voorziening kan worden verzocht bij de voorzieningenrechter.[64] Deze rechtspraak is sindsdien vele malen herhaald,[65] waarmee kan worden geconstateerd dat tegen de publicatie van boetebesluiten (afzonderlijk) bij de bestuursrechter kan worden opgekomen.[66]

De bestuursrechtelijke rechtsbescherming bestaat uit de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen het publicatiebesluit, beroep in te stellen bij de Rechtbank Rotterdam tegen de beslissing op bezwaar en hoger beroep in te stellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) tegen de uitspraak van de rechtbank. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen ter voorkoming van die publicatie. Gelet op het moment van de vroegtijdige publicatie (vijf dagen na het boetebesluit), wordt een voorlopige voorziening doorgaans binnen deze termijn gevraagd en vindt de behandeling van de voorlopige voorziening plaats voorafgaand aan de bezwaarprocedure. Om die reden zal hierna eerst

62 Dergelijke procedures zijn vooralsnog niet gevoerd, althans een uitspraak in een beroepsprocedure is – bij mijn weten – nog niet gedaan.

63 Zie o.m. C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 676 en Michiels 2007b, p. 90.

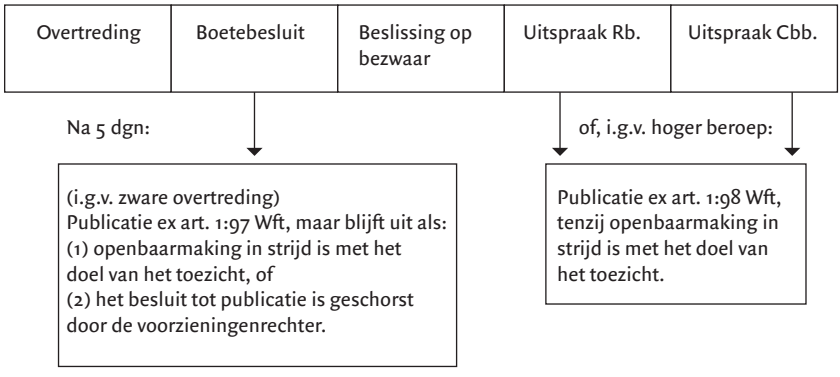
64 Vzr. Rb. Rotterdam 21 juli 2008, JOR 2008, 273, m.nt. Hoff. Daarmee bevestigde de rechtbank haar uitspraak waarin reeds ten aanzien van het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom was geoordeeld dat de publicatie als een zelfstandig besluitonderdeel moest worden aangemerkt (7 april 2008, JOR 2008, 132, m.nt. Grundmann-van de Krol).

65 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Rotterdam 7 april 2008, JOR 2008, 132, m.nt. Grundmann-van de Krol; 3 september 2008, JOR 2008, 274, m.nt. Hoff en 5 november 2008, JOR 2009, 16, m.nt. Grundmann-van de Krol.

66 Hoewel het CBb hierover nog niet heeft geoordeeld, wordt vooralsnog aangenomen dat ook het CBb in deze vaste lijn in de rechtspraak van de Rechtbank Rotterdam zal meegaan, omdat op die manier de gewenste rechtsbescherming wordt geboden aan de betrokkenen en wordt voorkomen dat naast de bestuursrechtelijke procedure over het sanctiebesluit een civiele procedure over de publicatie dient te worden gevoerd.

de behandeling van een verzoek om een voorlopige voorziening en het daarbij gehanteerde toetsingskader worden besproken en vervolgens zal op de beoordeling van publicatiebesluiten in bezwaar en beroep worden ingegaan.

Schematisch kan het publicatiesysteem van boetebesluiten als volg worden weergegeven:



4.3.1 Toetsing in een voorlopigevoorzieningsprocedure

Een voorlopige voorziening ter voorkoming van publicatie van een boetebesluit zal formeel alleen betrekking hebben op de publicatie van een boete wegens een zware overtreding op grond van artikel 1:97 Wft. De publicatie op grond van artikel 1:98 Wft vindt immers pas plaats nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Die publicatie wordt dus als het ware reeds op grond van de wet geschorst indien bezwaar wordt gemaakt en beroep wordt ingesteld tegen de daarop volgende beslissing op bezwaar. De voorlopige voorziening heeft slechts betrekking op de publicatie. Schorsing van het boetebesluit is niet nodig, omdat in de Wft, in afwijking van de Awb, is bepaald dat het maken van bezwaar de betalingsverplichting schorst.[67]

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam heeft voor de beoordeling van een verzoek tot schorsing van een publicatie op grond van artikel 1:97 Wft een vast toetsingskader ontwikkeld.[68] Hoewel volgens het artikel zelf alleen behoeft te worden getoetst aan de in het vierde lid opgenomen tenzij-clausule (openbaarmaking vindt plaats tenzij deze in strijd komt met het doel van het nalevingstoezicht), heeft de voorzieningenrechter gemeend dat ook een voorlopige beoordeling van het boetebesluit op zijn plaats is. Hij zag ruimte voor deze voorlopige rechtmatigheidstoets in verband met de overweging van de wetgever

67 Zie art. 1:85 Wft, waarin wordt afgeweken van art. 6:16 Awb.

68 Vzr. Rb. Rotterdam 21 juli 2008, JOR 2008, 273, herhaald in bijvoorbeeld Vzr. Rb. Rotterdam 7 april 2008, JOR 2008, 132; 3 september 2008, JOR 2008, 274; 5 november 2008, JOR 2009, 16; 30 juni 2009, JOR 2009, 261; 2 juli 2009, JOR 2009, 97; 8 juli 2009, JOR 2009, 234; 12 februari 2010, JOR 2010, 104 en de diverse daarbij verschenen annotaties. Zie voor uitzonderingen Vzr. Rb. Rotterdam, 2 juli 2009, JOR 2009, 294, m.nt. Grundmann-van de Krol, waarin de voorzieningenrechter stelde dat de voorzieningsprocedure zich niet leent voor beantwoording van de vraag of sprake is van de overtreding waarvoor de boete is opgelegd, en Vzr. Rb. Rotterdam 1 december 2011, LJN BU6967, waarin (ten onrechte) niet aan de tenzij-clausule is getoetst.

dat publicatie 'uiteraard' ook achterwege zal blijven indien de voorzieningenrechter van oordeel is dat de boete 'redelijkerwijs' niet had mogen worden opgelegd.[69]

Volgens de voorzieningenrechter is voor de beantwoording van de vraag of een voorzieningenrechter tot schorsing van het publicatiebesluit dient over te gaan 'vooral relevant' (a) of sprake is van een overtreding van de Wft-bepaling waarvoor de boete is opgelegd, zo ja (b) of de toezichthouder in redelijkheid tot boeteoplegging heeft kunnen overgaan en, zo ja, (c) of de hoogte van de boete evenredig is. Het betreft een voorlopige rechtmatigheidstoets van het boetebesluit. Alleen als de conclusie luidt dat het besluit tot het opleggen van de boete naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter rechtmatig is, zal deze op grond van artikel 1:97, vierde lid, Wft toetsen of publicatie van het boetebesluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht. Ingeval het boetebesluit naar zijn voorlopig oordeel onrechtmatig is, zal het publicatiebesluit worden geschorst.

Vraag 1: Voorlopige toetsing van het boetebesluit

Doordat de voorzieningenrechter ook een voorlopig oordeel geeft over het boetebesluit, is er meer ruimte om de publicatie te schorsen, dan wanneer het publicatiebesluit enkel zou worden getoetst aan de tenzij-clausule. Indien voor de voorzieningenrechter niet zeker is dat de betrokkene daadwerkelijk een overtreding heeft begaan, wordt de publicatie in ieder geval geschorst.[70] Ook indien sterk kan worden betwijfeld of het boetebesluit stand zal kunnen houden omdat mogelijk niet de juiste onderneming als overtreder is aangemerkt, wordt het onwenselijk geacht om de boeteoplegging te publiceren. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat het publiek niet op adequate wijze wordt geïnformeerd omtrent de identiteit van de (veronderstelde) overtreder.[71]

Is de voorzieningenrechter (voorlopig) van oordeel dat er wel een overtreding heeft plaatsgevonden, dan kan de publicatie alsnog worden geschorst indien wordt gemeend dat de toezichthouder – ondanks het feit dat een overtreding is begaan – ten onrechte is overgegaan tot beboeting (ad 1-b) of de hoogte van de boete in 'wanverhouding' staat tot de ernst van de gedraging of de mate van verwijtbaarheid (ad 1-c).[72]

De verminderde verwijtbaarheid wordt door de voorzieningenrechter zowel in de beboeting als in de hoogte van de boete meegewogen. Zo oordeelde de voorzieningenrechter dat het onredelijk was dat de AFM een boete had opgelegd omdat het 'pleitbaar' was dat de betrokkene geen verwijt kon worden gemaakt van de overtreding.[73] In een aantal andere procedures werd de verminderde verwijtbaarheid echter meegewogen in de proportionaliteit van de hoogte van de boete.[74]

Ook de omstandigheid dat de AFM naar het oordeel van de voorzieningenrechter de beperkte ernst van de overtreding niet had betrokken in de vaststelling van de

69 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 41, p. 65.
70 Zie Vzr. Rb. Rotterdam 2 juli 2009, JOR 2009, 294, m.nt. Grundmann-van de Krol.
71 Vzr. Rb. Rotterdam 2 juli 2009, JOR 2010, 97.
72 Vzr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, JOR 2008, 274, m.nt. Hoff.
73 Vzr. Rb. Rotterdam 27 oktober 2010, JOR 2010, 347, m.nt. De Groot.
74 Vzr. Rb. Rotterdam 17 mei 2010, JOR 2010, 239, m.nt. Grundmann-van de Krol; 8 april 2010, JOR 2010, 159, m.nt. Voermann; 15 oktober 2010, JOR 2010, 346 en 21 juli 2008, JOR 2008, 273, m.nt. Hoff.

hoogte van de boete, was in een uitspraak aanleiding om een publicatieverbod op te leggen. Een vroegtijdige publicatie van de boete zou naar het oordeel van de voorzieningenrechter een vertekend beeld geven van de ernst van de overtreding, zodat de publicatie niet op alle onderdelen zou leiden tot de beoogde transparantie.[75]

In een recente uitspraak is het toetsingskader aangepast in verband met het nieuwe boetestelsel financiële wetgeving, dat sinds 1 augustus 2009 van kracht is op overtredingen die op of na deze datum zijn gepleegd. Omdat op grond van dit nieuwe boetestelsel ook de draagkracht van de overtreder een zelfstandige grondslag voor matiging van de boete kan zijn, heeft de voorzieningenrechter gemeend dat de draagkracht ook in dit toetsingskader moet worden meegewogen naast de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid waar het boetes van boetecategorieën 2 en 3 betreft. In die zaken moet bij de beoordeling van vraag 1-c in het toetsingskader (proportionaliteit van de hoogte van de boete) ook worden nagegaan of niet op voorhand geoordeeld moet worden dat sprake is van een wanverhouding tussen de hoogte van de boete en de draagkracht van de overtreder.[76]

Vraag 2: Toetsing aan de tenzij-clausule

Indien de drie deelvragen van vraag 1 positief worden beantwoord, toetst de voorzieningenrechter tot slot of publicatie wellicht alsnog achterwege dient te blijven omdat openbaarmaking in strijd komt met het doel van het toezicht. De voorzieningenrechter vult het doel van het toezicht dat door de AFM wordt uitgevoerd in aan de hand van het wettelijk vastgelegde doel van het gedragstoezicht als omschreven in artikel 1:25 Wft: 'Het doel is in zaken als deze gelegen in het bevorderen van ordelijke en transparante financiële marktprocessen, van zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en van zorgvuldige behandeling van cliënten.'[77] De voorzieningenrechter toetst niet zozeer of publicatie 'in strijd komt met' een van deze doelen, maar beoordeelt of deze doelen met publicatie worden 'gediend'. Gelet op het doel van de publicatie (het waarschuwen van het publiek) wordt bij de toetsing aan de tenzij-clausule in het bijzonder het doel van transparante financiëlemarktprocessen betrokken.

De voorzieningenrechter heeft vooralsnog slechts in twee gevallen publicatie van een boetebesluit op grond van de tenzij-clausule geschorst. In de eerste zaak lag de reden daarvoor in het feit dat aan de beboete instelling ten tijde van de boeteoplegging al een vergunning was verleend, terwijl dat niet uit de publicatie bleek.[78] Indien publicatie op de voorgenomen wijze zou plaatsvinden, zou niet de gewenste duidelijkheid ontstaan, wat voor de voorzieningenrechter aanleiding was om tot schorsing over te gaan.

In een andere zaak vormde de samenloop van een aantal omstandigheden aanleiding om het publicatiebesluit op grond van de tenzij-clausule te schorsen. De voorzieningenrechter oordeelde dat weliswaar sprake was van een overtreding – verzoekers hadden deze overtreding ook erkend – maar dat publicatie van de boeteoplegging toch verboden moest worden in verband met (1) de verminderde

75 Vzr. Rb. Rotterdam 1 december 2011, LJN BU6946.
76 Vzr. Rb. Rotterdam 21 juni 2011, AB 2011, 211, m.nt. Affourtit en Beijering-Beck.
77 Vzr. Rb. Rotterdam 8 juli 2009, JOR 2009, 234, m.nt. Hoff en 15 oktober 2009, JOR 2010, 16.
78 Vzr. Rb. Rotterdam 5 november 2008, JOR 2009, 16, m.nt. Grundmann-van de Krol.

verwijtbaarheid ter zake van de overtreding, (2) de verminderde ernst van de overtreding en (3) het feit dat tussen het moment waarop de AFM bekend werd met de overtreding en het beoogde moment van publicatie van de boete anderhalf jaar lag, zodat bij het belang van waarschuwing van het publiek vraagtekens geplaatst konden worden.[79] Opvallend is dat de voorzieningenrechter de eindconclusie baseert op artikel 1:97, vierde lid, Wft, terwijl de meeste van de daartoe aangedragen argumenten zien op de toetsing van (de redelijkheid van) het boetebesluit zelf, die aan de beoordeling van de tenzij-clausule vooraf gaat.

Andere omstandigheden en belangen hebben vooralsnog geen aanleiding gegeven voor het oordeel dat openbaarmaking in strijd zou komen met het doel van het nalevingstoezicht. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de volgende *omstandigheden* volgens de voorzieningenrechter niet maken dat publicatie in strijd komt met het doel van het toezicht:

- De omstandigheid dat de betrokken onderneming in haar concurrentiepositie zal worden geschaad.[80]
- De omstandigheid dat geen recidive meer mogelijk is.[81]
- De omstandigheid dat een hogere boete mogelijk meer publicitaire aandacht krijgt dan een lagere boete.[82]
- De omstandigheid dat verzoeker al eerder het nieuws haalde.[83]

Daarnaast heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat de volgende *belangen* geen strijd met het doel van het toezicht opleveren:

- Het belang bij het voorkomen van publicatie in verband met de kans dat de betrokkene (reputatie)schade zal lijden.[84]
- Het belang bij het voorkomen van publicatie in verband met de kans dat de betrokkene in zijn concurrentiepositie zal worden geschaad.[85]

De rechtspraak toont dat de voorzieningenrechter in veel gevallen geen ruimte ziet om de omstandigheden van het geval mee te laten wegen in de beoordeling of publicatie al dan niet op zijn plaats is. Voor een afzonderlijke belangenafweging is geen ruimte. De voorzieningenrechter heeft dit ook herhaaldelijk uitgesproken. Hij ziet, evenals de Rechtbank Rotterdam in beroepsprocedures, geen ruimte voor een afzonderlijke evenredigheidstoets in de zin van artikel 3:4, tweede lid, Awb.[86] Voorop wordt gesteld dat de door de AFM te verrichten belangenafweging met betrekking tot de vraag of moet worden afgezien van vroegtijdige openbaarmaking

79 Vzr. Rb. Rotterdam 28 januari 2010, JOR 2010, 155, m.nt. Affourtit en Beijering-Beck.
80 Vzr. Rb. Rotterdam 21 juni 2011, AB 2011, 211, m.nt. Affourtit en Beijering-Beck.
81 Vzr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, JOR 2008/274, m.nt. Hoff.
82 Vzr. Rb. Rotterdam 29 april 2010, LJN BM5061.
83 Vzr. Rb. Rotterdam 26 april 2010, JOR 2010, 269, m.nt. De Groot.
84 Vzr. Rb. Rotterdam 25 januari 2011, JOR 2011, 118, m.nt. Italianer; 24 augustus 2010, JOR 2010, 277; 2 juli 2009, JOR 2010, 97; 8 juli 2009, JOR 2009, 234, m.nt. Hoff en 30 juni 2009, JOR 2009, 261. De voorzieningenrechter heeft in een recente uitspraak voor het eerst beoordeeld of de publicatie onevenredige schade zou toebrengen aan de betrokken partijen, maar meende dat dit niet het geval was en er derhalve geen reden voor schorsing bestond. Zie Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2011, LJN BT2712.
85 Vzr. Rb. Rotterdam 21 juni 2011, AB 2011, 211, m.nt. Affourtit en Beijering-Beck.
86 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Rotterdam 30 juni 2009, JOR 2009, 261; 28 januari 2010 JOR 2010, 155, m.nt. Affourtit en Beijering-Beck; 2 juli 2009, JOR 2010, 97; 8 juli 2009, JOR 2009, 234, m.nt. Hoff; 25 januari 2011, JOR 2011, 118, m.nt. Italianer en 24 augustus 2010, JOR 2010, 277.

van de boete uitsluitend plaats heeft in het kader van artikel 1:97, vierde lid, Wft. 'Die bepaling staat in de weg aan een nadere evenredigheidstoetsing in het kader van artikel 3:4, tweede lid, Wft', aldus de voorzieningenrechter.[87] Doordat de genoemde belangen en omstandigheden niet worden toegelaten tot het geschil, vindt een weging van die belangen en omstandigheden ook niet plaats.

Het is echter nog maar de vraag of de wetgever een belangenafweging volledig heeft willen uitsluiten, zoals de toezichthouders en Rechtbank Rotterdam lijken te menen. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Wft kan worden afgeleid dat dit niet het geval is. In de nota naar aanleiding van het verslag is te lezen: 'De verplichting tot zorgvuldige voorbereiding van een besluit en de daarbij te maken belangenafweging volgt uit afdeling 3.2 [Awb] en is van toepassing op alle besluiten van de AFM en DNB, en dus ook op publicatiebesluiten.'[88] Uit de toelichting die verderop in deze nota is gegeven, lijkt wellicht op het eerste gezicht te volgen dat de wetgever reeds een belangenafweging heeft toegepast en een verdergaande afweging ex artikel 3:4, eerste lid, Awb heeft uitgesloten, maar ik zou menen dat dit niet het geval is. In de nota naar aanleiding van het verslag is te lezen: 'De regering is van oordeel dat het huidige systeem passend is voor de financiële toezichtswetgeving, met een passende verhouding tussen het belang van de waarschuwing van het publiek en het belang van de financiële onderneming. Het moment van publicatie verschuiven tot ná de uitkomst van de bezwaar- en beroepsprocedure zou een onaanvaardbare vertraging van de publicatie betekenen, binnen het huidige systeem. Deze procedures kunnen immers lange tijd duren. De regering heeft gekozen om het belang van de waarschuwende werking te laten prevaleren boven het risico dat achteraf blijkt dat een boete onterecht is opgelegd of onterecht de publicatie niet achterwege is gelaten.'[89] Afgezien van de vraag of dit een juiste belangenafweging betreft, kan uit deze toelichting van de wetgever niet worden afgeleid dat de belangen van de onderneming of persoon waarop de publicatie betrekking heeft, niet langer kunnen worden meegewogen. Deze toelichting moet worden gezien als een uitleg van de keuze van de beginselplicht tot publicatie, waarmee niet is gezegd dat toepassing van het evenredigheidsbeginsel is uitgesloten.

Dit blijkt nog duidelijker uit de memorie van toelichting bij de Wijziging van de Wft ter implementatie van de Richtlijn markten voor financiële instrumenten (MiFID). In die toelichting is te lezen dat de wetgever meent dat implementatie van artikel 51, derde lid, MiFID, waarin is bepaald dat openbaarmaking van een administratieve maatregel of sanctie achterwege dient te blijven indien *dit de financiële markten ernstig in gevaar zou brengen of onevenredige schade aan de betrokken partijen zou toebrengen*, niet nodig is. 'Het evenredigheidsbeginsel (ook wel proportionaliteitsbeginsel genoemd) is in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb gecodificeerd. Hiermee is in voldoende mate voldaan aan de "tenzij-bepaling" van artikel 51, derde lid, van de MiFID. Hierbij kan worden opgemerkt dat ingeval de toezichthouder een administratieve maatregel of sanctie openbaar maakt en de financiële markten

87 Wat daarbij eveneens opvalt is dat de Rechtbank Rotterdam en overigens ook de AFM en DNB de toetsing aan de tenzij-clausule summier toelichten. Een beroep op de tenzij-clausule wordt doorgaans afgewezen met de overweging: 'De rechtbank vermag niet in te zien dat de vroegtijdige openbaarmaking zoals deze heeft plaatsgehad in strijd zou kunnen komen met de doelstellingen van het door de AFM uit te oefenen gedragstoezicht.'

88 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 17.

89 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 18.

hierdoor ernstig in gevaar worden gebracht, de toezichthouder in strijd handelt met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van de Wft. Aangezien in de Wft ten aanzien van de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom verplichte openbaarmaking geldt (in plaats van de bevoegdheid om openbaar te maken), is in de Wft expliciet opgenomen dat openbaarmaking hiervan achterwege blijft indien dit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet. Dit om onduidelijkheden hieromtrent te voorkomen.'[90] Met andere woorden: volgens de wetgever biedt de tenzij-clausule in de Wft reeds ruimte voor de afweging van het belang van publicatie (het waarschuwen van het publiek) tegen het belang dat financiële markten daardoor ernstig in gevaar kunnen worden gebracht of onevenredige schade aan de betrokken partijen zal worden toegebracht, zodat implementatie van artikel 51, derde lid, MiFID achterwege kan blijven.

Er zijn dus wel degelijk aanwijzingen dat de rechter het evenredigheidsbeginsel niet onder verwijzing naar de tenzij-clausule opzij kan zetten en een belangenafweging achterwege kan laten, waarover in hoofdstuk 5 meer.

De omstandigheid dat de voorzieningenrechter geen ruimte ziet voor een afzonderlijke belangenafweging roept overigens ook de vraag op of de procedure met betrekking tot de voorlopige voorziening voldoet aan artikel 8:81 Awb. Ook op die vraag zal in hoofdstuk 5 worden ingegaan.

4.3.2 *De bezwaarprocedure*

Het bezwaar zal veelal betrekking hebben op het gehele boetebesluit, dus zowel op het besluit tot oplegging van de boete als op het besluit tot publicatie van die boete. Indien de boete in stand wordt gelaten (of indien niet tegen de boete is opgekomen), wordt vervolgens het bezwaar tegen het besluitonderdeel beoordeeld dat ziet op de publicatie. Hoewel sanctiebesluiten doorgaans – in afwijking van de hoofdregel – in bezwaar 'ex tunc' worden beoordeeld, geldt dit niet ten aanzien van het besluitonderdeel dat ziet op de publicatie. Op grond van de ex-nunc-toetsing die in bezwaar voor de publicatie geldt, dient ook op basis van de feiten en omstandigheden ten tijde van de beslissing op bezwaar een heroverweging van de publicatie plaats te vinden. Afhankelijk van de zwaarte van de overtreding, zal de heroverweging enkel betrekking hebben op publicatie op grond van artikel 1:98 Wft dan wel op de publicaties op grond van zowel artikel 1:98 als artikel 1:97 Wft. Uit de rechtspraak blijkt dat de AFM nog wel eens nalaat deze heroverweging toe te passen. De Rechtbank Rotterdam heeft de AFM hier herhaaldelijk op aangesproken, waarover hierna meer.

Indien een boete voor een zware overtreding is opgelegd, dient de heroverweging zoals gezegd ook betrekking te hebben op de publicatie op grond van artikel 1:97 Wft. Deze heroverweging is echter een vreemde. Uit de rechtspraak volgt dat publicatie van een zware overtreding slechts op twee in beginsel gefixeerde momenten kan plaatsvinden: vijf dagen na het bekendmaken van de oplegging (op grond van artikel 1:97 Wft) en op het moment dat het boetebesluit onherroepelijk

90 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 086, nr. 3, p. 74.

is geworden (op grond van artikel 1:98 Wft).[91] 'Bestuurlijke heroverweging kan niet leiden tot publicatie van een eventueel in bezwaar gehandhaafde boeteoplegging voordat de beslissing op bezwaar onherroepelijk is.' Kortom: wordt de beslissing tot vroegtijdige publicatie geschorst, dan dient de toezichthouder te wachten tot het boetebesluit, al dan niet na aanpassing ervan in bezwaar of na beroep, onherroepelijk is geworden, voordat tot publicatie kan worden overgegaan. Het boetebesluit kan derhalve niet alsnog na de beslissing op bezwaar worden gepubliceerd. Wordt de vroegtijdige publicatie niet geschorst, dan heeft de publicatie al plaatsgevonden ten tijde van de heroverweging in bezwaar. In beide gevallen heeft de heroverweging in bezwaar dus voor de publicatiebeslissing op grond van artikel 1:97 Wft geen materieel belang, omdat publicatie gelet op de twee gefixeerde publicatiemomenten niet kan plaatsvinden ten tijde van de beslissing op bezwaar.

De Rechtbank Rotterdam heeft overigens erkend dat met deze uitleg van artikel 1:97 Wft de voorlopige voorziening een definitief karakter krijgt. Een afwijzing van het verzoek zal immers leiden tot directe, onomkeerbare publicatie en een toewijzing tot een definitief verbod op vroegtijdige openbaarmaking.[92] Dit betekent dat ook een gewijzigde boeteoplegging in bezwaar of in/na beroep nooit kan leiden tot publicatie van de boete voordat deze onherroepelijk is geworden, aldus de voorzieningenrechter. Met dit systeem wordt afgeweken van artikel 8:85 Awb, waarin is bepaald dat de voorzieningenrechter in zijn uitspraak kan bepalen wanneer de voorlopige voorziening vervalt en dat de voorlopige voorziening in ieder geval vervalt zodra de rechtbank uitspraak heeft gedaan, tenzij bij de uitspraak een later tijdstip is bepaald.

Dat strikt wordt vastgehouden aan dit systeem van twee gefixeerde publicatiemomenten blijkt uit een uitspraak van de voorzieningenrechter op een verzoek van de AFM om de schorsing van een publicatiebesluit wegens matiging van de boete op te heffen. De voorzieningenrechter wees dit verzoek onder verwijzing naar het publicatiestelsel af. Publicatie na matiging van de boete zou in strijd met dat stelsel komen, nu in geval van schorsing publicatie pas na het onherroepelijk worden van het boetebesluit kan plaatsvinden.[93]

4.3.3 De beroep- en hoger beroepsprocedure

De beroepsprocedure bij de Rechtbank Rotterdam en de hogerberoepsprocedure bij het CBb hebben doorgaans zowel betrekking op de oplegging van de boete als op de publicatie ex artikel 1:98 Wft, nu die publicatie verband houdt met het onherroepelijk worden van het boetebesluit. Indien het echter een boete voor een zware

91 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 2 september 2010, *JOR* 2011, 10, m.nt. Grundmann-van de Krol; 12 mei 2011, *JOR* 2011, 229, m.nt. Voermann en Reijmer en 28 januari 2010, *JOR* 2010, 155, m.nt. Affourtit en Beijering-Beck.

92 De AFM heeft de Minister van Financiën in haar wetgevingsbrief van 10 oktober 2011 verzocht om de wet zodanig aan te passen dat na een voor haar succesvol beroep publicatie van de boete niet behoeft te worden uitgesteld totdat de boete na de hogerberoepsprocedure onherroepelijk is geworden. Daarbij heeft de AFM opgemerkt dat zij hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraken van de rechtbank waarin het definitieve karakter van de schorsing van publicatie is verwoord, maar dat een uitspraak in die procedures nog geruime tijd op zich zal laten wachten, zodat aanpassing van de wet op dit punt wenselijk zou zijn. *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 55, p. 10-11. De minister heeft echter in de beleids- en wetgevingsbrief financiële markten van 20 oktober 2011 laten weten de uitkomst van de procedures af te wachten en daarna met de AFM te bezien of wijziging van het publicatieregime van boetes wenselijk is. Zie www.rijksoverheid.nl.

93 Vzr. Rb. Rotterdam 6 juli 2010, *JOR* 2010, 240, m.nt. Grundmann-van de Krol.

overtreding betreft, zal ook de publicatie op grond van artikel 1:97 Wft in de beroepsprocedure ter discussie staan. De rechter komt pas toe aan de beoordeling van het besluitonderdeel dat ziet op de publicatie, indien hij van oordeel is dat de toezichthouder terecht een boete heeft opgelegd.

Van belang is om voor ogen te houden dat in de beroepsprocedure niet het primaire besluitonderdeel tot publicatie ter discussie staat, maar de beslissing op bezwaar waarin het besluit tot publicatie is gehandhaafd. De vragen die in de beroepsprocedure ter discussie staan luiden derhalve (1) heeft de toezichthouder terecht in bezwaar het besluitonderdeel tot publicatie gehandhaafd en (2) doen zich ten tijde van het beroep (of hoger beroep) omstandigheden voor die maken dat de publicatie alsnog achterwege dient te blijven?

De Rechtbank Rotterdam heeft in een aantal gevallen geoordeeld dat de AFM ten onrechte had nagelaten de publicatiebeslissing in bezwaar te heroverwegen. Dit vormde echter slechts reden voor vernietiging van de beslissing op bezwaar en herroeping van het publicatiebesluit, in de gevallen dat tevens wegens een voorlopige voorziening geen publicatie ex artikel 1:97 Wft kon plaatsvinden.[94] In de meeste gevallen bleef de beslissing op bezwaar in stand en diende de AFM zelf een nieuw deelbesluit met betrekking tot de publicatie te nemen.[95] De Rechtbank Rotterdam ziet geen aanleiding voor vernietiging van de beslissing op bezwaar wegens strijd met artikel 7:11 Awb (de heroverweging in bezwaar) en volstaat met de overweging dat zij 'er van uit gaat' dat de AFM alsnog een deelbeslissing zal nemen waarin een heroverweging plaatsvindt, omdat de vraag of een eventuele uitzonderingsgrond aanwezig is, beoordeeld zal moeten worden aan de hand van de feiten en omstandigheden ten tijde van het openbaar maken.

De rechter geeft de toezichthouder daarmee een grote mate van vrijheid. In de dicta van deze uitspraken wordt immers niet de vernietiging van de beslissing op bezwaar uitgesproken, wat tot gevolg heeft dat de betrokken onderneming in feite geen rechtsmiddel heeft om de gewenste nieuwe deelbeslissing af te dwingen. De Rechtbank Rotterdam heeft immers slechts overwogen dat zij 'er van uit gaat' dat een nieuwe deelbeslissing zal worden genomen, waarmee zij de AFM niet eens een opdracht tot het nemen van een nieuwe deelbeslissing heeft gegeven. Het is de vraag of de rechter zich bewust is geweest van deze – in mijn ogen ongewenste – consequentie. Daarnaast komt de vraag op of een dergelijke overweging niet in strijd komt met de artikelen 8:70 en 8:71 Awb, op grond waarvan de rechter een drietal mogelijkheden heeft: (a) de beslissing op bezwaar wegens het ontbreken van een heroverweging (gedeeltelijk) vernietigen waarna de AFM een nieuwe deelbeslissing behoort te nemen, (b) zelf in de zaak te voorzien of (c) overwegen dat de besluitvorming weliswaar niet de schoonheidsprijs verdient maar dat die omstandigheid geen aanleiding voor vernietiging vormt. De Rechtbank Rotterdam lijkt een combinatie van (a) en (c) toe te passen. Ik zou menen dat het ontbreken van een heroverweging in bezwaar aanleiding behoort te zijn voor partiële vernietiging van de beslissing op bezwaar, waarna de AFM of DNB opnieuw zal moeten afwegen of publicatie op dat moment al dan niet geboden is. De vermeende overtreder heeft

94 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 november 2011, *LJN* BU5317.

95 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 8 april 2010, *JOR* 2010, 158, m.nt. Voermann onder *JOR* 2010, 159 en 2 september 2010, *JOR* 2011, 10, m.nt. Grundmann-van de Krol.

op die manier de mogelijkheid om deze nieuwe deelbeslissing met toepassing van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen af te dwingen.

Indien de heroverweging wel heeft plaatsgevonden, beantwoordt de rechter de tweede vraag: 'Doen zich ten tijde van het beroep (of hoger beroep) omstandigheden voor die maken dat de publicatie alsnog achterwege dient te blijven?' Deze vraag lijkt wellicht op het eerste gezicht in strijd met de ex-tuncbeoordeling in beroep. Op grond van artikel 1:98, vierde lid, Wft dient publicatie echter plaats te vinden nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Om die reden beoordeelt de rechter, nadat hij heeft geoordeeld dat terecht een boete is opgelegd, of op grond van de tenzij-clausule van publicatie moet worden afgezien op het moment dat het boetebesluit na zijn uitspraak onherroepelijk wordt.

Vooralsnog is de Rechtbank Rotterdam slechts in twee uitspraken overgegaan tot herroeping van het besluit tot publicatie. In de eerste zaak was de aanleiding daarvoor gelegen in een forse 'termijnoverschrijding', die was veroorzaakt door de AFM.[96] De AFM had naar het oordeel van de rechtbank te lang gewacht met het beboeten van de betrokken onderneming waardoor er ten tijde van de beboeting veel tijd was verstreken sinds de overtreding had plaatsgevonden. De rechtbank zag daarin aanleiding om zowel de beslissing om het boetebesluit op grond van artikel 1:97 Wft te publiceren als de beslissing om dat op grond van artikel 1:98 Wft te doen, te herroepen. Opvallend is dat de voorzieningenrechter eerder had geoordeeld dat enkel tijdsverloop geen zelfstandige grond voor schorsing van de publicatie kon vormen.[97] Het onderscheid met die gevallen lijkt te zijn gelegen in de oorzaak van het tijdsverloop. Het komt mij echter voor dat de oorzaak van het tijdsverloop niet van doorslaggevend belang zou moeten zijn. De omstandigheid dat de AFM de termijnoverschrijding had veroorzaakt maakt niet dat het tijdsverloop in dat geval ertoe zou leiden dat publicatie in strijd is met het doel van het nalevingstoezicht en in andere gevallen niet. Sterker, de omstandigheid dat het tijdsverloop in deze uitspraak reden vormt voor toepassing van de tenzij-clausule, is wellicht een aanwijzing dat tijdsverloop in iedere situatie aanleiding zou moeten zijn om af te zien van publicatie omdat het doel van het toezicht (waaronder transparantie van de financiëlemarktprocessen) niet langer wordt gediend met de openbaarmaking.[98]

In de tweede zaak had de herroeping echter op het gehele boetebesluit betrekking, inclusief de besluitonderdelen waarin publicatie op grond van de artikelen 1:97 en 1:98 Wft was opgenomen.[99] De Rechtbank Rotterdam was – anders dan de voorzieningenrechter – van oordeel dat de beboete onderneming geen

96 Rb. Rotterdam 24 maart 2011, JOR 2011, 153, m.nt. Voerman. De AFM heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. Deze uitspraak betreft de bodemprocedure van de onder par. 4.3.1 besproken uitspraak waarin termijnoverschrijding reden vormde voor schorsing van het publicatiebesluit.

97 Vzr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, JOR 2008, 274, m.nt. Hoff en 12 februari 2010, JOR 2010, 104, m.nt. Grundmann-van de Krol.

98 Dit is slechts anders indien de rechtbank zou hebben bedoeld dat uit de termijnoverschrijding door de AFM moet worden afgeleid dat de AFM kennelijk zelf ook geen of minder prioriteit hechtte aan het waarschuwen van het publiek, zoals de voorzieningenrechter oordeelde in zijn uitspraak van 7 december 2010 (Vzr. Rb. Rotterdam 7 december 2010, JOR 2011, 117, m.nt. De Groot). Een dergelijke redenering blijkt echter niet uit de uitspraak.

99 Vzr. Rb. Rotterdam 4 mei 2011, JOR 2011, 228, m.nt. Affourtit.

overtreding had begaan en zag om die reden grond voor vernietiging van de beslissing op bezwaar en herroeping van het primaire boetebesluit. Daarmee werden ook de besluitonderdelen waarin was besloten tot het tweemaal publiceren van die boete herroepen. Tegen deze uitspraak heeft de AFM hoger beroep ingesteld.[100]

Bedacht moet worden dat de beoordeling door de Rechtbank Rotterdam van de publicatie op grond van artikel 1:97 Wft nog slechts van beperkt belang is. Indien de vroegtijdige publicatie al heeft plaatsgevonden omdat er geen voorlopige voorziening is getroffen, dan is het kwaad reeds geschied. De betrokkene heeft in dat geval nog slechts belang bij een beoordeling door de rechter van de heroverweging van de publicatiebeslissing, om te voorkomen dat dat besluitonderdeel formele rechtskracht krijgt en een vordering tot schadevergoeding niet meer kan slagen (waarover meer in paragraaf 4.8). Heeft als gevolg van een getroffen voorlopige voorziening geen vroegtijdige publicatie plaatsgevonden, dan is er in feite geen belang bij een beoordeling van het deelbesluit dat ziet op publicatie ex artikel 1:97 Wft. Procesbelang ontbreekt immers in beginsel indien met de ingestelde procedure niet langer het gewenste resultaat kan worden bereikt.[101] Dit is echter anders indien de appellant belang heeft bij vernietiging met het oog op schadevergoeding, tenzij toewijzing van schadevergoeding geheel uitgesloten moet worden geacht.[102] Nu van een *vroegtijdige* publicatie na beroep of hoger beroep geen sprake meer kan zijn gelet op het hiervoor besproken systeem van twee gefixeerde momenten van publicatie en vernietiging met het oog op een aansprakelijkstelling doorgaans evenmin relevant is nu geen publicatie heeft plaatsgevonden, heeft de betrokken instelling of persoon in beginsel geen procesbelang bij een beoordeling van het publicatiebesluit ex artikel 1:97 Wft.[103]

Blijft het boetebesluit inclusief het besluitonderdeel met betrekking tot de publicatie in stand, dan vindt normaliter kort daarna de publicatie op grond van artikel 1:98 Wft plaats. Een heroverweging is dan niet meer nodig, nu de rechter kort daarvoor nog in de uitspraak heeft overwogen of publicatie op dat moment al dan niet op zijn plaats is. Indien de toezichthouder echter pas enige tijd na die uitspraak tot publicatie van het boetebesluit overgaat, dan dient de toezichthouder naar het oordeel van de voorzieningenrechter opnieuw te beoordelen of publicatie op dat moment in strijd komt met het doel van het nalevingstoezicht. In het kader van de op grond van artikel 8:81 Awb te verrichten belangenafweging nam de voorzieningenrechter in aanmerking dat een afwijzing van het verzoek om schorsing van de publicatiebeslissing onomkeerbare gevolgen heeft, terwijl het belang van de AFM bij het op korte termijn (alsnog) kunnen overgaan tot een tweede openbaarmaking blijkbaar gering was nu zij lange tijd had gewacht met het nemen van

100 Opvallend is overigens dat het boetebesluit na deze uitspraak niet is verwijderd van de website van de AFM.

101 Zie bijvoorbeeld CBb 9 februari 2000, *AB* 2000, 190, m.nt. Van der Veen.

102 Zie bijvoorbeeld ABRvS 5 juni 2002, *AB* 2002, 349, m.nt. Schueler en 6 november 2002, *AB* 2002, 115, m.nt. Michiels onder *AB* 2002, 114. Zie voor de uitzondering ingeval toewijzing van schadevergoeding geheel uitgesloten moet worden geacht: CBb 17 januari 2002, *JOR* 2002, 34.

103 Dit zou anders kunnen zijn in geval van uitzonderlijke situaties, zoals het geval waarin als gevolg van een verschoonbare termijnoverschrijding wel vroegtijdige publicatie heeft plaatsgevonden. Indien vervolgens alsnog schorsing van die publicatie door de voorzieningenrechter plaatsvindt, heeft de betrokkene nog steeds belang bij een oordeel van de rechter over de publicatie.

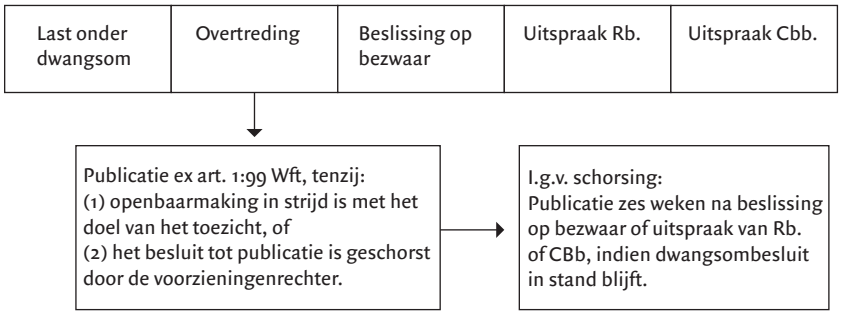
deze beslissingen.[104] De voorzieningenrechter bouwt als het ware een extra toetsingsmoment in voor gevallen waarin de publicatie ruim na de laatste heroverweging in beroep (of hoger beroep) plaatsvindt.

4.4 De publicatie van een last onder dwangsom

De last onder dwangsom wordt op grond van artikel 1:99 Wft openbaar gemaakt indien een dwangsom wordt verbeurd, tenzij openbaarmaking in strijd komt met het doel van het nalevingstoezicht (tenzij-clausule). Ook de publicatie van de last onder dwangsom wordt als een zelfstandig (appellabel) besluitonderdeel aangemerkt.

Indien in het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom is besloten tot publicatie van dat besluit, omdat openbaarmaking niet in strijd komt met de tenzij-clausule, dan vindt de publicatie automatisch (pas) na het verbeuren van de eerste dwangsom plaats. Aan de publicatie gaat geen afzonderlijk besluit vooraf. Vaak wordt de betrokkene wel vooraf op de hoogte gesteld van de constatering dat een dwangsom is verbeurd en om die reden zal worden overgegaan tot publicatie.

Schematisch zou het publicatiesysteem van dwangsombesluiten als volg kunnen worden weergegeven:[105]



Evenals ten aanzien van de publicatie van de bestuurlijke boete, geldt dat ter voorkoming van publicatie van de last onder dwangsom een voorlopige voorziening kan worden gevraagd (artikel 1:99, tweede lid, Wft). Omdat het instellen van bezwaar het dwangsombesluit niet schorst, zal de betrokkene vaak ook een voorlopige voorziening vragen tot schorsing van het besluit waarbij de last onder dwangsom is opgelegd.[106] Alleen op die manier kan worden voorkomen dat de dwangsommen worden verbeurd. Voor het vragen van een voorlopige voorziening geldt niet de korte wachtperiode van vijf werkdagen. De voorlopige voorziening zal doorgaans worden verzocht binnen de begunstigingstermijn die in het dwangsombesluit is

104 Vzr. Rb. Rotterdam 7 december 2010, JOR 2011, 117, m.nt. De Groot.
105 Het is echter ook mogelijk dat de overtreding pas plaatsvindt na de beslissing op bezwaar of zelfs op een nog later moment.
106 Er doen zich echter ook gevallen voor waarin geen schorsing van het dwangsombesluit is verzocht. Zie Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2010, JOR 2010, 344, m.nt. Grundmann-van de Krol.

opgenomen, omdat na die termijn de dwangsommen worden verbeurd indien de overtreding na die termijn wordt voortgezet. De betrokkene zal meestal binnen de begunstigingstermijn bezwaar maken en schorsing van het besluit tot oplegging van de last onder dwangsom vragen en daarmee ook schorsing van het besluitonderdeel tot publicatie.[107] Wordt echter geen voorlopige voorziening ten aanzien van het dwangsombesluit gevraagd, dan kan alsnog schorsing van de publicatie worden verzocht nadat de toezichthouder bekend heeft gemaakt dat naar zijn oordeel niet aan de last is voldaan zodat een dwangsom is verbeurd en tot publicatie kan worden overgegaan.[108] Uiteraard staat deze mogelijkheid slechts open indien een rechtsmiddel is ingesteld tegen het dwangsombesluit, omdat anders niet is voldaan aan het connexiteitsvereiste dat geldt voor het vragen van een voorlopige voorziening.

De voorzieningenrechter hanteert bij de beoordeling van een verzoek tot schorsing van het besluit(onderdeel) tot publicatie van de last onder dwangsom hetzelfde toetsingskader als voor de beoordeling van de publicatie van boetebesluiten. Eerst vindt een voorlopig rechtmatigheidsoordeel over het dwangsombesluit plaats, waarna wordt beoordeeld of publicatie in strijd komt met het doel van het toezicht.[109] Indien naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geen overtreding heeft plaatsgevonden, wordt zowel het dwangsombesluit als het besluitonderdeel met betrekking tot de publicatie geschorst. Het voorlopig rechtmatigheidsoordeel bestaat uit beoordeling van de vraag of (a) sprake is van een overtreding, (b) de toezichthouder in redelijkheid is overgegaan tot oplegging van een last onder dwangsom en, indien de voorlopige voorziening plaatsvindt na het moment waarop de dwangsom volgens de toezichthouder zou zijn verbeurd, of (c) sprake is van een voldoende uitvoering van de last onder dwangsom en (d) de toezichthouder zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de dwangsom is verbeurd.[110]

Oordeelt de voorzieningenrechter dat het dwangsombesluit naar verwachting in stand zal blijven, dan vindt toetsing aan de tenzij-clausule plaats. Ook ten aanzien van de publicatie van een last onder dwangsom oordeelde de voorzieningenrechter dat de omstandigheid dat door publicatie reputatieschade zal worden geleden, hetgeen aannemelijk werd bevonden, niet afdoet aan de doelstellingen van het gedragstoezicht. 'Van een verdergaande belangenafweging kan, gelet op de tekst van artikel 1:99 Wft geen sprake zijn', aldus de voorzieningenrechter.[111]

Het moment van publicatie van de last onder dwangsom is, zoals gezegd, gekoppeld aan het verbeuren van een dwangsom. Dit systeem biedt geen ruimte om

---

107 De voorzieningenrechter oordeelde in een uitspraak dat de betrokkene als gevolg van de verlenging van de in het dwangsombesluit opgenomen begunstigingstermijn alsnog gelegenheid werd geboden om aan de last te voldoen zonder een dwangsom te verbeuren. Daarom was er naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen aanleiding tot het opleggen van een publicatieverbod. 'Het ligt aldus nog steeds binnen haar bereik om publicatie te voorkomen', aldus de voorzieningenrechter. Zie Vzr. Rb. Rotterdam 20 april 2010, JOR 2010, 191, m.nt. Jansen.

108 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2010, JOR 2010, 344, m.nt. Grundmann-van de Krol.

109 Vzr. Rb. Rotterdam 7 april 2008, JOR 2008/132, m.nt. Grundmann-van de Krol, herhaald in Vzr. Rb. Rotterdam 15 september 2010, JOR 2010, 311, m.nt. Nuyten en 23 september 2010, JOR 2010, 344, m.nt. Grundmann-van de Krol.

110 Vzr. Rb. Rotterdam 15 september 2010, JOR 2010, 311, m.nt. Nuyten.

111 Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2010, JOR 2010, 344, m.nt. Grundmann-van de Krol.

op het moment van verbeurte opnieuw te beoordelen of publicatie op zijn plaats is. Hierdoor kan er geen rekening worden gehouden met de omstandigheden die zich tussen het dwangsombesluit en het (vermeend) verbeuren van een dwangsom hebben voorgedaan. Zo oordeelde de voorzieningenrechter in een uitspraak dat het tijdsverloop sinds het opleggen van de last onder dwangsom onvoldoende aanleiding gaf om publicatie in strijd te achten met de doelstellingen van het gedragstoezicht.[112] Grundmann-Van de Krol heeft onder deze uitspraak een kritische noot geschreven waarin zij stelt dat de Wft ten onrechte niet voorziet in een separaat moment van toetsing aan de tenzij-clausule na het verbeuren van de dwangsom. Zij wijst erop dat situaties denkbaar zijn waarin de dwangsom pas na geruime tijd tot verbeurte leidt en opnieuw zou moeten worden getoetst aan de tenzij-clausule. Meer over de vraag of het huidige systeem voldoende rechtsbescherming biedt aan de betrokkenen onder paragraaf 5.3.

De bodemprocedure verschilt niet van de hiervoor besproken procedure die voor publicatie van een boetebesluit geldt. Mij zijn geen bodemprocedures over publicaties van een last onder dwangsom bekend. Het ligt echter voor de hand dat de rechter een vergelijkbare toets bij die publicatie aanlegt, als de toets die geldt voor publicatie van boetebesluiten.

4.5 Spoedpublicatie van sanctiebesluiten

Zoals hiervoor besproken, ziet de spoedpublicatie op uiterst ernstige gevallen die maken dat het sanctiebesluit onverwijld moet worden gepubliceerd. Het gaat dan ook om uitzonderingsgevallen, die zich sinds de inwerkingtreding van de Wft nog niet hebben voorgedaan.

De rechtsbescherming ten aanzien van de spoedpublicatie is zeer beperkt, nu de betrokken instelling of persoon niet in de gelegenheid wordt gesteld om binnen een termijn van vijf dagen een voorlopige voorziening te vragen. Bovendien is het doen van een spoedpublicatie een discretionaire bevoegdheid en geen verplichting. Door de beoordelingsvrijheid van de toezichthouders dient een rechter het besluit tot het doen van een spoedpublicatie terughoudend te toetsen. Naar verwachting zal het belang van spoedige publicatie om het publiek adequaat te waarschuwen binnen die terughoudende toets al snel zwaarder wegen dan de belangen van de vermeende overtreder.

4.6 Procedurele waarborgen

Naast de hiervoor besproken rechtsbescherming kent de Wft ook een aantal vormen van procedurele bescherming waar het de publicatie van openbare waarschuwingen en sanctiebesluiten betreft.

In de eerste plaats dient de zitting in een aantal gevallen met gesloten deuren plaats te vinden. Dit geldt op grond van artikel 1:101, eerste lid, Wft ten aanzien van

112 Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2010, JOR 2010, 344, m.nt. Grundmann-van de Krol.

de behandeling van een verzoek om een voorlopige voorziening met betrekking tot een openbare waarschuwing, de publicatie van een boete op grond van artikel 1:97 Wft en de publicatie van een last onder dwangsom. Indien de voorzieningenrechter een publicatieverbod heeft opgelegd, dan vindt automatisch ook het horen in bezwaar en de behandeling in beroep achter gesloten deuren plaats.[113, 114]

In de tweede plaats wordt in geval van schorsing van de publicatie of openbare waarschuwing een verkorte versie van de uitspraak gepubliceerd waarin uitsluitend de juridische beoordeling is opgenomen en geen directe of indirecte zaakgegevens. Dit volgt uit het beleid dat de Rechtbank Rotterdam heeft ontwikkeld ten aanzien van dit soort zaken.[115] Doets en Tillema merken echter terecht op dat een doortastende journalist in voorkomende gevallen aan de hand van die informatie soms alsnog de verdere toedracht zal weten te achterhalen.[116]

4.7 De derdebelanghebbende

Hiervoor kwam de rechtsbescherming aan de orde van de (rechts)persoon waarop de openbare waarschuwing of publicatie betrekking heeft. Die persoon is hoe dan ook in de zin van artikel 1:2, eerste lid, Awb belanghebbende bij een publicatiebesluit. Andere partijen kunnen echter ook belanghebbende zijn bij het publicatiebesluit, ondanks het feit dat zij niet de geadresseerden zijn van dat besluit, zodat ook zij de besproken rechtsbescherming hebben.

In een uitspraak van de voorzieningenrechter waarin een verzoek tot schorsing van de publicatie van een boetebesluit centraal stond, is voor het eerst een andere partij dan de vermeende overtreder als belanghebbende bij het publicatiebesluit aangemerkt. De voorzieningenrechter merkte in die uitspraak de moedermaatschappij van de beboete onderneming als belanghebbende aan, ondanks het feit dat het boetebesluit niet aan haar was gericht.[117] De moedermaatschappij had ter onderbouwing van haar belang aangevoerd dat zij reputatieschade zou lijden door de publicatie van het boetebesluit. De voorzieningenrechter nam aan dat zij inderdaad belanghebbende was voor zover het bestreden besluit was gericht op publicatie van het boetebesluit: 'De publicatie van het boetebesluit raakt immers tevens de reputatie van het merk [C] en daardoor de reputatie van [B].' Doorslaggevend was in dit geval dat de merknaam van de onderneming onderdeel uitmaakte van de bedrijfsnaam van de beboete onderneming en overigens ook van de bedrijfsnaam

113 Art. 1:101, derde lid, Wft. Met deze regeling wordt afgeweken van art. 8:62 Awb waarin de hoofdregel is neergelegd dat de zitting openbaar is en de *rechtbank* kan bepalen dat deze achter gesloten deuren plaatsvindt.

114 Wanneer geen publicatieverbod is opgelegd, zal de betrokkene zelf een verzoek moeten doen tot behandeling achter gesloten deuren. Dit verzoek zal de rechtbank toetsen aan art. 8:62, tweede lid, Awb. Zie voor een uitspraak hierover onder het oude wettelijke systeem: Rb. Rotterdam 10 oktober 2006, *JOR* 2007, 15, m.nt. Frielink.

115 Zie www.rechtspraak.nl (Rechtbank Rotterdam/actualiteiten). Dit beleid is ontwikkeld nadat de uitspraak van de voorzieningenrechter waarin een publicatieverbod was opgelegd via de reguliere anonimiseringsrichtijnen was gepubliceerd op www.rechtspraak.nl, waardoor de boeteoplegging alsnog in de publiciteit kwam (Vzr. Rb. Rotterdam 21 juli 2008, *JOR* 2008, 273, m.nt. Hoff).

116 C.A. Doets en A.J.P. Tillema, 'Bestuursrechtelijke handhaving van de Wft', in: *Onderneming en Financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 905.

117 Vzr. Rb. Rotterdam 8 juni 2010, AWB 10/1294 VBC-T2 (niet gepubliceerd).

van de moedermaatschappij. Het verzoek om een voorlopige voorziening is vervolgens echter afgewezen omdat de boete naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter in stand kon blijven en openbaarmaking niet in strijd kwam met het doel van het toezicht. Het boetebesluit is derhalve na de uitspraak van de voorzieningenrechter alsnog gepubliceerd.[118]

Voorts is denkbaar dat een directeur-enig aandeelhouder van een instelling waaraan een sanctiebesluit is opgelegd of waarop de openbare waarschuwing betrekking heeft als belanghebbende aan een procedure over de publicatie van het besluit of de waarschuwing zal willen deelnemen. Deze zal vrezen voor financiële schade van de instelling waarvan hij aandeelhouder is als gevolg van de reputatieschade die zal worden geleden door openbaarmaking, wat van invloed zal zijn op de waarde van zijn aandelen. De rechtspraak is op dit punt verdeeld en uiterst casuïstisch. Indien de belangen van de directeur-enig aandeelhouder zodanig verweven zijn met de belangen van de onderneming waarop het sanctiebesluit of de waarschuwing betrekking heeft dat deze met die onderneming kan worden vereenzelvigd, is het mogelijk dat de directeur-enig aandeelhouder als belanghebbende bij het publicatiebesluit wordt aangemerkt.[119]

Daarnaast zouden gedupeerden van een overtreding, individueel of bijvoorbeeld via een belangenorganisatie, de AFM kunnen verzoeken om handhavend op te treden tegen de instelling die hen heeft gedupeerd. Indien de AFM vervolgens een boete of een last onder dwangsom oplegt, zullen de gedupeerden mogelijk ook als belanghebbende deelnemen aan de procedure over dat sanctiebesluit en het publicatiebesluit dat daar onderdeel van uitmaakt. Omdat die gedupeerden hebben verzocht om handhavend op te treden, zullen zij wel worden aangemerkt als belanghebbenden bij de sanctie.[120] Het is de vraag of de rechter hen ook als derdebelanghebbenden bij het publicatiebesluit zal aanmerken. Betoogd kan worden dat de verzoekers niet als derdebelanghebbende moeten worden aangemerkt, omdat publicatie al in beginsel verplicht is, juist om het publiek te waarschuwen.[121] Anderzijds is het voorstelbaar dat de rechter een derde ook als belanghebbende bij het publicatiebesluit aanmerkt omdat de publicatie onlosmakelijk samenhangt met de handhaving. Dit laatste lijkt uit het oogpunt van rechtsbescherming het meest wenselijke scenario.

Naar verwachting zal een derde die in het boetebesluit of de last onder dwangsom is genoemd niet als derdebelanghebbende worden aangemerkt. Ter illustratie: er kan een last onder dwangsom worden opgelegd aan een instelling om een van de beleidsbepalers uit zijn functie te ontheffen. In dat geval is die beleidsbepaler belanghebbende bij het dwangsombesluit. Hieruit zou kunnen worden afgeleid

118 Opvallend is overigens dat de moedermaatschappij niet in beroep is opgekomen tegen het boetebesluit met publicatievoornemen, terwijl in die uitspraak het (primaire) boetebesluit inclusief de besluitonderdelen met betrekking tot de twee publicatiemomenten, is herroepen omdat ten onrechte een boete was opgelegd. Zie Rb. Rotterdam 4 mei 2011, JOR 2011, 228, m.nt. Affourtit.

119 Zie bijvoorbeeld ABRvS 8 juni 2001, AB 2001, 217, m.nt. Van Hall; ABRvS 19 augustus 2009, JB 2009, 215 en ABRvS 12 mei 2004, AB 2004, 336, m.nt. Jansen. Anders: ABRvS 3 mei 2006, AB 2006, 392, m.nt. Vermeer.

120 Zie bijvoorbeeld CBb 10 december 2008, JOR 2009, 74, m.nt. Den Boogert.

121 Indien het verzoek om handhaving afkomstig is van een consumentenorganisatie die er belang bij heeft dat het publiek wordt gewaarschuwd, dan ligt het voor de hand dat deze ook als belanghebbende wordt aangemerkt ten aanzien van het besluit over de publicatie van het sanctiebesluit.

dat hij ook belanghebbende is bij de publicatie van het dwangsombesluit. De naam van deze persoon zal echter in beginsel in de openbare versie van het besluit niet zichtbaar zijn omdat deze zal worden aangemerkt als vertrouwelijke informatie die op grond van artikel 1:89 Wft onder de geheimhoudingsplicht van de AFM valt. In dat geval zullen die personen niet als belanghebbenden bij het besluitonderdeel ten aanzien van publicatie worden aangemerkt. Dit is uiteraard anders indien de AFM ten onrechte geen toepassing zou geven aan artikel 1:89 Wft.

4.8 Herstel van onterechte publicatie

Een laatste vorm van bescherming van de betrokkenen betreft de mogelijkheid om te worden 'hersteld' in de situatie voorafgaand aan naming en shaming. Dit betreft weliswaar geen 'rechtsbescherming', maar vormt wel het sluitstuk van de bescherming van de (rechts)persoon die ten onrechte is 'genamed en geshamed'. Het herstel kan plaatsvinden door middel van een rectificatie of door vergoeding van de schade die de betrokkene heeft geleden.

4.8.1 Rectificatie

Indien achteraf blijkt dat ten onrechte tot publicatie is overgegaan, dan kan de betrokkene behoefte hebben aan een rectificatie. Afhankelijk van de wijze waarop de toezichthouder is overgegaan tot openbaarmaking, zal de rectificatie op de website of in een landelijke krant worden geplaatst.

Rectificatie is uiteraard pas op zijn plaats indien vaststaat dat openbaarmaking ten onrechte heeft plaatsgevonden. Dit kan vast komen te staan met uitlatingen van de toezichthouder zelf, met de beslissing op bezwaar of met de uitkomst van de bestuursrechtelijke procedure. Voor boetebesluiten zal een rectificatie slechts gewenst zijn indien het een boete voor een zware overtreding betreft, omdat alleen in dat geval vroegtijdige publicatie kan plaatsvinden. De Rechtbank Rotterdam en het CBb kunnen op de voet van artikel 8:72, vierde lid, Awb de toezichthouder opdragen om het publicatiebesluit te rectificeren[122] of de betrokken instelling of persoon kan in een civielrechtelijke procedure een gebod tot rectificatie vorderen.

Omdat van de rectificatie een zekere rechtvaardiging uitstraalt, lijkt het op het eerste gezicht voor de hand te liggen dat iedere betrokkene een verzoek doet om een rectificatie indien achteraf blijkt dat hij ten onrechte negatieve publiciteit heeft gehad. Ondernemers zullen echter dikwijls geen rectificatie wensen, omdat zij daarmee nogmaals in het nieuws komen. Hoewel de rectificatie tot doel heeft de inhoud van eerdere negatieve berichten recht te zetten, wordt de consument met de rectificatie ook herinnerd aan het eerdere negatieve bericht. Om die reden laten veel betrokkenen een verzoek om een rectificatie achterwege.

122 Een dergelijke opdracht is vooralsnog niet gegeven ten aanzien van een publicatiebesluit op grond van de Wft. De Rechtbank Rotterdam heeft wel al in een tweetal procedures over publicatiebesluiten op grond van de Whc de Consumentenautoriteit gelast om het publicatiebesluit binnen zes weken na de uitspraak te rectificeren, zie Rb. Rotterdam 14 april 2011, LJN BQ1281 en 4 mei 2011, LJN BQ3528.

In het licht van de negatieve effecten van een rectificatie acht ik een rectificatieplicht, zoals voorgesteld door Roth, ongewenst.[123] De instelling of persoon die ten onrechte is 'geshamed' zou zelf in de hand moeten hebben of er al dan niet een rectificatie moet worden geplaatst en dient uiteraard invloed te kunnen uitoefenen op de inhoud van de rectificatie.

4.8.2 Schadevergoeding

Met rectificatie kan alleen worden getracht schade aan de reputatie te herstellen. De materiële schade die de betrokkene heeft geleden en wellicht nog zal lijden zal daarmee niet worden hersteld. Om die schade (en overigens ook eventuele immateriële schade wegens schending van de goede naam) vergoed te krijgen zal een verzoek om schadevergoeding moeten worden gedaan. Schadevergoeding kan via een bestuursrechtelijke en een civielrechtelijke weg worden gevorderd.

Via de civiele weg kan de toezichthouder op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld en kan zo nodig een civiele procedure worden gevoerd. Voor een geslaagde vordering uit onrechtmatige daad dient te zijn voldaan aan vijf vereisten: onrechtmatig handelen van de toezichthouder, toerekenbaarheid, causaal verband, relativiteit en schade.

Bestuursrechtelijk gezien zijn er twee wegen. Tijdens de bestuursrechtelijke procedure waarin het besluit tot het doen van een openbare waarschuwing of het sanctie- en publicatiebesluit ter discussie staan, kan op grond van artikel 8:73 Awb de rechter worden verzocht om tevens een uitspraak te doen over vergoeding van de schade die als gevolg van de publicatie is geleden. Daarnaast kan na afloop van de bestuursrechtelijke procedure de toezichthouder worden verzocht om een zuiver schadebesluit te nemen. Indien dit verzoek wordt afgewezen of de bij zuiver schadebesluit toegekende vergoeding te laag is, dan staat daartegen ook weer bezwaar, beroep en hoger beroep open. In deze bestuursrechtelijke procedures over schadevergoeding wordt aansluiting gezocht bij de criteria die de burgerlijke rechter heeft ontwikkeld voor het aannemen van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad.[124]

Een vordering uit onrechtmatige daad is slechts toewijsbaar indien het publicatiebesluit of het besluit tot het doen van een openbare waarschuwing in de bestuursrechtelijke procedure is vernietigd of herroepen. Alleen dan kan – afhankelijk van de reden voor herroeping of vernietiging – sprake zijn van onrechtmatig handelen van de toezichthouder.[125] Indien dit niet het geval is en dat besluit in stand is gebleven, hetzij omdat geen gebruik is gemaakt van de beschikbare rechtsmiddelen, hetzij omdat het besluit door de Rechtbank Rotterdam en het CBb

123 Zie G.P. Roth, 'De publicatie van waarschuwingen en boetes onder de Wft', in: *OR* 2006, 46. Roth stelt dat het een gemis is dat een bepaling ontbreekt die verzekert dat toezichthouders verplicht zijn eerder gedane publicaties te rectificeren indien later komt vast te staan dat deze onrechtmatig waren.

124 Dat deze criteria ook in het bestuursrecht worden gehanteerd volgt zowel uit de parlementaire geschiedenis van de Awb (MvA II, PG Awb II, p. 476), als uit de rechtspraak van de ABRvS, de CRvB en verschillende rechtbanken (zie onder meer ABRvS 21 april 1995, *AB* 1995, 422, m.nt. Holtmaat; CRvB 6 oktober 1994, *AB* 1995, 534, m.nt. Hennekens; Rb. Den Haag 30 september 1994, *AB* 1995, 134, m.nt. Van der Veen). Ook het CBb hanteert deze criteria, zie bijvoorbeeld CBb 13 april 2004, LJN AO7840 en 10 maart 2005, LJN AT2587.

125 Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 1984, *NJ* 1984, 669, m.nt. Van Borman, *St. Oedenrode/Driessen* en HR 31 mei 1991, *NJ* 1993, 112, m.nt. Van der Brunner, *Van Gog/Nederweert*.

in stand is gelaten, dan staat daarmee op grond van de formele rechtskracht van het besluit in beginsel de rechtmatigheid van dat besluit vast.[126]

Uit de hiervoor besproken rechtspraak volgt dat publicatiebesluiten van de AFM en DNB niet vaak worden herroepen of vernietigd. Eenmaal heeft herroeping van het boetebesluit inclusief de publicaties op grond van artikel 1:97 en 1:98 Wft plaatsgevonden omdat geen sprake was van een overtreding, waarmee is komen vast te staan dat het boetebesluit inclusief de publicatie onrechtmatig is.[127]

In een andere (ook hiervoor reeds besproken) procedure herriep de Rechtbank Rotterdam het boetebesluit alleen voor zover het betrekking had op de publicatie (op twee momenten). De boete zelf bleef in stand, maar de rechtbank achtte publicatie niet op haar plaats wegens gewijzigde omstandigheden bestaande uit het tijdsverloop sinds de boeteoplegging en de omstandigheid dat de betrokken instelling inmiddels over de vereiste vergunning beschikte.[128] Indien de reden voor vernietiging of herroeping is gelegen in nieuwe feiten of gewijzigde omstandigheden, dan brengt die vernietiging of herroeping echter geen onrechtmatigheid van het besluit met zich.[129]

Tot nu toe is nog weinig geprocedeerd over schadevergoeding wegens naming en shaming in het algemeen en nog geheel niet, althans voor zover mij bekend, over naming en shaming op grond van de Wft.[130] De oorzaak hiervan zal met name zijn gelegen in het feit dat publicatiebesluiten slechts bij hoge uitzondering worden vernietigd en dat als vernietiging al plaatsvindt, de reden daarvan veelal is gelegen in gewijzigde omstandigheden.

Een andere reden zal zijn gelegen in het feit dat het in de praktijk lastig blijkt te zijn om de geleden schade en het bestaan van causaal verband tussen die schade en de publicatie te bewijzen. Vaak zijn er meerdere oorzaken denkbaar voor de schade, die veelal zal zijn gelegen in tegenvallende resultaten. Momenteel zullen toezichthouders in het bijzonder naar de financiële crisis wijzen als primaire oorzaak voor omzetschade. Het is in dat geval aan de betrokken onderneming om te bewijzen dat niet de crisis maar de publicatie of openbare waarschuwing de oorzaak is geweest van de schade zoals deze is geleden.[131]

Daarnaast brengt ook een procedure opnieuw publiciteit met zich die, zoals we al zagen bij de rectificatie, vaak als onwenselijk wordt ervaren. De omstandigheid dat de schade die is ontstaan als gevolg van een onrechtmatige publicatie in de praktijk vrijwel niet verhaalbaar blijkt te zijn, vormt eveneens een reden om de

126 Vaste rechtspraak sinds het arrest *Heesch/Van de Akker* (HR 16 mei 1986, *AB* 1986, 573, m.nt. Van der Burg). Dit geldt overigens niet ten opzichte van de derde die niet tegen het besluit tot het doen van een openbare waarschuwing of het publicatiebesluit kon opkomen omdat hij geen belanghebbende was.

127 Rb. Rotterdam 4 mei 2011, *JOR* 2011, 228, m.nt. Affourtit.

128 Rb. Rotterdam 24 maart 2011, *JOR* 2011, 153, m.nt. Voerman.

129 Zie daarover B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb. Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 137.

130 Onder het regime van de Wte 1995 is een enkele keer geprocedeerd over schadevergoeding wegens naming en shaming. Die procedures werden overigens bij de civiele rechter gevoerd, omdat de publicatie destijds niet werd aangemerkt als een besluitonderdeel.

131 Zie hierover F.C.M.A. Michiels, 'Aansprakelijkheid bij naming & shaming', *O&A* 2008, 74.

rechtsbescherming tegen publicatie onder de loep te nemen en in het bijzonder de formulering van de tenzij-clausule.

5 De gebreken in de rechtsbescherming tegen publicatie

5.1 Inleiding

De Wft biedt in bepaalde mate rechtsbescherming tegen een openbare waarschuwing en de publicatie van een sanctiebesluit. Zo kan een voorlopige voorziening tot schorsing van de openbare waarschuwing en het publicatiebesluit worden verzocht en kan worden getracht het besluit tot een openbare waarschuwing of publicatie in bezwaar te laten herroepen of in een bestuursrechtelijke procedure te laten vernietigen.

Dit systeem lijkt echter op twee punten hiaten te bevatten. De toezichthouder *moet* – behoudens situaties als omschreven in de tenzij-clausule – overgaan tot publicatie nog voordat een boetebesluit (opgelegd wegens een zware overtreding) onherroepelijk is. Vervolgens dient het boetbesluit – ongeacht de zwaarte van de overtreding – te worden gepubliceerd nadat deze onherroepelijk is geworden, tenzij openbaarmaking in strijd komt met het doel van het toezicht. Het besluit waarbij een last onder dwangsom is opgelegd *moet* eveneens in beginsel worden gepubliceerd na het verbeuren van de dwangsom, welk moment doorgaans ook eerder is gelegen dan het moment waarop dat besluit onherroepelijk is. Deze beginselplicht is weliswaar te verklaren door het doel van het toezicht (het waarschuwen van het publiek) maar uit de rechtspraak lijkt te kunnen worden afgeleid dat de tenzij-clausule slechts bij hoge uitzondering wordt toegepast om van deze publicatieplicht af te wijken. Het is echter de vraag of deze toepassing van de tenzij-clausule gewenst en toelaatbaar is.

De besproken rechtspraak over de publicatie van een last onder dwangsom toont bovendien dat het publicatiesysteem ten aanzien van dat type sanctiebesluiten een tweede gebrek vertoont, doordat een heroverwegingsmoment voorafgaand aan de publicatie ontbreekt.

Hierna zullen deze twee belangrijkste gebreken aan de bestaande rechtsbescherming worden behandeld en zullen de oplossingen worden besproken waarmee wel voldoende rechtsbescherming kan worden geboden.

5.2 Belangenafweging

5.2.1 *Het ontbreken van een belangenafweging: ongewenst en ontoelaatbaar*

De AFM en DNB kunnen slechts van de beginselplicht tot publicatie afwijken indien zich de situatie voordoet als omschreven in de tenzij-clausule: openbaarmaking komt in strijd met het doel van het toezicht op de naleving van de Wft, dat in artikel 1:25, eerste lid, Wft is omschreven als 'het bevorderen van ordelijke en

transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten'.

Uit de publicatiebesluiten en de rechtspraak volgt dat de toezichthouders en de Rechtbank Rotterdam geen ruimte zien om andere omstandigheden dan strijd met het doel van het toezicht te betrekken in het besluit om tot publicatie over te gaan. Bij de beoordeling van de vraag of openbaarmaking al dan niet in strijd komt met het doel van het toezicht worden de belangen van de betrokken instelling of persoon niet meegewogen. Er vindt dan ook geen belangenafweging plaats, althans geen 'weging' van het belang van openbaarmaking enerzijds en de verschillende belangen van de betrokken instelling of persoon anderzijds.[132] Ook in geval van ruim tijdsverloop sinds de overtreding of de beboeting, dient naar het oordeel van de Rechtbank Rotterdam toch tot publicatie te worden overgegaan, zelfs indien de overtreding al is beëindigd of de overtreder bijvoorbeeld al over de vereiste vergunning beschikt. Slechts in de procedure waarin het tijdsverloop door de AFM zelf was veroorzaakt lag dit anders. Zoals besproken meen ik echter dat de oorzaak van het tijdsverloop niet doorslaggevend zou moeten zijn omdat het effect voor de betrokkene gelijk is: er vindt alsnog publicatie plaats terwijl het belang van het waarschuwen van het publiek inmiddels achterhaald is. Tijdsverloop zal zoals gezegd in een procedure over de schorsing van de publicatie van een last onder dwangsom doorgaans geen reden zijn voor schorsing, aangezien die publicatie plaatsvindt direct na overtreding van de last. In dat geval ziet de publicatie derhalve op een actuele gebeurtenis. Dit zou echter anders kunnen zijn indien de publicatie van de last onder dwangsom wel is geschorst, omdat de voorzieningenrechter twijfelt over de rechtmatigheid van het dwangsombesluit, en de Rechtbank Rotterdam of het CBb het dwangsombesluit wel in stand laat. In dat geval zou het tijdsverloop tussen de overtreding van de last en de publicatie eveneens moeten kunnen worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of publicatie op dat moment al dan niet op zijn plaats is.

Het belang van de vermeende overtreder om schade te voorkomen zou eveneens aandacht moeten krijgen. In de rechtspraak over publicaties op grond van de Wft is echter te zien dat de Rechtbank Rotterdam herhaaldelijk heeft overwogen dat reputatieschade geen reden voor het uitblijven van publicatie kan zijn, omdat die schade niet maakt dat openbaarmaking in strijd komt met het doel van het toezicht.[133] Dit lijkt echter wel het geval. Reputatieschade is juist van grote invloed op het doel van het toezicht, omdat vertrouwen in de financiële sector, zeker waar het banken betreft, een van de kernwaarden voor het functioneren van die sector is. Voor zover dit niet al voor zich spreekt, blijkt dit ook al uit het risico van een *bank-run* na een waarschuwing van de financiële toezichthouders. Juist om die reden blijven openbare waarschuwingen van DNB in de regel achterwege. Voor het bereiken van het doel van het toezicht (het bevorderen van ordelijke en transparante

132 Zie gelijk Doorenbos 2007, p. 81.

133 In een recente uitspraak heeft de voorzieningenrechter voor het eerst wel getoetst of publicatie onevenredige schade zou toebrengen aan de betrokken partijen. Hij oordeelde dat dit niet het geval was en er om die reden geen aanleiding bestond voor een publicatieverbod, Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2011, LJN BT2712. Het is echter de vraag of uit deze uitspraak moet worden afgeleid dat de voorzieningenrechter tot schorsing van de publicatie zou zijn overgegaan indien hij had geoordeeld dat de publicatie wel onevenredige schade zou toebrengen.

financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten) is dit vertrouwen dan ook noodzakelijk. Beschadiging van de reputatie van financiële instellingen kan het vertrouwen in de financiële sector immers wel degelijk schaden en kan derhalve de bevordering van financiëlemarktprocessen juist tegenwerken. In dat licht kan openbaarmaking, indien forse reputatieschade zal ontstaan, wel degelijk in strijd met het doel van het toezicht komen. Dit pleit er dan ook voor om de tenzij-clausule ruimer uit te leggen, zodat in bepaalde gevallen kan worden afgeweken van de beginselplicht tot publicatie.

De wetgever lijkt dit over het hoofd te hebben gezien. De kans op forse reputatieschade is tijdens de totstandkoming van de Wft hoe dan ook onvoldoende over het voetlicht gebracht. Reputatieschade is slechts aan de orde geweest in het kader van de vrees voor claims en de aansprakelijkheidsrisico's voor de staat en niet in verband met de afweging van belangen van de vermeende overtreder. De regering wees die vrees van de hand met de opmerking dat het met reputatieschade wel zal meevallen, omdat deze veelal betrekking zou hebben op illegale instellingen 'in welk geval er geen sprake is van een instelling met een goed imago dat een deuk kan oplopen'.[134] Voor zover de publicatie betrekking heeft op een niet-illegale instelling, zou het risico voor claims volgens de regering eveneens meevallen gelet op de – hiervoor besproken – eisen die gelden voor een geslaagde aansprakelijkstelling, zodat daarin geen reden is om van een openbaarmakingsafdeling in de Wft af te zien.

De stelling dat de reputatie van illegale instellingen niet wordt geschaad is wel erg kort door de bocht. Onder illegale instellingen vallen immers niet alleen onbetrouwbare instellingen die zich bijvoorbeeld met boiler-roompraktijken bezighouden, maar ook 'normale', bonafide instellingen die slechts voor een bepaalde activiteit (nog) niet over de vereiste vergunning beschikken. Een dergelijke instelling kan wel degelijk in haar reputatie worden geschaad. Uit de stelling van de regering kan bovendien worden afgeleid dat legale instellingen kennelijk doorgaans wel een goede reputatie hebben, die wel degelijk kan worden geschaad. Kortom, de regering erkent in feite met haar eigen redenering dat wel moet worden gevreesd voor reputatieschade waar het publicaties van legale instellingen betreft.

Geconcludeerd moet worden dat de omstandigheid dat forse reputatieschade kan ontstaan indien ten onrechte wordt overgegaan tot publicatie, niet in de totstandkoming van afdeling 1.5.2 van de Wft is betrokken. Voorstanders van naming en shaming zien geen aanleiding voor een verruiming van de belangenafweging. Zij stellen dat het in de praktijk met (reputatie)schade wel zal meevallen. Daarbij wordt dikwijls verwezen naar een onderzoek van Van Erp naar naming en shaming door de AFM in de jaren 2007 en 2008, waaruit zou blijken dat de reputatieschade beperkt zal zijn.[135] Reden hiervoor zou zijn dat de meeste consumenten niet geïnteresseerd zouden zijn in financiële producten en niet uit zichzelf op zoek gaan naar informatie over financiële producten en media niet altijd of niet uitgebreid

134 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 19. Michiels meent dat deze reactie opmerkelijk is wanneer men bedenkt dat de openbare waarschuwing ex art. 48n Wte 1995 met name illegale instellingen betrof en daarbij juist mede met het oog op het sanctionerende karakter extra waarborgen werden getroffen. Zie Michiels 2007b, p. 92.

135 J. van Erp, *Naming en shaming in het markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 100 e.v. en 160.

zouden berichten over openbare waarschuwingen van de AFM. Als de informatie de consument al bereikt, blijkt volgens Van Erp dat consumenten de gegevens over het algemeen niet gebruiken en soms waarschuwingen in de wind slaan. Een waarschuwing op internet zou vaak geen tegenwicht bieden tegen het vertrouwen dat met investeerders is opgebouwd.

Ik meen echter dat niet kan worden volstaan met een verwijzing naar de bevindingen van Van Erp. De uitkomsten van haar onderzoek zijn niet goed te rijmen met het doel van de publicatie. Indien het publiek, zoals Van Erp stelt, geen acht slaat op de publicaties, dan zou het publiceren van sanctiebesluiten en het uitvaardigen van openbare waarschuwingen immers geen nut hebben. Bovendien vraag ik mij af of het juist is dat de publicaties van de AFM en DNB het publiek niet bereiken. De laatste jaren is het handhavend optreden van de AFM en DNB immers steeds meer in de belangstelling komen te staan, zowel van de consument als van de media en het bereik van de berichten van de toezichthouders is vergroot als gevolg van attenderingen van hun websites en zoekmachines. Ook de invloed van sociale media heeft daarbij een rol gespeeld. De crisis heeft er aan bijgedragen dat het publiek hogere verwachtingen heeft gekregen van het ingrijpen van de toezichthouders. De informatie die deze toezichthouders verstrekken over hun handhavend optreden bereikt dan ook wel degelijk het publiek.

Het spreekt naar mijn mening voor zich dat ondernemingen reputatieschade lijden als gevolg van de publicaties die plaatsvinden op grond van de Wft. Juist om die reden zien veel instellingen ervan af om op te komen tegen boetebesluiten. Zij nemen de publicatie kort na de boeteoplegging voor lief en leggen zich neer bij de boete om te voorkomen dat mogelijk een tweede publicatie na afloop van de procedure plaatsvindt. Deze praktijk heeft tot gevolg dat sanctiebesluiten die wellicht volstrekt onjuist zijn, vaak niet aan de rechter worden voorgelegd in verband met de effecten van publicatie die in verband met de beginselplicht tot publicatie onlosmakelijk zijn verbonden aan de sanctie. Dat die reputatieschade vaak niet concreet is te maken wegens bewijsrechtelijke obstakels, doet aan het voorgaande niet af. De omstandigheid dat die schade lastig concreet is te maken, pleit er juist voor om in het voortraject, lees: de besluitvorming tot en beoordeling van de publicatie, voldoende bescherming te bieden tegen het onnodig openbaar maken van overtredingen en sanctiebesluiten.

Zoals besproken worden de hiervoor besproken belangen en andere omstandigheden van het geval vooralsnog niet toegelaten in de beoordeling van het publicatiebesluit. Door de strikte toepassing van de tenzij-clausule door de toezichthouders en de rechter wordt slechts bezien of openbaarmaking al dan niet in strijd komt met het doel van het toezicht en worden andere belangen en omstandigheden niet meegewogen, terwijl deze wel zouden moeten worden betrokken in de afweging door de toezichthouder en de rechter. De focus van de toezichthouders en de Rechtbank Rotterdam ligt volledig bij het waarschuwen van het publiek voor vermeende overtredingen. De specifieke belangen van de vermeende overtreder of de omstandigheden van het geval blijven hierdoor volledig buiten beeld.

Uiteraard dient het publiek te worden gewaarschuwd voor zware overtredingen, maar die waarschuwing dient niet ten koste van alles te gaan. In bepaalde gevallen bestaat er wel degelijk aanleiding om van publicatie af te zien. Indien de overtreding bijvoorbeeld niet ernstig is terwijl aannemelijk is dat de vermeende overtreder forse (reputatie)schade zal lijden, dan weegt het belang van openbaarmaking

(het waarschuwen van het publiek) mijns inziens in bepaalde gevallen niet op tegen het belang dat de vermeende overtreder heeft om publicatie te voorkomen. De beginselplicht tot publicatie brengt ook met zich dat een aan een natuurlijke persoon (als feitelijk leidinggevende of opdrachtgever) opgelegde boete wordt gepubliceerd, terwijl er geen reden bestaat voor waarschuwing van het publiek tegen die natuurlijke persoon. De tenzij-clausule, althans zoals deze nu wordt uitgelegd door de toezichthouders en de rechter, biedt ook voor die situatie geen ruimte om de belangen van de betrokken persoon mee te wegen, waaronder het belang bij het voorkomen van reputatieschade.

Doordat de tenzij-clausule te beperkt wordt uitgelegd, kunnen de specifieke belangen van de betrokkene en de omstandigheden van het geval niet worden betrokken bij de vraag of publicatie al dan niet op zijn plaats is, hetgeen – zoals hiervoor besproken – onwenselijk is. Daarnaast lijkt deze strikte uitleg ook ontoelaatbaar te zijn. Ik licht dit hierna toe.

Strijd met artikel 3:4 Awb

In de eerste plaats vereist artikel 3:4, eerste lid, Awb dat een besluit voldoet aan het evenredigheidsbeginsel en vereist het tweede lid van dit artikel een afweging van de wederzijdse belangen. Bovendien geldt, gelet op het (eveneens) punitieve karakter van de publicatie, dat de rechter de belangenafweging die door de toezichthouder is toegepast tijdens de besluitvorming over de publicatie indringend dient te toetsen. Uit de besproken rechtspraak blijkt zoals gezegd dat die belangenafweging veelal ontbreekt omdat de Rechtbank Rotterdam en de voorzieningenrechter daarvoor geen ruimte zien in verband met de beperkte uitzonderingsgrond in de tenzij-clausule.

Op grond van het eerste lid van artikel 3:4 Awb kan van deze belangenafweging worden afgeweken indien uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit. De Rechtbank Rotterdam en de voorzieningenrechter zijn kennelijk van oordeel dat de tenzij-clausule in afdeling 1.5.2 Wft het meewegen van andere belangen dan het doel van het toezicht uitsluit. Dit roept de vraag op of de wetgever inderdaad een verdergaande belangenafweging heeft uitgesloten en zo ja, of de wetgever terecht tot die uitsluiting heeft kunnen komen.

In paragraaf 4.3.1 besprak ik reeds dat ook uit de parlementaire geschiedenis bij de Wft lijkt te kunnen worden afgeleid dat de wetgever een belangenafweging op grond van artikel 3:4 Awb niet volledig heeft willen uitsluiten. Niet alleen de nota naar aanleiding van het verslag geeft aanleiding voor dat standpunt, maar eveneens de memorie van toelichting bij de Wijziging van de Wft ter implementatie van de MiFID. Uit deze laatste toelichting volgt naar mijn mening dat de wetgever met de tenzij-clausle in de Wft wel degelijk ruimte heeft willen bieden voor een belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel met deze clausule niet heeft willen uitsluiten.

Indien deze toelichting wordt gelezen in samenhang met de toelichting op het wettelijke systeem in de nota naar aanleiding van het verslag, dan volgt daaruit dat de wetgever een beginselplicht tot publicatie wenselijk heeft geacht en het belang van de betrokken onderneming of persoon in beginsel ondergeschikt is aan het belang van het waarschuwen van het publiek. Dit sluit echter niet uit dat in gevallen waarin publicatie tot onevenredig nadeel bij de betrokken onderneming of persoon zal leiden of de financiële markten ernstig in gevaar worden gebracht,

publicatie wel degelijk achterwege dient te blijven. In dergelijke situaties komt publicatie volgens de wetgever ook in strijd met het doel van het toezicht en volgt uit de tenzij-clausule dat een uitzondering dient te worden gemaakt op de beginselplicht tot publicatie.

Uit het voorgaande leid ik af dat de wetgever met de tenzij-clausule niet heeft bedoeld een belangenafweging uit te sluiten. Anders dan bijvoorbeeld Doorenbos, Hoff en Roth meen ik dat de tenzij-clausule wel enige ruimte biedt voor een belangenafweging of een evenredigheidstoets.[136] Om die reden zien de Rechtbank Rotterdam en de voorzieningenrechter mijns inziens ten onrechte geen ruimte voor een belangenafweging. Het doel van het toezicht op de naleving van de Wft wordt te beperkt uitgelegd, terwijl de wetgever met die verwijzing een belangenafweging niet heeft willen uitsluiten. Ik meen dat in bepaalde gevallen, zoals gevallen waarin als gevolg van publicatie forse reputatieschade zal worden geleden of waarin geen belang bestaat bij publicatie, openbaarmaking wel achterwege kan blijven onder toepassing van de tenzij-clausule. De beperkte uitleg die de toezichthouders zelf en de Rechtbank Rotterdam en de voorzieningenrechter vooralsnog hebben gegeven aan de tenzij-clausule komt derhalve in strijd met het evenredigheidsbeginsel, nu uit de parlementaire geschiedenis bij de Wft en de MiFID volgt dat de wetgever niet heeft bedoeld toepassing van dit beginsel uit te sluiten.

Strijd met de onschuldpresumptie

In de tweede plaats komt het ontbreken van een belangenafweging in strijd met de in artikel 6 EVRM voorgeschreven onschuldpresumptie. Zoals in paragraaf 3.4 besproken, sluit de onschuldpresumptie weliswaar niet uit dat de tenuitvoerlegging, in dit geval de publicatie, plaatsvindt voordat de rechter onherroepelijk over de schuld van de overtreder heeft beslist, maar moet die tenuitvoerlegging wel binnen redelijke grenzen worden toegepast, waarbij een rechtvaardig evenwicht tussen de betrokken belangen in acht moet worden genomen. De onschuldpresumptie stelt derhalve bijzondere eisen aan de belangenafweging die plaatsvindt in het kader van de besluitvorming door de toezichthouder en de beoordeling daarvan door de voorzieningenrechter.

De voorzieningenrechter heeft geoordeeld dat geen sprake is van strijd met de onschuldpresumptie omdat de betrokkene een verzoek tot schorsing van de publicatie kan doen: 'In dit verband overweegt de voorzieningenrechter dat artikel 1:101 van de Wft verzoekster de mogelijkheid biedt de openbaarmaking tegen te houden totdat de voorzieningenrechter zich over de voorgenomen publicatie heeft gebogen en dat dit systeem van rechterlijke toetsing verzoekster niet afhoudt van de mogelijkheid een voorziening te vragen bij een rechter die een volledige bevoegdheid heeft zich te buigen over vragen van feitelijke aard en rechtsvragen ter zake van het geschil. Dat de wet het kader aangeeft waarbinnen uitzonderingen op de algemene publicatieplicht moeten worden gevonden, maakt dit niet anders. De voorzieningenrechter komt immers wel een zogenoemde 'full jurisdiction' toe

136 Doorenbos 2007, p. 81; G.T.J. Hoff in zijn noot onder *JOR* 2008, 273. Zie eveneens Roth 2006 en 'De publicatie van boetes door de AFM en DNB. De stand van zaken na 2,5 jaar krakkemikkige wetgeving', in: *OR* 2009, 144. Anders: Grundmann-van de Krol 2008, p. 679 en in haar noot onder Vzr. Rb. Rotterdam 5 november 2008, *JOR* 2009, 16.

met betrekking tot de vragen die leiden tot de boeteoplegging zelf, die de grondslag vormt voor de publicatie.'[137]

De enkele omstandigheid dat de mogelijkheid bestaat om publicatie tegen te gaan, maakt echter nog niet dat is voldaan aan de eisen die het EHRM stelt: de tenuitvoerlegging dient binnen redelijke grenzen te worden toegepast, waarbij een *rechtvaardig evenwicht tussen de betrokken belangen* in acht moet worden genomen. In ieder individueel geval dient te worden bezien of al dan niet sprake is van een dergelijk *rechtvaardig* evenwicht tussen de belangen van de individuele betrokkene enerzijds en het belang van publicatie van de betreffende sanctie anderzijds.

Zoals besproken ontbreekt juist die afweging van de betrokken belangen, omdat de voorzieningenrechter en de Rechtbank Rotterdam geen ruimte zien voor een zelfstandige belangenafweging naast de toetsing aan de tenzij-clausule. Hierdoor ontstaat de situatie dat de toezichthouder zonder enige belangenafweging overgaat tot openbaarmaking van een overtreding of sanctiebesluit terwijl daar bovendien nog geen objectief oordeel van een rechter over is gegeven. Daarmee lijkt dan ook niet te zijn voldaan aan de onschuldpresumptie, hetgeen eveneens pleit voor een uitbreiding van de tenzij-clausule of wellicht een uitbreiding van de toetsing door de rechter.

Strijd met artikel 8:81 Awb

In de derde plaats lijkt het ontbreken van een belangenafweging strijd met artikel 8:81 Awb met zich te brengen. In de procedure met betrekking tot de voorlopige voorziening gaat aan de toetsing van de tenzij-clausule een voorlopig rechtmatigheidsoordeel in de zin van artikel 8:81 Awb vooraf. Op grond van dat artikel dient echter in het kader van dat voorlopige rechtmatigheidsoordeel ook een afweging plaats te vinden van de belangen van de betrokken partijen. Deze afweging lijkt echter niet plaats te vinden in de beoordeling door de voorzieningenrechter van een verzoek tot schorsing van de publicatie van een boetebesluit of dwangsombesluit. De voorzieningenrechter ziet daarvoor immers geen ruimte gelet op de strikte omschrijving van de tenzij-clausule. Weliswaar kan een aantal belangen worden meegewogen in het voorlopig rechtmatigheidsoordeel dat de voorzieningenrechter op basis van het vaste toetsingskader vormt over het onderliggende boete- of dwangsombesluit, maar een groot aantal omstandigheden kan niet in dat rechtmatigheidsoordeel worden betrokken en wordt evenmin door de voorzieningenrechter in de toetsing aan de tenzij-clausule meegewogen. Het risico op forse reputatieschade is echter juist een omstandigheid die in het kader van de beoordeling van een verzoek om een voorlopige voorziening zou moeten worden meegewogen, hetgeen nu ten onrechte niet gebeurt.

In het licht van het vaste toetsingskader van de voorzieningenrechter valt één uitspraak op. Het betreft de uitspraak die de voorzieningenrechter deed over de openbaarmaking op grond van artikel 1:98 Wft die de AFM ruim na het onherroepelijk worden van het boetebesluit wilde laten plaatsvinden. In die uitspraak heeft de voorzieningenrechter onder verwijzing naar artikel 8:81 Awb uitdrukkelijk een belangenafweging toegepast. 'In het kader van de op grond van artikel 8:81 Awb door de voorzieningsprocedure te verrichten belangenafweging [neemt de

137 Vzr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, JOR 2008, 274, m.nt. Hoff, herhaald in Vzr. Rb. Rotterdam 2 juli 2009, JOR 2009, 262.

voorzieningenrechter] in aanmerking dat een afwijzing van het verzoek om schorsing van de publicatiebeslissing onomkeerbare gevolgen heeft, terwijl het belang van de AFM bij het op korte termijn (alsnog) kunnen overgaan tot een tweede openbaarmaking blijkbaar gering is nu zij lange tijd heeft gewacht met het nemen van deze beslissingen.'[138] Deze uitspraak zag weliswaar op een bijzondere situatie, maar vormt wellicht toch een aanwijzing dat de voorzieningenrechter (inmiddels) ruimte ziet voor een afweging van de wederzijdse belangen. In deze situatie stond immers al vast dat de betrokkene een overtreding had begaan, nu het de publicatie op grond van artikel 1:98 Wft betrof. Voor een risico dat het publiek *onjuist* zou worden geïnformeerd behoefde dan ook niet meer te worden gevreesd. Het belang van de overtreder zal er vermoedelijk in hebben gelegen dat het informeren van het publiek achterhaald was als gevolg van de tijd die sinds de overtreding was verstreken.

Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat het door de voorzieningenrechter gevormde toetsingskader niet voldoet aan de eisen die artikel 8:81 Awb stelt aan de beoordeling van een verzoek om een voorlopige voorziening, hetgeen een aanpassing van de toetsing door de rechter, dan wel een aanpassing van de wet vereist.

5.2.2 *Oplossingen*

Het ontbreken van ruimte voor een belangenafweging is niet alleen ongewenst omdat op die manier een onredelijke situatie ontstaat, maar eveneens ontoelaatbaar omdat dit in strijd komt met het evenredigheidsbeginsel, de onschuldpresumptie en in een voorlopigevoorzieningsprocedure ook met artikel 8:81 Awb. Uit de besproken rechtspraak volgt dat de Rechtbank Rotterdam en de voorzieningenrechter in de tenzij-clausule geen ruimte zien voor een afweging van de verschillende belangen en omstandigheden die een rol spelen bij publicatie van een sanctiebesluit. In dat licht lijkt een tweetal oplossingen denkbaar.

In de eerste plaats zou de *rechter* de tenzij-clausule ruimer kunnen uitleggen aan de hand van het evenredigheidsbeginsel. Dit is de minst vergaande oplossing. De rechter heeft daar vooralsnog geen ruimte voor gezien en heeft de tenzij-clausule uiterst strikt geïnterpreteerd. Het doel van het toezicht wordt door de AFM en DNB, evenals door de Rechtbank Rotterdam, ingevuld met de omschrijving in artikel 1:25, eerste lid, Wft waarin het doel is omschreven als 'het bevorderen van ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten'.

Een ruimere uitleg van het doel van het toezicht lijkt echter meer op zijn plaats. De reputatieschade die ontegenzeggelijk in veel gevallen zal kunnen ontstaan als gevolg van openbaarmaking van een sanctiebesluit of (vermeende) overtreding, laat dit duidelijk zien. Als openbaarmaking leidt tot faillissement van de betrokken onderneming lijkt er wel degelijk sprake te zijn van strijd met het doel van het toezicht. Het doel van het toezicht is immers niet het beëindigen van een onderneming die een overtreding heeft begaan. Het lichtvaardig gebruik maken van de publicatiebevoegdheid lijkt ook op gespannen voet te staan met het doel van het

138 Vzr. Rb. Rotterdam 7 december 2010, *JOR* 2011, 117, m.nt. De Groot.

toezicht. Het komt mij voor dat een dergelijk gebruik van die bevoegdheid de grenzen van het nalevingstoezicht te buiten gaat.

Deze ruimere uitleg volgt ook uit de hiervoor besproken toelichting bij de MiFID. De wetgever heeft met de tenzij-clausule ook ruimte willen creëren om van de beginselplicht tot publicatie af te wijken indien de financiële markten ernstig in gevaar worden gebracht door publicatie of aan betrokken partijen onevenredige schade zal worden toegebracht. Ik zou echter menen dat het evenredigheidsbeginsel ook ruimte biedt om in gevallen waarin publicatie achterhaald of overbodig is van deze beginselplicht af te wijken. In dergelijke gevallen is er geen belang (meer) bij het waarschuwen van het publiek terwijl de betrokkene wel belang heeft bij het voorkomen van de publicatie omdat daarmee een onjuist of onwenselijk beeld wordt geschetst. Ook in gevallen waarin (nog) niet vast staat dat onevenredige schade zal worden geleden, maar bijvoorbeeld wel aannemelijk is dat een negatief beeld zal ontstaan, kan het belang bij publicatie zo beperkt zijn dat een belangenafweging alsnog leidt tot de conclusie dat openbaarmaking achterwege dient te blijven. Gelet op het feit dat het evenredigheidsbeginsel volgens de wetgever ook op het besluit tot publicatie van toepassing is, biedt de tenzij-clausule naar mijn mening ook in dergelijke situaties ruimte voor een uitzondering op de beginselplicht tot publicatie.

De voorzieningenrechter heeft in de besproken uitspraak, die zag op de (voorgenomen) publicatie van een onherroepelijke boete ruim na de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, wel een belangenafweging op grond van artikel 8:81 Awb toegepast.[139] Uit het tijdsverloop tussen het onherroepelijk worden van de boete en het moment waarop de AFM deze ex artikel 1:98 Wft wilde publiceren, heeft de voorzieningenrechter kennelijk afgeleid dat er mogelijk minder belang bestond bij het waarschuwen van het publiek. Wellicht kan uit deze uitspraak worden afgeleid dat de voorzieningenrechter de wens heeft om de belangen van de overtreder te kunnen betrekken in de toetsing aan de tenzij-clausule. De uitspraak ziet weliswaar op een uitzonderlijke situatie, maar roept desondanks de vraag op waarom een belangenafweging wel op zijn plaats is indien al vaststaat dat een overtreding is begaan en publicatie derhalve alleen achterwege kan blijven op grond van toetsing aan de tenzij-clausule en niet in de beoordeling van een verzoek om een voorlopige voorziening tot voorkoming van vroegtijdige publicatie. In beide gevallen moet immers worden getoetst aan de tenzij-clausule. Opgemerkt zij dat tijdsverloop in een voorlopige voorziening ten aanzien van de publicatie van een last onder dwangsom geen aanleiding zal vormen voor schorsing, aangezien die publicatie juist plaatsvindt nadat de last is overtreden en een dwangsom wordt verbeurd. De publicatie is in die situatie juist actueel. Dit kan anders zijn in een bodemprocedure, nu in dat geval wel enig tijdsverloop tussen de overtreding van de last en de publicatie kan zijn gelegen, zeker indien tot aan het CBb is geprocedeerd.

In bodemprocedures zouden de Rechtbank Rotterdam en het CBb de belangen van de onderneming of persoon waar het sanctiebesluit betrekking op heeft om de hiervoor genoemde redenen op grond van het in artikel 3:4 Awb opgenomen evenredigheidsbeginsel en een ruimere uitleg van de tenzij-clausule moeten betrekken in de beoordeling van een publicatiebesluit. De uitkomst van die afweging

139 Vzr. Rb. Rotterdam 7 december 2010, JOR 2011, 117, m.nt. De Groot.

zal telkens afhangen van het omstandigheden van het specifieke geval. Het voorschrijven van die weging is om die reden niet op zijn plaats. De toezichthouder heeft bovendien een zekere mate van beleidsvrijheid ten aanzien van de weging van de verschillende belangen en omstandigheden, die de rechter terughoudend behoort te toetsen.

In de tweede plaats zou de *wetgever* de tenzij-clausule kunnen verruimen, waarbij wordt afgestapt van de beginselplicht tot publicatie om ruimte te bieden voor een belangenafweging.

Ik meen dat het creëren van een discretionaire bevoegdheid tot publicatie een stap te ver is. Het is vanzelfsprekend dat het publiek belang heeft bij een waarschuwing voor illegale situaties en in ernstige gevallen is een waarschuwing nog voordat een rechter zich hierover heeft gebogen ook op zijn plaats. Wat nu echter ontbreekt is een mogelijkheid om af te zien van publicatie in minder ernstige gevallen of in gevallen waarin het belang van de betrokken instelling of persoon zwaarder dient te wegen. Een discretionaire bevoegdheid zal naar verwachting leiden tot meer rechtsonzekerheid en tot meer discussies. Indien publicatie in beginsel plaatsvindt, behoudens uitzonderlijke gevallen, dient de discussie zich te beperken tot de vraag of de toezichthouder de belangen juist heeft afgewogen.

Om die reden zou ik willen voorstellen dat de tenzij-clausule wordt gewijzigd door middel van een aanvulling. Deze zou kunnen luiden: 'tenzij openbaarmaking in strijd komt met het doel van het toezicht of de betrokken belangen daartoe aanleiding geven.' Beter lijkt echter een gehele wijziging van de tenzij-clausule waarbij wordt aangesloten bij het evenredigheidsbeginsel. Het belang van het doel van het nalevingstoezicht dient immers reeds op grond van het evenredigheidsbeginsel te worden afgewogen tegen de belangen van de betrokken instelling of persoon.

Deze herformulering van de beginselplicht tot publicatie is ook wenselijk omdat daarmee wordt aangesloten bij de met de beginselplicht tot publicatie vergelijkbare beginselplicht tot handhaving, maar laat wel ruimte voor een belangenafweging. Op grond van deze beginselplicht dient een bestuursorgaan in beginsel over te gaan tot handhaving in geval van een illegale situatie, tenzij er sprake is van een concreet uitzicht op legalisatie of sprake is van bijzondere omstandigheden die maken dat handhavend optreden zodanig onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.[140] Op basis van een toetsing van de bijzondere omstandigheden van het geval, en daarmee ook de wederzijdse belangen, aan artikel 3:4, tweede lid, Awb wordt bezien of handhaving al dan niet op zijn plaats is.[141] Een vergelijkbare toetsing, al dan niet na aanpassing van de Wft, lijkt gelet op de besproken problemen meer op zijn plaats. Met een dergelijke formulering geldt nog steeds als uitgangspunt dat een boetebesluit of last onder dwangsom wordt gepubliceerd, maar wordt er meer ruimte geboden om waar nodig van deze beginselplicht af te wijken. Op die manier blijft sprake van een beginselplicht tot publicatie en kan

140 ABRvS 30 juni 2004, *JB* 204, 293, m.nt. Albers en ABRvS 30 maart 2011, *AB* 2011, 135, m.nt. van Hall.

141 Het onderzoek van Van Erp pleit overigens ook niet voor een beginselplicht tot publicatie. Sterker, Van Erp bepleit een discretionaire bevoegdheid tot openbaarmaking omdat op die manier een keuze kan worden gemaakt voor zaken die geschikt zijn om een normatieve boodschap over te brengen over goed en verantwoordelijk gedrag van ondernemingen. Zie Van Erp 2009, p. 168.

naar mijn mening niet van een discretionaire bevoegdheid tot publicatie worden gesproken.

Indien wordt bedacht dat de (beperkte) rechtsbescherming tegen publicatie pas op het laatste moment tijdens de totstandkoming van de Wft is opgenomen, lijkt een aanpassing van de inhoud van de tenzij-clausule – vijf jaar na invoering van de Wft – gelet op de problemen die blijken uit de praktijk ook niet zo gek.[142]

Met de aanpassing van de wet zou overigens kunnen worden gewacht totdat blijkt of het CBb een zelfde beperkte uitleg geeft aan de tenzij-clausule als de Rechtbank Rotterdam en de voorzieningenrechter tot nu toe hebben gedaan. Wellicht ziet het CBb in de tenzij-clausule wel ruimte voor een belangenafweging, in welk geval de voorgestelde wijziging van de uitzonderingsgrond op de beginselplicht tot publicatie achterwege kan blijven.[143]

5.3 De automatische publicatie van een last onder dwangsom

5.3.1 Ongewenst automatisme van publicatie

In aansluiting op de bespreking van de tenzij-clausule, verdient de publicatie van een last onder dwangsom bijzondere aandacht. Nog afgezien van het feit dat de tenzij-clausule op basis van de uitleg van de huidige jurisprudentie te beperkt is omdat deze geen afweging van de wederzijdse belangen mogelijk maakt, geldt dat ook het *systeem* van openbaarmaking van een besluit tot oplegging van een last onder dwangsom onvoldoende rechtsbescherming biedt omdat er voorafgaand aan de publicatie geen ruimte is voor een heroverweging en er geen ruimte is voor een discussie over de vraag of al dan niet sprake is van verbeurte van de dwangsom.

Het eerste probleem van het systeem van automatische publicatie doet zich voor indien enige tijd is verstreken tussen enerzijds het moment waarop de last onder dwangsom is genomen en is besloten tot publicatie en anderzijds het moment waarop de eerste dwangsom wordt verbeurd.

Vaak heeft een last onder dwangsom betrekking op een verplichting om iets te doen. Zo legt de AFM regelmatig een last onder dwangsom op voor het niet voldoen aan een bepaalde informatieplicht. Indien niet binnen de begunstigingstermijn aan die last wordt voldaan, dan verbeurt de overtreder de eerste dwangsom direct na het aflopen van die termijn. In dat geval is tussen oplegging van de last onder dwangsom en verbeurte niet veel tijd gelegen. De automatische publicatie vindt daarmee relatief kort na de besluitvorming over de oplegging van de last onder dwangsom plaats. Dit betekent dat er ook relatief weinig tijd is gelegen tussen de publicatie en de toetsing aan de tenzij-clausule, die in het kader van de besluitvorming over de oplegging van de last onder dwangsom heeft plaatsgevonden.

Dit is anders indien de last betrekking heeft op een verboden handeling en derhalve op een verplichting tot niet-doen. In dat geval verbeurt de overtreder een dwangsom pas op het moment dat die overtreding voor het eerst plaatsvindt. Het is mogelijk dat die overtreding pas na verloop van tijd plaatsvindt. Nu publica-

142 De rechtsbescherming tegen publicatie van sanctiebesluiten is pas na veel kritiek (zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 39) geïntroduceerd in de Wft met de zesde nota van wijziging, *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 41.

143 Een uitspraak van het CBb wordt op zijn vroegst in de loop van 2012 verwacht.

tie direct is gekoppeld aan het verbeuren van de dwangsom, is de toezichthouder verplicht om tot publicatie van het dwangsombesluit over te gaan. De toezichthouder heeft door het automatisme van publicatie geen mogelijkheid om opnieuw te toetsen of publicatie op dat moment wellicht in strijd komt met het doel van het toezicht.

Dit probleem werd duidelijk zichtbaar in de besproken uitspraak van de voorzieningenrechter. Het lange tijdsverloop sinds de oplegging van de last onder dwangsom was naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende aanleiding om publicatie in strijd te achten met de doelstellingen van het gedragstoezicht.[144] Grundmann-Van de Krol merkt in haar noot onder deze uitspraak terecht op dat daarmee wordt voorbijgegaan aan het feit dat (a) de wet het moment van afweging koppelt aan het moment waarop de dwangsom wordt verbeurd en (b) naarmate het tijdsverloop tussen lastoplegging en verbeurte van de dwangsom groter wordt een actuele afweging tot een ander afwegingsresultaat zou kunnen leiden. Artikel 1:99 Wft lijkt de voorzieningenrechter niet de mogelijkheid te geven van de toezichthouder te verlangen een afzonderlijk afwegingsbesluit (publicatiebesluit) te nemen.

Ik ben het met Grundmann-Van de Krol eens dat de tenzij-clausule van de toezichthouder verlangt dat na verbeurte wordt nagegaan of op dat moment alsnog al dan niet aan de tenzij-clausule is voldaan. Dit wordt immers ook verlangd ten aanzien van de publicatie van een boetebesluit op grond van artikel 1:98 Wft indien enige tijd is verstreken na het moment waarop de boete onherroepelijk is geworden.[145] Waarom zou dit dan niet gelden voor de publicatie van de last onder dwangsom? De tenzij-clausule in artikel 1:99 Wft wijkt immers niet af van de tenzij-clausule die is opgenomen in artikel 1:98 Wft. In veel gevallen zal deze heroverweging alsnog geen aanleiding geven om van publicatie af te zien omdat op het moment dat de dwangsom wordt verbeurd het doel van het gedragstoezicht (volgens de wetgever waarschuwing van het publiek) alsnog kan worden nagestreefd. Er zijn echter situaties denkbaar dat er wel sprake is van gewijzigde omstandigheden die aanleiding geven om af te zien van publicatie van de last onder dwangsom.

Het tweede probleem van het automatisme van publicatie na verbeurte is gelegen in het feit dat er geen ruimte bestaat voor een discussie over de vraag of de dwangsom al dan niet is verbeurd. Die discussie kan nu hooguit plaatsvinden indien een voorlopige voorziening wordt verzocht nadat de toezichthouder het voornemen tot publicatie in verband met verbeurte heeft geuit. De toezichthouder is echter niet wettelijk verplicht om dat voornemen te uiten. De toezichthouder kan derhalve al tot publicatie overgaan zonder dat de betrokken instelling of persoon gelegenheid heeft gehad om zich uit te laten over de vraag of de dwangsom al dan niet is verbeurd. De toezichthouder heeft daarmee volledig in handen of al dan niet tot publicatie wordt overgegaan. De geadresseerde van de last onder dwangsom kan daar geen enkele invloed meer op uitoefenen. Ook dit is een gebrek aan de rechtsbescherming dat zou moeten worden ondervangen.

144 Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2010, JOR 2010, 344, m nt. Grundmann-van de Krol.
145 Vzr. Rb. Rotterdam 7 december 2010, JOR 2011, 117, m.nt. De Groot.

5.3.2 *Oplossing*

Uit het voorgaande volgt dat het huidige systeem voor publicatie van verbeurde dwangsommen ontoereikend is en onvoldoende rechtsbescherming biedt. Dit systeem vraagt dan ook om aanpassing en wel door uitbreiding met een nader toetsingsmoment nadat een dwangsom is verbeurd en in beginsel tot publicatie dient te worden overgegaan. Met andere woorden: de publicatie dient niet langer automatisch na verbeurte van een dwangsom plaats te vinden, maar pas nadat opnieuw is beoordeeld of publicatie ook op dat moment niet in strijd komt met het doel van het gedragstoezicht. Grundmann-Van de Krol heeft de volgende aanpassing van de Wft voorgesteld:

a. de toezichthouder dient een besluit te nemen waarin kenbaar wordt gemaakt dat de dwangsom is verbeurd en waarin wordt aangegeven of wel of niet tot publicatie wordt overgegaan;
b. het publicatiebesluit wordt expliciet aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb zoals dat ook is gebeurd in artikel 1:95 Wft ten aanzien van een openbare waarschuwing; en
c. er geldt een wachttermijn van vijf werkdagen waarin desgewenst een voorlopige voorziening kan worden verzocht om publicatie te schorsen.

Dit lijkt mij een goede oplossing van de besproken problemen. Door het inbouwen van een verplicht nader besluit over de publicatie met een mogelijkheid om een voorlopige voorziening te vragen, wordt ook ruimte ingebouwd voor een discussie over de vraag of er al dan niet sprake is van verbeurte van de dwangsom wegens niet-naleving van de last. Doordat de discussie over het al dan niet verbeurd zijn van de dwangsom wordt gevoerd in het kader van het publicatiebesluit, wordt bovendien vermeden dat een (derde) besluit moet worden geïntroduceerd dat ziet op de vaststelling van het verbeuren van dwangsommen. Uiteraard zal de discussie over het al dan niet verbeuren van een dwangsom alsnog aan de orde kunnen komen in een procedure over een invorderingsbesluit in de zin van artikel 5:37 Awb, waarin eveneens wordt vastgesteld dat een dwangsom is verbeurd, maar die procedure zal doorgaans worden gevoerd op het moment dat de publicatie al zal hebben plaatsgevonden. Om die reden lijkt het zinvol dat die discussie al kan worden gevoerd voorafgaand aan de publicatie en wel in het kader van het 'heroverwegingsbesluit' waarin wordt overwogen of publicatie na de gestelde overtreding van de last al dan niet op zijn plaats is.

5.4 Conclusie

'AFM trekt de aan Mercedes-Benz Financial Services B.V. opgelegde boete in na uitspraak Rechtbank Rotterdam', zo zou de AFM op een gegeven moment kunnen berichten. De beboete instelling lijkt met een dergelijk bericht op dat moment weinig op te schieten. Het kwaad is dan immers al geschied: bij het publiek is de indruk gewekt dat deze instelling schuldig is, welk beeld moeilijk zal zijn recht te zetten.

Openbaarmaking op grond van de Wft heeft weliswaar primair tot doel om het publiek te waarschuwen, maar niet kan worden ontkend dat leedtoevoeging onvermijdelijk en wellicht bedoeld het gevolg is. De kunstmatige toelichting op de openbaarmakingsbevoegdheden en -verplichtingen tijdens de totstandkoming

van de Wft dat openbaarmaking slechts strekt tot het beschermen van het publiek, maakt dat voldoende rechtsbescherming tegen naming en shaming ontbreekt.

De belangrijkste oorzaak van het tekort aan rechtsbescherming is gelegen in de beginselplicht tot publicatie en de tenzij-clausule in de artikelen 1:97, 1:98 en 1:99 Wft. Hoewel ik het belang van openbaarmaking van sanctiebesluiten in ernstige gevallen niet ontken, meen ik dat de huidige invulling van de tenzij-clausule onvoldoende ruimte biedt om de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen. Het belang van de betrokken instelling of persoon waarop het sanctiebesluit betrekking heeft om (reputatie)schade te voorkomen, verdient in het bijzonder aandacht, zeker nu die schade vrijwel niet lijkt te kunnen worden verhaald op de AFM en DNB. Het ontbreken van een afweging van de individuele belangen tegen het belang van publicatie is niet alleen onwenselijk, maar bovendien ontoelaatbaar.

Hier lijkt een taak voor de toezichthouders en in het bijzonder voor de rechter te zijn weggelegd. Deze zien ten onrechte geen ruimte voor een belangenafweging. Deze ruimte is naar mijn mening wel degelijk voorhanden en die ruimte zou dan ook moeten worden benut. Blijkt in de loop der tijd dat de rechter deze ruimte toch niet neemt, dan ligt er een taak voor de wetgever. Deze zou in dat geval de tenzij-clausule moeten verruimen, zodat zowel de toezichthouders als de rechter, via die weg alsnog de ruimte hebben om de verschillende specifieke belangen tegen elkaar af te wegen.

Daarnaast meen ik dat in geval van publicatie van een sanctiebesluit dat is opgelegd aan een feitelijk leidinggevende, kan worden volstaan met publicatie van het besluit met vermelding van de naam van de onderneming, zonder de naam van de feitelijk leidinggevende. Indien ondanks anonimisering toch is te herleiden aan wie de boete is opgelegd, dan lijkt het afzien van publicatie meer op zijn plaats.

Ten aanzien van de publicatie van de last onder dwangsom geldt daarnaast dat het systeem leidt tot gebreken in de rechtsbescherming in verband met de automatische publicatie van het dwangsombesluit op het moment van verbeurte van een dwangsom. Om die reden zou de wetgever een extra besluitmoment moeten toevoegen, voorafgaand aan de publicatie. Op die manier wordt de toezichthouder ertoe gedwongen om voorafgaand aan de publicatie te beoordelen of de omstandigheden op dat moment aanleiding geven om van publicatie af te zien.

De rechtsbescherming tegen naming en shaming op grond van de Wft laat nog te wensen over. De besproken oplossingen zouden de rechtsbescherming de benodigde uitbreiding geven en zijn tevens in lijn met de doelstelling van de Wft. Drastisch zijn deze oplossingen niet. Ik zie dan ook geen beletsel voor de bepleite verruiming van de rechtsbescherming, die voor de praktijk een zeer gewenste uitkomst zal bieden.

Stellingen

1. De uitleg die in de jurisprudentie wordt gegeven aan de beginselplicht tot publicatie van sanctiebesluiten laat ten onrechte geen ruimte voor een belangenafweging. De rechter dient tijdens de beoordeling van publicatiebesluiten meer ruimte te nemen voor een belangenafweging.
2. Indien zou blijken dat de rechter geen ruimte neemt voor een belangenafweging, dan moet de tenzij-clausule in de artikelen 1:97, 1:98 en 1:99 Wft worden gewijzigd zodat er meer ruimte wordt geboden om in bijzondere gevallen van publicatie af te zien.
3. Een sanctiebesluit dat is opgelegd aan een feitelijk leidinggevende dient niet volledig te worden gepubliceerd. Vermelding van de naam van de natuurlijke persoon die als feitelijk leidinggevende is aangemerkt, behoort achterwege te blijven. Alleen voor de overtreding door de onderneming behoeft te worden gewaarschuwd.
4. Artikel 1:99 Wft moet worden gewijzigd. Publicatie van de last onder dwangsom moet worden voorafgegaan door een tweede besluit waarin wordt heroverwegen of publicatie op dat moment, ondanks de gestelde overtreding van de last, dient plaats te vinden of dat er omstandigheden zijn die maken dat van publicatie moet worden afgezien.

What's in a name? De publicatie van sanctiebesluiten door toezichthouders

*Mr. B.R.J. de Haan & mr. M.C.T.M. Sonderegger**

1	**Inleiding**	**113**
1.1	Naming met of zonder shaming	113
1.2	De Autoriteit Consument en Markt	114
2	**Juridische kaders**	**115**
2.1	De NMa	115
2.2	De CA	116
2.3	De OPTA	117
2.4	Jurisprudentie	118
2.4.1	Jurisprudentie specifieke wetgeving	120
2.5	Conclusie	122
3	**Overwegingen om een sanctiebesluit te publiceren**	**123**
3.1	Transparantie	123
3.2	Consumentenbelangen beschermen	125
3.3	Generale preventie	128
3.4	Conclusie	128
4	**ACM, een algemene publicatieregeling?**	**129**
4.1	Belangenafweging	129
4.2	De Wob of lex specialis	130
4.3	Beginselplicht of discretionaire bevoegdheid?	131
4.4	Direct publiceren of publiceren na onherroepelijk worden besluit	132
4.5	De inhoud van het gepubliceerde besluit	133
4.6	Instrumenten?	134
Conclusie		**135**
Stellingen		**137**

* Binne-Jan de Haan en Monica Sonderegger zijn beiden werkzaam bij de Juridische Dienst van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Zij danken Janine Verweij, Jeroen Boot en Jinny Moe Soe Let voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van dit preadvies.

1 Inleiding

1.1 Naming met of zonder shaming

Als een toezichthouder vaststelt dat een overtreding is begaan en een sanctiebesluit oplegt, kan de overtreder[1] dit besluit met gebruikmaking van rechtsmiddelen ter discussie stellen. Tegen een sanctiebesluit staat de gewone bestuursrechtelijke rechtsbescherming open van bezwaar, beroep en hoger beroep.

Toezichthouders kiezen er tegenwoordig vaak voor om, naast de gewone bekendmaking van het besluit aan de overtreder, het sanctiebesluit te publiceren op hun website. Het sanctiebesluit is nog niet onherroepelijk op het moment dat het bestuursorgaan het besluit publiceert. Deze praktijk houdt in de literatuur al enige jaren een discussie op gang. Het publiceren van een sanctiebesluit betekent immers dat, voordat een rechter zich over het sanctiebesluit heeft kunnen buigen, aan een potentieel groot publiek bekend wordt dat de toezichthouder een overtreding heeft vastgesteld.

Deze praktijk wordt in de literatuur[2] naming en shaming genoemd. Volgens enkele auteurs botst naming en shaming met de onschuldpresumptie zoals onder meer neergelegd in artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM). Daarbij worden toezichthouders soms boosaardige intenties toegedicht. Het feit dat de publicatie een nadelig effect kan hebben op de overtreder, betekent echter niet dat het de toezichthouder ook te doen is om extra te straffen. Met andere woorden: het publiceren van sanctiebesluiten is zeer zeker gericht op *naming*, maar het is de toezichthouder om andere effecten te doen dan *shaming*.

Met dit preadvies willen wij een bijdrage leveren aan de voornoemde discussie door daar het perspectief van een toezichthouder aan toe te voegen. Er zijn namelijk diverse legitieme redenen voor de toezichthouder om zijn sanctiebesluiten te publiceren. In de literatuur komen deze redenen helaas maar weinig aan bod.

De discussie over publicatie van sanctiebesluiten door toezichthouders is op dit moment actueel, omdat er in de aanloop naar de samenvoeging van de

1 We gebruiken de term 'overtreder' voor de gevallen waarin een toezichthouder de overtreding heeft vastgesteld.

2 Onder andere: D.R. Doorenbos, 'OPTA moet boetebesluiten anonimiseren', *Ondernemingsrecht* 2010, 12, p. 488-491; D.R. Doorenbos, 'Schandpaal en onschuldpresumptie', *NJB* 2003, 2190; F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming in het markttoezicht', *NTB* 2007, 3; F.C.M.A. Michiels, 'Aansprakelijkheid bij naming & shaming', *O&A*, 2008, 74, F.C.M.A. Michiels, *Te kijk gezet, Een verkennend onderzoek naar de juridische mogelijkheden en beperkingen van instrumentele openbaarmaking van inspectiegegevens, met name door middel van 'naming and shaming', in het bijzonder voor enkele beleidsterreinen van het ministerie van Verkeer en Waterstaat*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007; J. van Erp, *Naming and shaming in het markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecom Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA) kansen bestaan voor een algemene publicatieregeling.

1.2 De Autoriteit Consument en Markt

Op 3 oktober 2011 heeft de minister van Economische Zaken, Landbouw & Innovatie (EL&I) besloten tot samenvoeging van de NMa, de OPTA en de CA. De nieuwe naam van de toezichthouder wordt de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

'Er is gekozen voor deze naam omdat het helder en duidelijk maakt waar de nieuwe toezichthouder voor staat: markten laten werken om de belangen van consumenten te waarborgen', aldus minister Verhagen.[3]

Tot de samenvoeging is besloten om de effectiviteit van het toezicht te vergroten en beter gebruik te kunnen maken van de beschikbare kennis en kunde op het gebied van markttoezicht. Het streven is de ACM per 1 januari 2013 van start te laten gaan.

Bij de oprichting van de ACM wil de minister van EL&I de bestaande bevoegdheden en procedures van de verschillende toezichthouders vereenvoudigen en stroomlijnen. Een van de onderwerpen die daarbij aan de orde komt, is de publicatie van (sanctie)besluiten. De regelingen van de toezichthouders lopen op dit onderwerp uiteen. De samenvoeging van de drie toezichthouders is een logisch moment voor één geharmoniseerde publicatieregeling. In dit preadvies geven wij een beschouwing van de vraagstukken die spelen bij een mogelijke nieuwe regeling.[4]

We beschrijven allereerst de bestaande juridische en beleidsmatige kaders van de verschillende toezichthouders. Vervolgens belichten we in hoofdstuk drie welke overwegingen voor toezichthouders ten grondslag liggen aan het publiceren van sanctiebesluiten. Hierbij gaan we nog niet in op de reikwijdte van publicatie. Ten slotte gaan we in hoofdstuk vier in op een aantal keuzes die ter beoordeling van de wetgever openstaan.

3 *Kamerstukken II* 2011/12, 31 490, nr. 72.
4 Dit preadvies is geschreven op persoonlijke titel. Op geen manier reflecteert dit de mening van de NMa, de OPTA of de CA.

2 Juridische kaders

De drie fuserende toezichthouders hanteren verschillende wettelijke grondslagen voor het publiceren van sanctiebesluiten. Daarnaast hebben de toezichthouders eigen beleid ontwikkeld. Hierna volgt een overzicht van die verschillende wettelijke kaders, het geldende beleid en de jurisprudentie die relevant is voor de bestaande publicatiepraktijk van de drie toezichthouders.

2.1 De NMa

De NMa is belast met de handhaving van diverse wetten. Het grootste aantal sanctiebesluiten dat de NMa neemt, heeft betrekking op overtredingen op basis van de Mededingingswet (Mw). Artikel 65 Mw bepaalt dat een beschikking waarbij een bestuurlijke boete of last onder dwangsom wordt opgelegd wegens het overtreden van artikel 6, eerste lid (kartelverbod) of artikel 24, eerste lid, Mw (misbruik economische machtspositie), ter inzage wordt gelegd bij de NMa. Dit mag echter pas plaatsvinden na het verstrijken van vijf dagen na het bekendmaken van het besluit aan de overtreder. De bedoeling van de wetgever van deze 'wachttijd' is om de betrokken onderneming de tijd te geven om rechtsmiddelen aan te wenden ter voorkoming van terinzagelegging.[5]

De Mw stelt mededeling van de terinzagelegging in de Staatscourant verplicht (artikel 65, tweede lid, Mw). De uitzonderingsgronden van artikel 10 Wet openbaarheid van bestuur (Wob) zijn van toepassing op de terinzagelegging van het sanctiebesluit zodat in sommige gevallen bepaalde (bedrijfsvertrouwelijke) gegevens niet ter inzage worden gelegd. Er is discussie mogelijk over de vraag of artikel 65 Mw ook een grondslag kan vormen voor de NMa om sanctiebesluiten op haar website te plaatsen. Volgens de hierna te beschrijven jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State biedt artikel 8 Wob in ieder geval (ook) een bevoegdheidsgrondslag voor het publiceren van sanctiebesluiten.

Op een bestuurlijke boete en last onder dwangsom op grond van de Spoorwegwet, de Wet Luchtvaart en de Loodsenwet is artikel 65 Mw van overeenkomstige toepassing verklaard.[6]

Het publicatieregime in de Elektriciteitswet 1998 (E-wet) en de Gaswet[7] kent ook de terinzagelegging van sanctiebesluiten en de mededeling daarvan in de

5 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 071, nr. 21. Overigens ging de wetgever ervan uit dat ter voorkoming van publicatie de mogelijkheid van een civiel kort geding openstond en dus geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

6 Dit volgt uit art. 76 Spoorwegwet, art. 11.24 Wet Luchtvaart en art. 45f Loodsenwet.

7 Art. 77o E-wet is gelijkluidend aan art. 60aj Gaswet.

Staatscourant, maar kent niet de 'wachttijd' van vijf dagen. Bovendien worden de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob niet genoemd (artikelen 77o E-wet en 60aj Gaswet).

De NMa heeft voorlichting gepubliceerd over de wijze waarop zij het publiek informeert over haar werkzaamheden, besluiten en andere activiteiten in het kader van haar toezichts- en handhavingstaken op basis van de Mw en de sectorspecifieke wetten.[8] De volgende algemene uitgangspunten worden daarin opgesomd:

1. De NMa geeft voorlichting over haar werkzaamheden en besluiten, tenzij andere belangen zich hiertegen verzetten. Deze andere belangen kunnen onder meer zijn lopend onderzoek, privacy en (bedrijfs)vertrouwelijkheid en het recht op een eerlijk proces van personen en ondernemingen.
2. De NMa houdt in haar voorlichting rekening met de fase waarin een traject zich bevindt. De volgende fasen worden hierbij onderscheiden: onderzoek, rapport, besluit, besluit op bezwaar, beroep of hoger beroep.
3. De NMa geeft feitelijke informatie over de status van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, een standpunt of activiteit (bijvoorbeeld 'vermoeden') en over de fase waarin de besluitvorming zich bevindt. Ook geeft de NMa aan welke vervolgstappen mogelijk zijn, bijvoorbeeld bezwaar, beroep of een vervolgonderzoek.
4. Rapporten waarin een vermoeden van overtreding van een wet die de NMa handhaaft wordt vastgelegd, worden niet gepubliceerd op de website van de NMa.
5. De openbare versie van een besluit wordt gepubliceerd zo spoedig mogelijk nadat het besluit geschoond is van (bedrijfs)vertrouwelijke informatie. In de regel is dit circa drie weken na het uitbrengen van het niet-openbare besluit.

Verder publiceert de NMa na afloop van de 'vijfdagentermijn' van artikel 65 Mw een persbericht over het sanctiebesluit, tenzij in die periode rechtsmiddelen zijn aangewend tegen publicatie van het sanctiebesluit.

2.2 De CA

De CA vindt haar bevoegdheid tot publicatie van haar sanctiebesluiten[9] in artikel 2.23, eerste lid, Wet handhaving consumentenbescherming (Whc).[10] Er is een verschil tussen de regeling in de Whc en de regeling in de wetten die de NMa handhaaft. In de bevoegdheid van de CA wordt de mogelijkheid van publicatie namelijk uitdrukkelijk genoemd. Het is vervolgens aan de CA om te bezien of zij dat doet en

8 Stcrt. nr. 13732, 14 september 2009.

9 Op grond van art. 2:23 Whc kan de CA een beschikking openbaar maken omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete, met inbegrip van een beschikking dat geen last onder dwangsom of bestuurlijke boete wordt opgelegd of een toezegging.

10 Deze bevoegdheid van de CA vindt zijn oorsprong in de Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 27 oktober 2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming ('Verordening betreffende samenwerking met betrekking tot consumentenbescherming'). Op grond van art. 4, zesde lid, sub e en f, van de Verordening is aan de CA als bevoegde instantie de bevoegdheid toegekend beschikkingen omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete, evenals toezeggingen, openbaar te maken.

op welke wijze zij dat doet. Als de CA tot openbaarmaking overgaat, is dat in de praktijk door publicatie van het sanctiebesluit op haar website.

Anders dan in de Wet op het financieel toezicht (Wft)[11] is in de Whc niet voorgeschreven om gebruik te maken van de bevoegdheid om te publiceren. Indien de CA het voornemen heeft een sanctiebesluit te publiceren, moet echter op grond van artikel 2.23 Whc na bekendmaking aan de overtreder nog veertien dagen gewacht worden voordat mag worden gepubliceerd. Gedurende deze termijn heeft de overtreder de gelegenheid om aan te geven of het sanctiebesluit volgens hem vertrouwelijke gegevens bevat en kan hij eventueel een voorlopige voorziening aanvragen om publicatie tegen te gaan. Als een overtreder zelf de publiciteit zoekt is de CA niet langer gebonden aan de wachttijd. Ook kan de CA direct publiceren als dit is overeengekomen met de overtreder (artikel 2.23, derde lid, Whc).

De vaste beleidslijn van de CA is om sanctiebesluiten openbaar te maken, tenzij zwaarwegende belangen zich daartegen verzetten. Als uitgangspunt prevaleert het maatschappelijk belang om de consument te informeren of te waarschuwen voor bepaalde handelspraktijken van ondernemingen. De beslissing om wel of niet te publiceren wordt uitdrukkelijk opgenomen en gemotiveerd in het desbetreffende sanctiebesluit.

2.3 De OPTA

In de Telecommunicatiewet (Tw) en de Postwet is geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag opgenomen tot het ter inzage leggen of het publiceren van sanctiebesluiten. Met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector mag de OPTA informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten bekendmaken op een door de OPTA te bepalen wijze. Deze bevoegdheid is neergelegd in artikel 18.7 Tw.

De OPTA stelt in haar publicatiebeleid dat de grondslag voor actieve openbaarmaking ligt besloten in artikel 8 Wob, waarin staat dat bestuursorganen uit eigen beweging informatie dienen te verschaffen wanneer deze in het belang is van een goede en democratische besluitvorming. Dit wordt ook wel actieve openbaarmaking genoemd.[12]

De OPTA neemt, net als de CA, in haar sanctiebesluiten ook een uitdrukkelijke beslissing over de publicatie van het bewuste sanctiebesluit. Verder wordt tegelijk met de toezending van het sanctiebesluit aan de overtreder ook een openbare versie van het sanctiebesluit gezonden. In de openbare versie worden bedrijfsvertrouwelijke informatie en de namen van natuurlijke personen onleesbaar gemaakt. De overtreder krijgt de gelegenheid om binnen vijf werkdagen aan te geven of er volgens hem andere gegevens als bedrijfsvertrouwelijk moeten worden aangemerkt. Vervolgens stelt de OPTA de overtreder in kennis van het moment waarop hij zijn sanctiebesluit zal publiceren. Daarbij wordt voorafgaand aan de feitelijke

11 Zie het preadvies van A.C. Beijering-Beck in deze uitgave.

12 Voor een meer uitgebreide analyse van art. 8 Wob verwijzen wij naar het preadvies van J.J. Reuveny in deze uitgave.

publicatie een termijn van twee weken gegund om met een verzoek om een voorlopige voorziening de publicatie van de openbare versie te voorkomen.[13]

2.4 Jurisprudentie

Hiervoor zijn de juridische kaders, beleid en werkwijzen van de drie toezichthouders besproken. Wat opvalt is dat er een lappendeken bestaat van verschillende publicatieregimes. In hoeverre dit gevolgen heeft voor de rechtsbescherming van de betrokkenen, analyseren we hierna aan de hand van de jurisprudentie over de verschillende regimes.

Voor beroepen tegen besluiten op grond van de Wob is normaliter de rechtbank in de woonplaats van de indiener en daarna de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) de bevoegde rechter. De sanctiebesluiten van de CA, de NMa en de OPTA zijn gebaseerd op wetgeving die getoetst wordt door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) al dan niet na een beroepsprocedure bij de Rechtbank Rotterdam in eerste aanleg.

De Wob biedt de grondslag voor openbaarmaking van informatie over bestuurlijke aangelegenheden die is neergelegd in documenten.[14] Artikel 8 Wob vormt een algemene wettelijke grondslag om uit eigen beweging informatie te publiceren. Dit wordt ook wel actieve openbaarmaking genoemd.[15]

In een uitspraak van 31 mei 2006[16] overweegt ABRvS dat actieve openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob een besluit is. Bij actieve openbaarmaking dient een belangenafweging op grond van artikel 10 Wob plaats te vinden. ABRvS overweegt:

> 'Artikel 10 van de Wob, dat betrekking heeft op het verstrekken van informatie ingevolge die wet, biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de in die bepaling gevergde afweging niet ook dient plaats te vinden indien het bestuur eigener beweging voornemens is tot het openbaarmaken, op voet van artikel 8, eerste lid, van de Wob, van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, waarbij in artikel 10 van de Wob vermelde belangen zijn betrokken. Ook in dat geval dient derhalve met het oog op die belangen een afgewogen besluitvorming plaats te vinden. Het moet er derhalve voor worden gehouden dat artikel 8, eerste lid, van de Wob, in zoverre het gaat om het openbaarmaken van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid waarbij belangen als vermeld in artikel 10 van de Wob zijn betrokken, de grondslag biedt voor het nemen van besluiten, als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb), waartegen voor degenen die door dat besluit rechtstreeks in hun belang worden getroffen, dezelfde rechtsgang openstaat als die welke beschikbaar is voor degene die rechtstreeks in zijn belang

13 Beleidsregels openbaarmaking OPTA, voor het laatst gewijzigd op 8 juli 2011, *Stcrt.* 2011, 9747.
14 *Kamerstukken II*, 19 859, nr. 6, p. 28-30.
15 Voor een meer uitgebreide analyse van art. 8 Wob verwijzen wij naar het preadvies van J.J. Reuveny in deze uitgave.
16 ABRvS 31 mei 2006, *AB* 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk, *JB* 2006, 218, m.nt M.O.-V. In een uitspraak van 16 juli 2003 (*LJN* AH9903) heeft ABRvS eveneens overwogen dat de belangenafweging die leidt tot de beslissing al dan niet te publiceren, een besluit is in de zin van de Awb.

wordt getroffen door een besluit tot openbaarmaking van documenten dat is genomen op een verzoek als bedoeld in artikel 3 van de Wob.'

Met deze uitspraak geeft ABRvS vorm aan de rechtsbescherming tegen actieve openbaarmaking door bestuursorganen op grond van de Wob. In voornoemde uitspraak worden de uitzonderingsgronden uit artikel 10 Wob van overeenkomstige toepassing verklaard. Daarmee wordt ruimte gelaten voor afzonderlijke belangenafweging. Deze rechtsbescherming is gelijk aan die bij passieve openbaarmaking op grond van de Wob.

ABRvS concretiseert de rechtsbescherming van de overtreder nader in de uitspraak *ECS/OPTA*. In de uitspraak van 10 november 2010[17] verwijst ABRvS naar de bijzondere bestuursrechter (die het boetebesluit zelf toetst) voor de vraag of publicatie kan worden voorkomen door het treffen van een voorlopige voorziening. Als de bijzondere bestuursrechter van oordeel is dat het sanctiebesluit (voorlopig) onrechtmatig is, dient de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening te treffen waarbij het boetebesluit en de publicatie ervan geschorst wordt. De overtreder dient daar wel uitdrukkelijk om te verzoeken.

De voorzieningenrechter laat geen afzonderlijke belangenafweging los op de publicatie. Er is slechts ruimte voor een schorsing bij onevenredige benadeling en daarvan is alleen sprake bij een voorlopig onrechtmatig sanctiebesluit. De vraag of het publicatiebesluit wordt geschorst, hangt daarmee af van het voorlopig rechtmatigheidsoordeel over het sanctiebesluit zelf. De uitspraak voorkomt samenloop van procedures bij ABRvS en de bijzondere bestuursrechter.

ABRvS overweegt in rechtsoverweging 2.5:

'Zoals de rechtbank terecht met een verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2006 heeft overwogen, is ook in geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking ingevolge artikel 8, eerste lid, van de Wob een nadere afweging van belangen geboden. Deze nadere afweging houdt in dit geval in dat het algemene belang dat door onverkorte openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van ECS geen onevenredig nadeel te lijden als gevolg van de publicatie, waarbij aan het algemeen belang een groot gewicht moet worden toegekend. Van een onevenredige benadeling zal in gevallen als de onderhavige naar het oordeel van de Afdeling sprake kunnen zijn als het boetebesluit uiteindelijk in rechte geen stand houdt en de betrokken rechtspersoon ten onrechte als overtreder kenbaar is gemaakt. Of sprake is van onevenredige benadeling hangt dan af van een oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. De rechter die bevoegd is daarover te oordelen is in eerste aanleg de rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Ingevolge artikel 8:81 van de Awb bestaat de mogelijkheid om, hangende bezwaar, beroep of hoger beroep met betrekking tot het boetebesluit, bij de voorzieningenrechter van de rechtbank of de voorzieningenrechter van het CBb een voorlopige voorziening te vragen, met als argument dat het boetebesluit in bezwaar of beroep naar verwachting geen stand zal houden. Als voorlopige voorziening kan worden gevraagd dat het boetebesluit niet of op een bepaalde wijze openbaar wordt gemaakt. Dat voor beboete ondernemingen aldus de mogelijkheid bestaat om bij de ter zake van de boete

17 ABRvS 10 november 2010, *AB* 2010, 319.

bevoegde rechter een dergelijke voorlopige voorziening te vragen, brengt met zich dat bij gebreke van zo een getroffen voorziening het belang van het verstrekken van informatie als bedoeld in artikel 8, eerste lid, van de Wob niet dient te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van de beboete rechtspersonen of hiertoe te herleiden natuurlijke personen. Hierbij acht de Afdeling van belang dat het college ter zitting heeft bevestigd dat belanghebbenden bij een boetebesluit de gelegenheid wordt geboden een voorlopige voorziening te vragen alvorens daadwerkelijk tot publicatie wordt overgegaan.'

Om een publicatie te voorkomen zal de overtreder om een voorlopige voorziening ingevolge artikel 8:81 Awb moeten verzoeken. Het alleen beroep instellen tegen het sanctiebesluit voorkomt namelijk niet dat er gepubliceerd wordt. Bezwaar maken tegen het sanctiebesluit heeft geen schorsende werking ingevolge artikel 6:16 Awb.[18] Het afwachten van het oordeel van de rechter in de bodemzaak tegen het sanctiebesluit voorkomt niet dat het sanctiebesluit gepubliceerd wordt.

Wij merken op dat de publicatie van sanctiebesluiten in de jurisprudentie wordt beschouwd als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Of de toezichthouder door het publiceren van een sanctie enig rechtsgevolg beoogt valt volgens ons te betwijfelen. In de jurisprudentie van ABRvS wordt niet duidelijk gemaakt op welke gronden ABRvS geoordeeld heeft dat dit wel het geval is. Indien tot de conclusie zou worden gekomen dat publicatie geen besluit is in de zin van de Awb maar een feitelijke handeling, zou publicatie aangevochten moeten worden bij de burgerlijke rechter in plaats van bij de bestuursrechter. ABRvS lijkt hier een strategisch besluitbegrip aan te nemen, maar is daar niet duidelijk over.

Vanuit praktisch oogpunt is de keuze van ABRvS naar onze mening echter een goede. Door het koppelen van de publicatie aan het (voorlopige) oordeel over het sanctiebesluit zelf voorkomt ABRvS dat er twee afzonderlijke procedures gevolgd moeten worden. Dit maakt het voor de betrokkene eenvoudiger en goedkoper om desgewenst de publicatie van sanctiebesluiten aan te vechten. Wij zien derhalve, los van het juridische karakter van het publiceren, wel degelijk argumenten om deze rechtsbescherming te bieden.

2.4.1 *Jurisprudentie specifieke wetgeving*

In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 2 mei 2011 (Pretium Telecom versus de CA) wordt de uitspraak van ABRvS van 10 november 2010 toegepast op het publiceringsregime van de CA.[19]

De Rechtbank Rotterdam overweegt het volgende:

'Het publicatiebesluit heeft naar het oordeel van de rechtbank anders dan eiseres stelt geen punitief karakter. Het publicatiebesluit is niet gericht op leedtoevoeging, maar op waarschuwing van in het onderhavige geval consumenten. Het eventueel daardoor ontstaan van economisch nadeel voor eiseres is geen leedtoevoeging in vorenbedoelde zin. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 november 2010, LJN BO346S, stelt de rechtbank vast dat de

18 Uit art. 63 Mw volgt, in uitzondering op art. 6:16 Awb, dat de werking van een sanctiebesluit wordt opgeschort indien bezwaar is gemaakt of beroep ingesteld.

19 Rb. Rotterdam 2 mei 2011, AWB 09/4100, 09/4101.

beoordeling van het publicatiebesluit de rechtmatigheidtoets van het sanctiebesluit volgt. Indien het openbaar gemaakte sanctiebesluit de rechtmatigheidtoets niet kan doorstaan, geldt dat verweerder het sanctiebesluit niet had mogen publiceren.'

De rechtbank toetst eerst het boetebesluit aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden en oordeelt vervolgens dat de CA in dit geval niet had mogen publiceren voor zover het beroep tegen het boetebesluit gegrond is verklaard. De Rechtbank Rotterdam past de door ABRvS uitgezette jurisprudentielijn op grond van de Wob toe op besluiten die gepubliceerd worden op grond van de Whc, een lex specialis ten opzichte van de algemene regeling in de Wob.

In een aantal gelijkluidende uitspraken van de voorzieningenrechter in Rotterdam[20] van 5 oktober 2011 (vijf ondernemingen die consumentenelektronica verkopen versus de CA) kiest de voorzieningenrechter echter voor een bredere toets:

'De wijze waarop verweerder van deze bevoegdheid gebruik maakt, is discretionair van aard. Dit houdt in dat verweerder binnen het kader van de wet getroffen regeling een bepaalde beleidsvrijheid terzake is gelaten. De voorzieningenrechter dient deze vrijheid te respecteren, tenzij verweerder bij het gebruikmaken van zijn bevoegdheid de grenzen, getrokken door algemeen verbindende voorschriften, algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur overschrijdt. Een en ander brengt mee dat de gebruikmaking van verweerders bevoegdheid door de voorzieningenrechter, met inachtneming van het zojuist aangegeven kader, terughoudend beoordeeld dient te worden.'

In deze meest recente uitspraak geeft de voorzieningenrechter de grenzen aan van de publicatiebevoegdheid van de CA. De voorzieningenrechter lijkt aan te nemen dat de belangenafweging die de toezichthouder moet maken, in meer gevallen zou moeten leiden tot het afzien van publicatie dan alleen bij (voorlopige) onrechtmatigheid van het sanctiebesluit. Wij vragen ons af of het CBb de voorzieningenrechter hierin zal volgen of kiest voor de veel beperktere toets van ABRvS.

Tot dusver is de wijze van publicatie van sanctiebesluiten door de NMa nog niet aan de rechter voorgelegd. Op basis van het voorgaande verwachten wij dat ook wanneer het gaat om publicatie op grond van de specifieke NMa-wetgeving, door de rechter op een vergelijkbare wijze getoetst zal worden.

Wel is er een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 24 februari 2005[21] waarin door een overtreder door middel van een civiele zaak wordt opgekomen tegen vermelding van het opmaken van een sanctierapport[22] in een persbericht en het jaarverslag van de NMa. Het Gerechtshof Den Haag komt tot de slotsom dat de NMa met de publicatie van het persbericht, gelet op inhoud en timing, onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van Accel. Het hof acht dit onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig.[23] Ook de inhoud van het jaarverslag wordt

20 Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, LJNAWB 11/2398 VBC-T1, LJN BT6741.
21 Gerechtshof Den Haag 24 februari 2005, *Accel/NMa*, LJN AS9694.
22 Het opmaken van een sanctierapport gaat vooraf aan het nemen van een sanctiebesluit.
23 De Rechtbank Den Haag heeft op 7 februari 2007 uitspraak gedaan in de aangespannen schadeprocedure door Accel en heeft in totaal € 161.572 aan schadevergoeding aan Accel toegekend.

door het hof onzorgvuldig geacht nu daarin met naam en toenaam op stellige wijze diverse overtredingen van de Mw worden gepresenteerd. Daarbij komt naar het oordeel van het Gerechtshof Den Haag onvoldoende tot uiting dat het slechts verdenkingen op basis van de Mw betreft.

2.5 Conclusie

Samenvattend komen wij tot de conclusie dat het juridisch kader op grond waarvan de samen te voegen toezichthouders sanctiebesluiten publiceren een lappendeken is. In de jurisprudentie lijkt dit echter nog niet tot grote verschillen te leiden. De oprichting van de ACM is een logisch moment om de procedures te harmoniseren.

3 Overwegingen om een sanctiebesluit te publiceren

In dit hoofdstuk geven we inzicht in de overwegingen van de toezichthouder die ten grondslag liggen aan het publiceren van sanctiebesluiten.

Het publiceren van een sanctiebesluit kan een nadelig effect hebben op de overtreder. Om die reden kan een belangenafweging nodig zijn, waarbij de overwegingen van de toezichthouder om te publiceren moeten worden afgewogen tegen de belangen van de overtreder. Dit bespreken we in hoofdstuk vier van dit preadvies.

Wij onderscheiden de volgende overwegingen van toezichthouders om sanctiebesluiten te publiceren:
- transparantie,
- het waarschuwen van consumenten; en
- generale preventie.

Deze overwegingen bespreken we hierna. De eerste overweging geldt voor bestuursorganen in het algemeen, de tweede en derde overweging zien meer specifiek op de rol van de toezichthouder.

3.1 Transparantie

Door besluiten te publiceren beoogt een toezichthouder op twee niveaus transparant te zijn. Ten eerste richting de samenleving in het algemeen: door publicatie van zijn besluiten legt een toezichthouder verantwoording af voor verkregen bevoegdheden en het inzetten van gemeenschapsgeld. Openbaarheid van besluiten draagt daarmee bij aan een goede en democratische bestuursvoering. Ten tweede richting het individu: door publicatie kunnen belanghebbenden kennis nemen van besluiten en desgewenst rechtsmiddelen inzetten.[24]

Het nastreven van transparantie is verwant aan de gedachte die de Wob uitdraagt. 'De Wob heeft ten doel de burger in de gelegenheid te stellen de bestuurlijke besluitvormingsprocessen in het heden en verleden te doorzien.'[25] Tijdens de parlementaire behandeling van de Wob werd door leden van de CDA-fractie een relatie gelegd tussen openbaarheid en macht. Het afleggen van verantwoording is de beste garantie om misbruik van macht te voorkomen.

24 E.C. Pietermaat, 'Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten', *JBPlus* 2009, 4; E.C. Pietermaat, 'Openbaar maken van sanctiebesluiten via internet', *Mediaforum* 2011-6, p. 174-180.

25 *Kamerstukken II* 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 11.

In een uitspraak over ligplaatsvergunningen heeft ABRvS bepaald dat besluiten in beginsel openbaar moeten zijn. ABRvS verwijst in dit kader naar het belang van belanghebbenden om bestuursrechtelijke rechtsmiddelen te kunnen aanwenden.[26] Eenzelfde redenering gaat op voor sanctiebesluiten. Ook bij de openbaarmaking van sanctiebesluiten geldt immers dat er derden zijn die eventueel rechtsmiddelen willen aanwenden. Daarbij kan het gaan om partijen die menen belanghebbend te zijn en die uit dien hoofde bezwaar of beroep willen instellen, maar ook civiele handhaving moet niet worden vergeten.[27] Van belang is daarom dat de totstandkoming van de beoordeling in sanctiebesluiten inzichtelijk wordt gemaakt. Dit dient eveneens het gelijkheidsbeginsel. Belanghebbenden kunnen de toezichthouder op het ongelijk behandelen van gelijke gevallen attenderen.

De OPTA heeft in onderstaande zaak een boete opgelegd voor overtreding van het spamverbod. Er zijn een groot aantal klachten binnengekomen over het betreffende bedrijf. De OPTA wil met het publiceren van dit sanctiebesluit laten zien dat er is opgetreden naar aanleiding van de klachten van consumenten. Daarmee geeft OPTA inzicht in het gebruik van haar bevoegdheden.[28]

In onze ogen is voor transparantie een vergelijking mogelijk met de openbare zitting bij de rechter. De zitting (evenals de uitspraak) vindt in beginsel plaats in de openbaarheid. Daarnaast worden uitspraken gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Hiermee geeft de rechter inzicht in de wijze waarop hij tot zijn uitspraak is gekomen. Bij het publiceren van uitspraken op www.rechtspraak.nl hanteert de rechterlijke macht anonimiseringsrichtlijnen.[29] De Raad voor de Rechtspraak stelt dat het ter beschikking stellen van uitspraken op internet kan worden aangemerkt als een uitwerking van het in het EVRM en de Grondwet verankerde beginsel van openbaarheid van procesvoering en – in het verlengde daarvan – openbaarmaking van de uitspraak. Uitspraken die zijn gedaan in eerste aanleg zijn nog niet rechtens onaantastbaar. Desalniettemin maakt de rechterlijke macht haar uitspraken openbaar omdat het belang van transparantie in de rechtspraak prevaleert.

26 ABRvS 1 mei 2002, *AB* 2003, 37.

27 Het Europese Hof van Justitie heeft in *Courage versus Crehan* benadrukt dat bij nationale rechters ingediende schadevorderingen bijdragen aan de 'handhaving van een daadwerkelijke mededinging'. HvJ EG 20 september 2001, nr. C-453/99, *Jur.* I-6297.

28 In dit preadvies gebruiken wij enkele voorbeelden van persberichten. Om de overtreders in de door ons gekozen voorbeelden niet te benadelen ten opzichte van overtreders in andere persberichten, kiezen wij ervoor om de door ons gebruikte voorbeelden te anonimiseren. De originele en volledige persberichten zijn terug te vinden op de websites van de OPTA, NMa en de CA.

29 Zie de anonimiseringsrichtlijnen zoals geplaatst op www.rechtspraak.nl.

Figuur 1 Publicatie van een sanctiebesluit door de OPTA

Boetes overtreding spamverbod

Publicatiedatum
31-05-2011
Soort
Besluiten
Beslisdatum
19-04-2011
Briefkenmerk
OPTA/ACNB/2011/200904

OPTA heeft aan D , R en twee personen boetes opgelegd van in totaal € 660.000,- voor het overtreden van het spamverbod. In de periode van begin 2007 tot april 2010 zijn tenminste 400 miljoen e-mailberichten verzonden. Na een groot aantal klachten op www.spamklacht.nl is OPTA een onderzoek gestart. Voor het versturen van e-mailberichten werden e-mailadressen gebruik uit online enquêtes en prijsvragen van derden. Daarbij werd in de algemene voorwaarden of het privacystatement aangegeven dat de gegevens konden worden gebruikt voor mailings van andere bedrijven. Instemmen met algemene voorwaarden of privacystatements is niet hetzelfde als toestemming geven voor het sturen van e-mailberichten. Van toestemming kan alleen sprake zijn indien de ontvanger weet aan wie en waarvoor toestemming wordt gegeven. Omdat ook de geboden afmeldmogelijkheid in de praktijk niet werkte, ontvingen consumenten die zich hadden afgemeld toch nog berichten.

Download publicatie (PDF Document - 446.55 KB)

3.2 Consumentenbelangen beschermen

De toezichthouder heeft als een van zijn taken de bescherming van de belangen van consumenten. Door sanctiebesluiten te publiceren waarschuwt de toezichthouder consumenten. Hiermee wordt de informatieasymmetrie tussen de markt en de consument opgeheven.

Een toezichthouder is bij uitstek in staat om consumenten te informeren over de werking van de markt. Op grond van zijn bevoegdheden in algemene en specifieke wet- en regelgeving kan de toezichthouder immers beschikken over informatie die voor een afzonderlijke consument niet toegankelijk is en die wel nodig is om te kunnen profiteren van de markt zoals die behoort te functioneren.

Om consumenten adequaat te kunnen waarschuwen, is het tijdstip van publicatie van groot belang. Veelal is de consument er immers mee gediend zo spoedig mogelijk geïnformeerd te worden over misstanden in de markt. Een voorbeeld hiervan is het volgende.

Figuur 2 Publicatie van een sanctiebesluit door de CA

Consumentenautoriteit
Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie

tgeving Ondernemers Over ons

Home › Besluiten › Sanctiebesluiten › Besluiten in zaken

Besluiten in zaken S en F , M , D , H , B en C

5 oktober 2011 | Besluiten | Sanctiebesluiten

Op 26 mei 2011 heeft de Consumentenautoriteit boetes opgelegd aan bedrijven die actief zijn in de elektronicabranche. De boetes zijn opgelegd omdat de bedrijven consumenten niet juist of niet volledig informeerden over garantie en conformiteit bij defecte producten.

De boetes zijn elk EUR 90.000,-.

Het gaat om de bedrijven

- S
- M
- D
- D
- B

Eerder is aan C een last onder dwangsom opgelegd tot aanpassing van haar algemene voorwaarden, zodat consumenten beter over garantie en conformiteit worden geïnformeerd. C heeft haar voorwaarden aangepast.

C heeft geen rechtsmiddelen ingesteld en deze zaak is gesloten. B in beroep gegaan en de overige bedrijven hebben bezwaar aangetekend tegen de beslissing van de Consumentenautoriteit.

De bedrijven – met uitzondering van C – hebben de rechtbank Rotterdam verzocht om de openbaarmaking van de besluiten te verbieden. Op 5 oktober 2011 heeft de rechtbank dit verzoek afgewezen en beslist dat de besluiten van de Consumentenautoriteit openbaar gemaakt mogen worden.

De CA waarschuwt via haar website in voornoemd bericht consumenten over opgelegde boetes aan vijf elektronicabedrijven in het kader van een onderzoek naar garantie en conformiteit. In het begeleidende bericht bij de publicatie van de sanctiebesluiten is te lezen dat vier van de vijf elektronicabedrijven rechtsmiddelen hebben aangewend en dat het besluit nog niet rechtens onaantastbaar is geworden.

Wanneer de toezichthouder eerst op het moment van het rechtens onaantastbaar worden van een sanctiebesluit mag publiceren, neemt de informerende en waarschuwende waarde van publicatie af. Door middel van het bericht op de website van de CA weten consumenten dat de elektronicabedrijven in kwestie onjuiste informatie hebben verstrekt over garantie en conformiteit. Gezien de lange periode die verstrijkt voordat een uitspraak in hoogste instantie kan worden verkregen,[30] is het niet wenselijk om met publicatie te wachten totdat een besluit onherroepelijk is geworden.

In de onderstaande zaak is een landelijke belangenvereniging een boete opgelegd, omdat tijdens een onderzoek bij deze vereniging een aangebrachte verzegeling is verbroken. Tijdens bedrijfsbezoeken van de NMa in het kader van een lopend onderzoek worden ruimtes verzegeld zodat het eventuele bewijs voor overtreding van de Mw niet weggemaakt kan worden in de afwezigheid van rechercheurs. In dit geval kan men zich afvragen waarom consumenten direct gewaarschuwd zouden moeten worden en of met publicatie van het besluit niet gewacht kan worden tot het besluit onherroepelijk is.

Figuur 3 Publicatie van een sanctiebesluit door de NMa

30 Zie onder andere T.J. Poppema, 'De redelijke termijn in het nationale (bestuurs)recht: op naar een wettelijke voorziening', NTB 2009, 25, p. 185-190.

3.3 Generale preventie

Een belangrijke manier om het economisch bestuursrecht te effectueren is door ervoor te zorgen dat bedrijven zich er vrijwillig aan houden. Dit wordt in de literatuur ook wel generale preventie of het anticipatie-effect genoemd.

Uit onderzoek blijkt dat slechts een kleine minderheid de wet wil overtreden.[31] Het anticipatie-effect is zeer belangrijk omdat een grote meerderheid van de bedrijven zich dus normconform wil gedragen.[32] Een toezichthouder die maximale effectiviteit nastreeft zal zich afvragen hoe het anticipatie-effect beïnvloed kan worden. Daarom is het belangrijk te begrijpen hoe ondernemingen kun keuzes maken. Uit onderzoek is gebleken dat hun beslissingen veelal gebaseerd zijn op modellen die de werkelijkheid simplificeren.[33] Op grond van observaties en verwachtingen ontwikkelen managers hun eigen perceptie van de marktsituatie en meer specifiek, de rol van de toezichthouder en de 'pakkans'. Het publiceren van sanctiebesluiten biedt de aan toezicht onderhevige markt inzicht in de wijze waarop de toezichthouder normen concretiseert, uitvoert en handhaaft. Deze kennis beïnvloedt de beslissing of een bedrijf zich wil houden aan de geldende regels.

Met andere woorden, het anticipatie-effect dat wordt bereikt met het publiceren van sanctiebesluiten, leidt tot normconform gedrag door marktspelers. Deze preventieve werking zorgt er uiteindelijk ook weer voor dat de belangen van consumenten worden beschermd.

Indien een toezichthouder in de perceptie van bedrijven sterk aanwezig is, zal dit leiden tot lagere maatschappelijke kosten in de vorm van het uit eigen beweging naleven van wetten. Daardoor volstaat vervolgens een kleinere toezichthouder om overtredingen te bestrijden.

3.4 Conclusie

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het te simplistisch is om te stellen dat de publicatie van een sanctiebesluit bedoeld is om te 'shamen'. Een toezichthouder publiceert niet om te 'shamen', het gaat hem om het 'namen'. Door publicatie van een sanctiebesluit beoogt de toezichthouder markten beter te laten werken om de belangen van consumenten te waarborgen. Stellen dat het de toezichthouder met het publiceren van sanctiebesluiten te doen is om extra te bestraffen is een uitgangspunt dat geen recht doet aan legitieme overwegingen die er zijn om sanctiebesluiten te publiceren. Vanzelfsprekend dient het publiceren van een sanctiebesluit wel omkleed te zijn met waarborgen. Dit komt in hoofdstuk vier aan de orde.

---

31 Jarig van Sinderen en Ron Kemp, 'Strategic Interactions in Competition Policy: Dutch Experiences', , *European Competition Law Review* 2008, 5, p. 298-309.

32 Meer specifiek verwijzen we in dit verband naar de memorie van toelichting bij de Mw. Het ter inzage leggen van sanctiebeschikkingen is – net als bij de bekendmaking van sanctiebesluiten door de Europese Commissie – als bevorderlijk aangemerkt voor de eerbiediging van de mededingingsregels. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 93.

33 L. Chernatorty, K. Daniels en G. Johnson, 'A cognitive perspective on managers' perception of competition', *Journal of Marketing Management* 1993, p. 373.

4 ACM, een algemene publicatieregeling?

De oprichting van de nieuwe toezichthouder ACM is een logisch moment om te komen tot een uniforme publicatieregeling voor de fuserende toezichthouders. Bij het ontwerpen van een nieuw publicatieregime heeft de wetgever diverse keuzes. Er zijn verschillende vormen mogelijk, zoals hoofdstuk twee van dit preadvies illustreert. Wij bespreken een aantal aspecten die naar onze mening van belang zijn bij het maken van een nieuw wetsontwerp. Hiermee proberen wij bij te dragen aan de eventuele verwezenlijking van een expliciete grondslag voor publicatie van sanctiebesluiten van de ACM.

Bij alle mogelijkheden waaruit de wetgever kan kiezen, zal uiteindelijk de spanning centraal staan tussen rechtsbescherming enerzijds en de overwegingen om te publiceren anderzijds. Tussen beide uitersten zal een goede balans gevonden moeten worden. In de eerste paragraaf bespreken we die belangenafweging.

Daarna komen de afwegingen aan bod die de wetgever kan betrekken in de keuze voor een uniforme publicatieregeling. Wij kunnen ons voorstellen dat de wetgever op de volgende punten een afweging maakt:

– Wob of lex specialis;
– beginselplicht of discretionaire bevoegdheid;
– direct publiceren of eerst na onherroepelijk worden besluit.

Een andere vraag die de wetgever in dit kader kan betrekken, is welke instrumenten in aanmerking komen voor publicatie en of een verschil gemaakt moet worden in de openbaarmaking van namen van rechtspersonen en privépersonen. Voornoemde punten bespreken we achtereenvolgens in dit hoofdstuk.

4.1 Belangenafweging

In hoofdstuk drie wezen we erop dat een toezichthouder sanctiebesluiten (onder meer) publiceert om consumenten te waarschuwen voor gedrag dat hen benadeelt en om generale preventie te bewerkstelligen. Deze belangen kunnen het beste worden behartigd door het sanctiebesluit zo spoedig mogelijk te publiceren. Daar staat tegenover dat personen of bedrijven door publicatie van een sanctiebesluit schade kunnen lijden. Veelal zal het dan gaan om reputatieschade en (daardoor) teruglopende inkomsten. Die schade wordt ten onrechte geleden als een sanctiebesluit in een later stadium wordt vernietigd. Het is om die reden van belang een afweging te maken tussen de door toezichthouders met (directe) publicatie te dienen belangen en de belangen van in een sanctiebesluit aangewezen overtreders.

In het genoemde voorbeeld over elektronicabedrijven rechtvaardigt het doel (waarschuwen van consumenten) wellicht al snel een vroegtijdige publicatie met inbegrip van de naam van de rechtspersoon. In het voorbeeld van de zegelverbreking is de waarschuwende functie minder aanwezig en is voor te stellen dat de toezichthouder terughoudender omgaat met de publicatie van de naam van de rechtspersoon. In dit specifieke voorbeeld wordt de overtreder bovendien in verband gebracht met een lopend onderzoek naar een overtreding, zodat voor te stellen is dat daarom gewacht wordt met de publicatie van het (volledige) sanctiebesluit.

De tien wetten[34] waarop de ACM toezicht houdt en waaruit handhavingsbevoegdheden voortvloeien, hebben uiteenlopende doelen. Hoewel aan de algemene belangen in onze ogen in beginsel een zwaar gewicht moet worden toegekend, dient er een belangenafweging plaats te vinden die recht doet aan het specifieke geval dat voorligt. Het is daarbij mogelijk dat de wetgever die belangenafweging voor de toezichthouder maakt en tot uitdrukking laat komen in een onderverdeling in soorten overtredingen in de wet, zoals bijvoorbeeld in de publicatieregeling in de Wft is gedaan door zware van lichte overtredingen te onderscheiden.

Op grond van de Wft hebben De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een verplichting om direct na bekendmaking van het besluit over te gaan tot publicatie.[35] Dit regime geldt enkel voor de zware overtredingen. Een duidelijke waarschuwing aan de consument is bij zware overtredingen volgens de wetgever aangewezen. Enkel in gevallen waarin publicatie van het sanctiebesluit in strijd zou komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op naleving van de wet, wordt geheel van publicatie afgezien. Overige sanctiebesluiten, waarin een lichtere boete wordt opgelegd, worden pas gepubliceerd nadat zij onherroepelijk zijn geworden (artikelen 1:97 en 1:98 Wft). Overigens worden besluiten waarin een zware boete wordt opgelegd nogmaals gepubliceerd wanneer zij rechtens onaantastbaar zijn geworden.

In plaats van een regeling zoals in de Wft is opgenomen, kan de toezichthouder ook zelf de ruimte worden gelaten om te bepalen wat het tijdstip en de inhoud van de publicatie in een specifieke zaak moet zijn.

4.2 De Wob of lex specialis

Zoals in hoofdstuk twee uiteen is gezet, volgt uit jurisprudentie van ABRvS dat een toezichthouder, ondanks kritische noten uit de wetenschappelijke wereld, op grond van artikel 8 Wob sanctiebesluiten in beginsel volledig, met inbegrip van namen, kan publiceren.[36] Een wettelijke grondslag in specifieke wetgeving is niet vereist. Volgens ABRvS is voorafgaand aan de publicatie een belangenafweging geboden. Van onevenredige benadeling van de overtreder zal sprake zijn als het sanctiebesluit naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet in rechte

34 Mededingingswet, Elektriciteitswet 1998, Gaswet, Luchtvaartwet, Spoorwegwet, Loodsenwet, Telecommunicatiewet, Postwet, Wet handhaving consumentenbescherming, Drinkwaterwet.

35 Wij verwijzen voor een uitgebreide beschrijving naar het preadvies van A.C. Beijering-Beck in deze uitgave.

36 Zie voor een overzicht Pietermaat 2011, p. 174-180.

zal standhouden. ABRvS verwijst hiervoor naar de bijzondere bestuursrechter die bij uitstek kan oordelen of het sanctiebesluit zelf in stand blijft.

Het voorgaande betekent dat de bijzondere bestuursrechter is aangewezen waar door partijen wordt betoogd dat publicatie niet is toegestaan omdat het sanctiebesluit in rechte niet zal standhouden. Of dat besluit is gepubliceerd op grond van artikel 8 Wob of op grond van een lex specialis lijkt daarbij geen verschil te maken.

De casus waarin een partij alleen opkomt tegen de publicatie op grond van artikel 8 Wob is nog niet beslecht. Bijvoorbeeld waarbij de overtreder berust in het opgelegde sanctiebesluit, maar niet wil dat het sanctiebesluit wordt gepubliceerd om eventuele reputatieschade te voorkomen. Het lijkt erop dat voor deze specifieke situatie, anders dan in het geval waarin ook het sanctiebesluit zelf wordt aangevochten, de rechtbank van de woonplaats van de indiener de aangewezen instantie is en in hoger beroep ABRvS.

De NMa publiceert op grond van de Wob en bijzondere bepalingen uit de Mw, de E-wet en de Gaswet, de OPTA op basis van de Wob en de CA op basis van een lex specialis van de Wob, namelijk de Whc. Gezien de lappendeken aan wettelijk kader lijkt het aangewezen dat de wetgever een keuze maakt welk systeem hij wenselijk acht. Winstpunt van het opnemen van een publicatieregeling in een lex specialis ten opzichte van artikel 8 Wob is dat een rechtzoekende zich in alle gevallen kan wenden tot dezelfde rechter, namelijk de bijzondere bestuursrechter. Dit betekent dat er een uniform systeem van rechtsbeschermingsmogelijkheden wordt gecreëerd.

4.3 Beginselplicht of discretionaire bevoegdheid?

De bepaling in de Whc die de publicatie van sanctiebesluiten voor de CA regelt (artikel 2.23 Whc) is een 'kan'-bepaling. De CA heeft daarmee een discretionaire bevoegdheid om tot publicatie over te gaan. In haar beleid kiest de CA ervoor sanctiebesluiten in beginsel altijd te publiceren. Het uitgangspunt sanctiebesluiten te publiceren kan ook in de wet worden verankerd. De Wft bevat een voorbeeld van zo'n 'beginselplicht'. Deze beginselplicht is onder meer opgenomen om de consumenten te waarschuwen.[37] Dit is, zoals hiervoor beschreven, een van de belangen die de ACM ook moet behartigen.

Uit het feit dat de wetgever bij zware overtredingen een beginselplicht tot publicatie heeft opgenomen, blijkt dat er ten tijde van de invoering van de Wft een groot belang werd gehecht aan de publicatie van sanctiebesluiten. Wij zijn van mening dat ook voor de ACM legitieme redenen bestaan om sanctiebesluiten te publiceren. Wanneer de wetgever deze overwegingen deelt, ligt het voor de hand om de ACM toe te rusten met ten minste een uitdrukkelijke bevoegdheid of zelfs een beginselplicht tot publicatie.

37 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 18.

4.4 Direct publiceren of publiceren na onherroepelijk worden besluit

In de discussie over publicatie van sanctiebesluiten vormt het moment waarop gepubliceerd mag worden een terugkerend twistpunt. In dit verband speelt de onschuldpresumptie, volgend uit artikel 6, tweede lid EVRM, een grote rol.[38] De vraag in hoeverre de publicatie van (niet-onherroepelijke) sanctiebesluiten zich verhoudt tot die onschuldpresumptie is nog niet uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Het vraagstuk is aan de orde gekomen bij de rechtbank maar nog niet tot aan de hoogste instantie uitgeprocedeerd. Een belangrijke aanwijzing vinden wij in de volgende uitspraak van het EHRM.

In de zaak *Allenet de Ribemont versus Frankrijk*[39] bleek dat autoriteiten de onschuldpresumptie hadden geschonden doordat zij een verdachte zonder voorbehoud en in niet mis te verstane bewoordingen als schuldige hadden aangewezen. Het EHRM overwoog dat de onschuldpresumptie niet betekent dat autoriteiten het publiek niet mogen informeren over een lopend strafrechtelijk onderzoek, maar dat de autoriteiten daarbij wel de nodige discretie en omzichtigheid in acht moeten nemen.

Met deze uitspraak lijkt echter nog niet uitgemaakt hoe het belang van publicatie zich verhoudt tot de onschuldpresumptie. In ieder geval kan hieruit worden afgeleid dat de onschuldpresumptie in beginsel niet in de weg staat aan publicatie.

In een uitspraak van 8 april 2010[40] van de Rechtbank Rotterdam is het publiceren van een sanctiebesluit (door de AFM) voordat het rechtens onaantastbaar was, aan de orde gekomen. In dit kader is een beroep gedaan op de onschuldpresumptie volgende uit artikel 6, tweede lid EVRM. De rechtbank overweegt in deze uitspraak dat de vraag of er strijd bestaat met artikel 6, tweede lid EVRM in het midden kan blijven nu de mogelijkheid tot een verzoek om een voorlopige voorziening openstond. De voorlopige voorziening voldoet volgens de rechtbank aan de eisen die volgen uit artikel 6, eerste lid EVRM.[41]

Ook uit deze uitspraken kan worden afgeleid dat de onschuldpresumptie in beginsel niet in de weg staat aan publicatie.[42] Niettemin moet die publicatie wel met de nodige waarborgen zijn omkleed. Wij zijn van mening dat de huidige praktijk van de OPTA, CA en NMa voldoende waarborgen biedt. De toezichthouders nemen een wachttijd in acht en wachten met publicatie van het sanctiebesluit indien om een voorlopige voorziening wordt verzocht. Daarnaast wordt op de website van de toezichthouder uitdrukkelijk vermeld wat de status van het besluit in kwestie is.[43] Met andere woorden: of het besluit nog kan worden aangevochten of dat de overtreder zich neerlegt bij de opgelegde sanctie. De informatie wordt op een neutrale

38 Wij verwijzen voor een uitgebreide beschrijving naar het preadvies van A.C. Beijering-Beck en Jonathan Reuveny in deze uitgave.

39 EHRM 10 februari 1995, nr. 15175/89, Series A, nr. 308, en NJ 1997/523, m.nt. E.J. Dommering.

40 Rb. Rotterdam 8 april 2010, LJN BM0507

41 Rb. Rotterdam, zie de uitspraken LJN BM0507, LJN BN2146 en LJN BQ4829.

42 Zo publiceert ook de Europese Commissie haar beschikkingen in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen. Deze praktijk is door het Hof van Justitie akkoord bevonden met dien verstande, dat geen zakengeheimen van ondernemingen geopenbaard mogen worden (HvJ EG inzake ACF Chemiefarma, JUR 1970, p. 695). Het Hof overwoog hierbij zelfs dat dergelijke publiciteit bevorderlijk kan zijn voor eerbiediging van de mededingingsregels van het EG-Verdrag.

43 Na het verstrijken van de wachttijd of nadat een eventueel verzoek om een voorlopige voorziening is afgewezen.

manier door de toezichthouders verschaft, zodat de lezer zelf een mening kan vormen over het besluit. Met deze twee waarborgen (de mogelijkheid tot het vragen van een voorlopige voorziening en vermelding van de status van het besluit) menen wij dat de onschuldpresumptie voldoende is gewaarborgd. De wetgever kan ervoor kiezen deze waarborgen in een nieuwe regeling voor de ACM ook wettelijk te verankeren.

De vraag is dan nog in hoeverre andere belangen van de overtreder een toezichthouder zouden moeten dwingen te wachten met publicatie van een sanctiebesluit totdat het onherroepelijk is. Gedacht kan worden aan een situatie waarin de toezichthouder mogelijk geen groot belang heeft bij directe publicatie – denk aan het voorbeeld van de zegelverbreking – terwijl de overtreder mogelijk onterecht grote schade lijdt als het sanctiebesluit achteraf door de rechter zou worden vernietigd. De wetgever zou hier voor de ACM een keuze in kunnen maken door, net als in de Wft, expliciet te regelen welke sanctiebesluiten direct moeten worden gepubliceerd en welke pas als ze onherroepelijk zijn.

4.5 De inhoud van het gepubliceerde besluit

Als het gaat om de inhoud van het te publiceren sanctiebesluit heeft de wetgever eveneens diverse mogelijkheden. Artikel 65 Mw verwijst rechtstreeks naar de weigeringsgronden van artikel 10 Wob. Artikel 2.23 Whc bevat geen verwijzing naar de Wob, maar bevat een (discretionaire) bevoegdheid op grond waarvan de bij dat besluit betrokken belangen in beginsel afgewogen moeten worden.

In de huidige praktijk van de NMa en de OPTA wordt een overtreder in de gelegenheid gesteld om aan te geven welke onderdelen van het besluit vertrouwelijk worden geacht. Daarbij dient op dit moment nog artikel 10 Wob als uitgangspunt. Een partij wordt daarmee in de gelegenheid gesteld om invloed uit te oefenen op de inhoud van het openbare besluit binnen de reikwijdte van artikel 10 Wob.

Het hangt af van de concrete omstandigheden per geval welke afwegingen worden gemaakt. Bij vertrouwelijke informatie kan bijvoorbeeld gedacht worden aan omzetgegevens of andere concurrentiegevoelige gegevens. Overigens voert de OPTA het beleid dat om zwaarwichtige redenen besloten kan worden bedrijfsvertrouwelijke gegevens en persoonsgegevens wel openbaar te maken.

Met de wijziging van de Awb door de vierde tranche kan vanaf 1 juli 2009 niet alleen de rechtspersoon die een overtreding begaat worden beboet, maar ook degene die tot de overtreding opdracht heeft gegeven of hieraan feitelijk leiding heeft gegeven.

De rechterlijke macht kent eigen anonimiseringsrichtlijnen,[44] waarin de werkwijze voor de rechter is voorgeschreven. In deze richtlijnen is bepaald dat namen van rechtspersonen in bestuursrechtelijke uitspraken niet geanonimiseerd worden. ‘Zolang die gegevens niet bepalend zijn voor de wijze waarop een individu in het maatschappelijk verkeer wordt beoordeeld. Met andere woorden: er is wel anonimisering nodig als de naam herleidbaar is tot een natuurlijk persoon.’

44 Zie noot 28.

De feitelijk leidinggever kan een natuurlijke persoon zijn. De toezichthouders maken in beginsel alleen de namen van rechtspersonen openbaar. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de spamzaak van de OPTA uit hoofdstuk drie. Hierin publiceert de OPTA wel de naam van het bedrijf, maar niet van de feitelijk leidinggevende.

Wanneer namen van rechtspersonen herleidbaar zijn tot natuurlijke personen is de toezichthouder terughoudend. Janssen B.V. uit Nuenen zal minder snel worden geopenbaard aangezien de naam van de rechtspersoon is te herleiden tot – in dit geval – dhr. Janssen uit Nuenen. Daarmee lijken de toezichthouders zich aan te sluiten bij de praktijk van de rechterlijke macht met betrekking tot de publicatie van uitspraken.

4.6 Instrumenten?

In de Wft is geregeld dat bij zware overtredingen direct na bekendmaking de sanctiebeschikking openbaar wordt gemaakt. Daarnaast is in artikel 1:99 Wft geregeld dat ook de last onder dwangsom (na het verbeuren van de dwangsom) wordt openbaargemaakt, tenzij openbaarmaking daarvan in strijd zou komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op naleving van de wet.

Uit de Mw, de Gaswet en de E-wet volgt dat naast het sanctiebesluit eveneens het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom ter inzage wordt gelegd. Voor de last onder dwangsom is daarbij niet specifiek vereist dat er sprake is van verbeurte van de dwangsom.

Uit de Whc volgt dat de CA sanctiebesluiten en de last onder dwangsom publiceert. Ook publiceert de CA een beschikking dat geen last onder dwangsom of bestuurlijke boete wordt opgelegd of een toezegging op grond van de Whc.

Het instrument van de bindende aanwijzing wint aan terrein in het markttoezicht.[45] De bindende aanwijzing dient als nadere concretisering van een wettelijke norm in een specifiek geval. Steeds vaker wordt dit instrument gebruikt als opmaat voor de last onder dwangsom.

Dit geeft te denken welke instrumenten expliciet dienen te worden benoemd in de publicatieregeling voor de ACM. Ook een last onder dwangsom of misschien zelfs een bindende aanwijzing? Dit lijkt eveneens een punt waarop de wetgever uitsluitsel kan bieden in de weging van het moment van openbaarmaking versus de belangen van de overtreder.

45 E.T.W.M. van Leeuwen, 'De bindende aanwijzing tussen handhaving en regulering', *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2006-4, p. 100-118.

Conclusie

In dit preadvies wordt een aantal overwegingen van de toezichthouder om sanctiebesluiten te publiceren beschreven. Het publiceren van sanctiebesluiten is gericht op *naming*, maar het is de toezichthouder om andere effecten te doen dan *shaming*.

Met het waarschuwen van consumenten voor het gedrag van overtreders wordt bijvoorbeeld de informatieasymmetrie tussen de markt en de consument opgeheven. Een toezichthouder is op grond van zijn bevoegdheden bij uitstek in staat om consumenten te informeren over de werking van de markt. Op grond van diverse bevoegdheden in algemene en specifieke wet- en regelgeving kan de toezichthouder beschikken over informatie die voor een afzonderlijke consument niet toegankelijk zou zijn en wel nodig om te kunnen profiteren van de markt zoals die behoort te functioneren.

Daarnaast zorgt de publicatie van besluiten voor transparantie over het werk van toezichthouders. Door middel van publicatie van besluiten legt een toezichthouder verantwoording af voor verkregen bevoegdheden en het inzetten van gemeenschapsgeld. Het geeft inzicht in de wijze waarop een bestuursorgaan tot een oordeel is gekomen. Hiermee legt het bestuursorgaan verantwoording af door de motivering van een besluit aan het publiek te laten zien. Door publicatie kunnen belanghebbenden kennis nemen van besluiten en desgewenst rechtsmiddelen inzetten.

Ten slotte leidt het publiceren van sanctiebesluiten tot generale preventie. Het publiceren van sanctiebesluiten geeft de markt inzicht in hoe normen worden uitgelegd. Indien een toezichthouder in de perceptie van bedrijven sterk aanwezig is zal dit leiden tot lagere maatschappelijke kosten in de vorm van het uit eigen beweging naleven van wetten. Daardoor volstaat vervolgens een kleinere toezichthouder om overtredingen te bestrijden.

Wij komen tot de conclusie dat er een belangenafweging dient te worden gemaakt tussen het individuele belang van de overtreder en voornoemde redenen die het algemene belang dienen. De toezichthouder dient volgens ons de publicatie zo vorm te geven dat er niet in strijd wordt gehandeld met de onschuldpresumptie. Naar onze mening is hieraan voldaan door de mogelijkheid tot een verzoek om een voorlopige voorziening en communicatie over de status van het besluit. Wij pleiten voor het opnemen van deze voorwaarden in een publicatieregeling voor de ACM.

Stellingen

1. De veronderstelling dat toezichthouders 'namen' om te 'shamen' is een te beperkte kijk op de werkelijkheid.
2. Uit de uitspraak *Allenet de Ribemont* (EHRM) en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 8 april 2010 blijkt dat artikel 6 EVRM niet in de weg staat aan publicatie van een sanctiebesluit voordat het besluit formele rechtskracht heeft gekregen.
3. Ook bij een wettelijke beginselplicht tot publicatie van sanctiebesluiten is er voldoende ruimte voor een belangenafweging.

Verslag Jonge VAR: Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen

Mr. K. Gussinklo

Op 11 november 2011 heeft de vergadering van de Jonge VAR plaatsgevonden bij Houthoff Buruma in Amsterdam. De vergadering had als thema: 'Genoemd en gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen'. Dit thema is vanuit verschillende invalshoeken en wettelijke kaders behandeld in preadviezen van Jonathan Reuveny, Annechien Beijering-Beck, Monica Sonderegger en Binne-Jan de Haan. De vergadering werd voorgezeten door Adrienne de Moor.

Naming en shaming en de Wob

Na een welkomstwoord van de voorzitter, start preadviseur Jonathan Reuveny[1] met zijn enigszins kritische uiteenzetting over artikel 8 Wob als grondslag voor actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten. Met de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten wordt met name aangegeven waarom de sanctie in een concreet geval wordt opgelegd, maar is het volgens Jonathan Reuveny de vraag of er inzicht wordt verkregen in het beleid van een bestuursorgaan waarvoor artikel 8 Wob is bedoeld. De kernstelling van Jonathan Reuveny is dat artikel 8 Wob geen grondslag biedt voor naming en shaming en dat er een bijzondere wettelijke grondslag aanwezig moet zijn voor de publicatie van sanctiebesluiten.

De preadviseur gaat in op de vraag of de publicatie van een boetebesluit of een last onder dwangsom een sanctie is en komt tot het oordeel dat de openbaarmaking geen bestuurlijke sanctie is in de zin van artikel 5:2 Awb. Met de openbaarmaking wordt aan de overtreder geen verplichting opgelegd en wordt hem

* Kirsten Gussinklo is support lawyer bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn.

1 Jurist bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

geen aanspraak onthouden. Vervolgens komt de vraag aan de orde of sprake is van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM. Bij de beantwoording van deze vraag maakt Jonathan Reuveny onderscheid tussen een bestuurlijke boete, een herstelsanctie en de publicatie van inspectierapporten. Bij de openbaarmaking van een bestuurlijke boete is volgens de preadviseur sprake van een criminal charge. De goede naam van een onderneming wordt immers aangetast, met eventuele (omzet)schade als gevolg. Voor wat betreft de openbaarmaking van een herstelsanctie ligt dit genuanceerder. Een en ander is afhankelijk van het moment van openbaarmaking. Indien een herstelbesluit openbaar wordt gemaakt terwijl de begunstigingstermijn nog loopt, zou volgens de preadviseur de openbaarmaking gezien kunnen worden als ondersteuning van de last. In die zin zou het een extra drukmiddel zijn om te voldoen aan de last. Is er echter reeds bestuursdwang toegepast of zijn de dwangsommen al verbeurd, dan kan publicatie niet meer worden gezien als ondersteuning van de last en is er volgens de preadviseur sprake van een sanctie. Bij de openbaarmaking van inspectiegegevens is er in zijn algemeenheid geen sprake van een criminal charge.

In die gevallen waarbij sprake is van een criminal charge is het legaliteitsbeginsel van toepassing en moet de strafbare gedraging en de sanctie die daarop volgt zijn vastgelegd. Artikel 8 Wob voldoet volgens de preadviseur niet aan het legaliteitsbeginsel.

In het kader van artikel 6 EVRM speelt volgens de preadviseur tevens de onschuldpresumptie een rol. In verband met deze onschuldpresumptie is terughoudendheid onder meer geboden bij de openbaarmaking van de naam van een overtreder.

De hiervoor geschetste problemen zouden op te lossen zijn door een grondslag voor naming en shaming in specifieke wetgeving op te nemen. Dit dwingt de wetgever stil te staan bij de doelen die hij op een specifiek terrein met openbaarmaking wenst te bereiken en bij de vraag of die doelen met openbaarmaking ook worden bereikt. Daarnaast zouden er procedurele waarborgen in de Algemene wet bestuursrecht en eventueel aanvullende specifieke wetgeving moeten worden opgenomen. Adrienne de Moor vat een en ander samen door te concluderen dat Jonathan Reveuny een genuanceerde benadering met betrekking tot artikel 8 Wob voorstaat. Er moet daarbij onderscheid worden gemaakt tussen de openbaarmaking van de verschillende sancties met het oog op de toepasselijkheid van criminal charge.

De discussie naar aanleiding van de standpunten van Jonathan Reuveny spitst zich met name toe op de vraag of openbaarmaking van sanctiebesluiten met vermelding van namen moet plaatsvinden. De heer Van Langevelde van de Provincie Zeeland benadrukt het belang van openbaarmaking voor burgers. Hij vraagt ook aandacht voor de positieve keerzijde van openbaarmaking, het zogenoemde *faming and shaming*. Het één kan volgens hem niet zonder het ander. Daarnaast geldt dat de vergunningprocedure openbaar is; een vergunning wordt afgegeven en daarna gecontroleerd. Het ligt in de rede dat de resultaten daarvan openbaar worden gemaakt. Anders ontstaat er een onevenwichtigheid in de vergunningprocedure. Hij merkt daarbij wel op dat voorgaande stelling alleen betrekking heeft op herstelsancties. Bij boetes ligt dat zijns inziens anders.

Jonathan Reuveny houdt vast aan zijn standpunt dat artikel 8 Wob gericht is op bestuursorganen – hoe ze om gaan met bevoegdheden, hoe ze te werk gaan –

en dat door de namen van overtreders te publiceren de focus uitgaat naar de onderneming en niet naar de handhaver. Hiervoor is artikel 8 Wob volgens hem niet bedoeld.

Tijdens de discussie komt de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) van 10 november 2010[2] ter sprake. De Afdeling heeft in deze uitspraak bepaald dat artikelen 8 en 10 Wob in het algemeen een basis kunnen bieden voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten. In het kader van de belangenafweging heeft de Afdeling overwogen dat de onderneming niet onevenredig in zijn belangen wordt geraakt wanneer het boetebesluit zelf in stand kan blijven. Jonathan Reuveny zet vraagtekens bij deze uitspraak in het kader van naming en shaming, omdat een bepaalde onderneming specifiek in de hoek wordt gezet op die manier. Hij trekt daarnaast de uitleg van de belangenafweging door de Afdeling in twijfel. In de betreffende casus zou een van de boetes later zijn vernietigd door de rechtbank. OPTA heeft dus een besluit bekend gemaakt waarin staat aan welke ondernemingen een boete is opgelegd, maar naar later blijkt, onterecht. Olivier Dusée, werkzaam bij OPTA, meldt in dit kader dat er wel een rectificatie op internet volgt. Maar volgens Jonathan Reuveny krijgt deze rectificatie veel minder aandacht. De schade is al geleden en kan moeilijk ongedaan worden gemaakt.

In het preadvies van Jonathan Reuveny wordt beschreven dat een partij die zich alleen verzet tegen de openbaarmaking en niet tegen de boete zelf, als gevolg van de uitspraak van de Afdeling weerloos zou zijn. Olivier Dusée vraagt naar aanleiding van deze passage of de preadviseur zich kan voorstellen dat een partij slechts bezwaar maakt tegen het gedeelte van het besluit dat de openbaarmaking betreft en daarbij de gronden van artikel 10 Wob aanvoert. Volgens Jonathan Reuveny heeft OPTA de beleidsregels aangepast naar aanleiding van de uitspraak. Ten tijde van de uitspraak nam OPTA een boetebesluit en los daarvan een publicatiebesluit. Dat had tot gevolg dat er tegen de openbaarmaking alleen beroep kon worden ingesteld bij de algemene bestuursrechter en in hoger beroep bij de Afdeling. De beleidsregels van OPTA zijn nu zodanig aangepast dat zowel de boete als de openbaarmaking in één besluit worden genomen. Op die manier is de rechtsbescherming bij één rechter geconcentreerd. Het is afwachten hoe de specifieke rechter die moet oordelen over de boete de belangenafweging zal maken.

Julliet van Pomeren, werkzaam bij de AFM, stelt de vraag of een sanctiebesluit openbaar gemaakt kan worden, wanneer men stelt dat openbaarmaking een punitieve sanctie is. Een overtreder zou aldus twee maal gestraft worden voor hetzelfde feit. Jonathan Reuveny reageert hierop door te wijzen op artikel 10 EVRM op grond waarvan volgens het EHRM de overheid voorlichting mag geven over bijvoorbeeld lopende strafzaken. De overheid mag hierbij niet de dader aanwijzen. Het feit dat openbaarmaking ook als straf geldt, zou meegenomen kunnen worden bij het bepalen van de hoogte van de boete.

2 ABRvS 10 november 2010, LJN BO3468.

Adrienne de Moor constateert dat er in deze discussie nog geen parallel is gemaakt met het strafrecht als zodanig. Een vonnis van de strafrechter is openbaar, in de zin dat je erbij kunt zijn als het vonnis wordt uitgesproken. Maar als het gepubliceerd wordt op Rechtspraak.nl, worden de namen weggestreept. Ze vraagt de zaal of er een parallel mogelijk is met betrekking tot het publiceren van boetes. Lex Michiels ziet geen probleem met betrekking tot artikel 6 EVRM. Dit artikel verbiedt volgens hem niet dat er twee straffen worden opgelegd, maar verbiedt slechts twee verschillende procedures naar aanleiding van hetzelfde delict. Er is in dit geval, met het opleggen van een boete en een eventueel later bekendgemaakt publicatiebesluit, in zijn ogen sprake van eenzelfde procedure. Er is dan wel – als publicatie als een punitieve sanctie wordt aangemerkt – sprake van cumulatie van straffen, maar dat is niet verboden. Volgens Julliet van Pomeren is het niet toegestaan het boetebesluit en het publicatiebesluit op twee verschillende momenten uit te vaardigen. Jonathan Reuveny stelt dat het moment van openbaarmaking van namen niet relevant is. Het gaat er volgens hem om dat de openbaarmaking een extra straf is en dat daarmee rekening moet worden gehouden. Bij het bepalen van de hoogte van de boete zou dit meegewogen kunnen worden.

Adrienne de Moor wijst op het preadvies van Annechien Beijering-Beck.[3] In haar preadvies in het gedeelte over de openbare waarschuwing wijst Annechien Beijering-Beck op het feit dat publicatie in de Wet toezicht effectenverkeer als bestraffend is aangemerkt, terwijl dit in de Wet op het financieel toezicht (Wft) is omgezet in een niet-bestraffende sanctie. Deze 'kleurverschieting' getuigt volgens haar van het besef van de wetgever dat het om een bestraffende sanctie gaat en doet ook overigens kunstmatig aan.

Tijdens het vervolg van de discussie komt de vraag naar voren of de publicatie van bijvoorbeeld een inspectieonderzoek op zichzelf als een openbaarmakings*besluit* moet worden aangemerkt waartegen bezwaar kan worden gemaakt. Er wordt namelijk niet altijd expliciet een openbaarmakingsbesluit genomen. Volgens Jonathan Reuveny zou de publicatie op zichzelf, bij gebreke aan andere regelingen, moeten worden aangemerkt als een besluit op grond van de Wob. De rechtsbescherming wordt hiermee gediend. De heer De Bruin, werkzaam bij de Nationale Ombudsman, stelt echter dat de Nationale Ombudsman in een uitspraak van vorig jaar[4] heeft uitgemaakt dat een dergelijke publicatie moet worden aangemerkt als een feitelijke gedraging. Volgens Leon Mensink, werkzaam bij Allen & Overy, is het echter onwenselijk om dergelijke zaken voor de civiele rechter te brengen gezien het feit dat de Afdeling de rechtsbescherming bij actieve openbaarmaking op één lijn heeft gesteld met die van artikel 3 Wob.[5] In dit kader wijst Annechien Beijering-Beck op een uitspraak van de voorzieningenrechter Rotterdam[6] in een zaak waarbij publicatie op een heel laat moment plaatsvond door toedoen van de AFM. De voorzieningenrechter heeft de publicatie in deze uitspraak als een besluit aangemerkt.

3 Op een later moment in de discussie.
4 Vindplaats niet genoemd.
5 ABRvS 15 december 2010, LJN BO7333.
6 Rb. Rotterdam 24 maart 2011, LJN BP9381.

Naming en shaming en de Wft

De middag vindt zijn vervolg met de presentatie van preadviseur Annechien Beijering-Beck[7] over naming en shaming op grond van de Wft. Het doel van publicatie van sanctiebesluiten op grond van de Wft is het waarschuwen van consumenten. Annechien Beijering-Beck bespreekt onder meer de betekenis van eventuele reputatieschade bij de beoordeling van het publicatiebesluit door de rechter. Mogelijke reputatieschade is volgens de (voorzieningenrechter van de) Rechtbank Rotterdam geen reden om een publicatiebesluit te schorsen. De Wft kent een beginselplicht tot openbaarmaking van een boetebesluit en een last onder dwangsom, tenzij sprake is van strijd met het doel van het gedragstoezicht. Bij de publicatie van boetebesluiten toetst de rechter of er sprake is van een overtreding, of de oplegging van de boete redelijk is en of de hoogte van de boete evenredig is. Er is geen ruimte voor een verdergaande belangenafweging; volgens Annechien Beijering-Beck ten onrechte. Uit de parlementaire geschiedenis kan worden afgeleid dat toepassing van het evenredigheidsbeginsel in artikel 3:4, tweede lid, Awb mogelijk is. Ook uit de onschuldpresumptie volgt dat een belangenafweging moet plaatsvinden. Daarnaast vereist artikel 8:81 Awb in een voorlopigevoorzieningsprocedure een verdergaande belangenafweging dan nu in de rechtspraak plaatsvindt. De tenzij-clausule[8] wordt aldus volgens de preadviseur door de rechtbank te beperkt uitgelegd. Een hoopgevende uitspraak in dit kader is volgens de preadviseur mogelijk die van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 23 september 2011[9] waarbij in de beoordeling werd betrokken of de publicatie zou leiden tot onevenredige schade.

Het tweede onderwerp van de presentatie van Annechien Beijering-Beck betreft de publicatie van een last onder dwangsom. De publicatie is gekoppeld aan het moment van het verbeuren van de dwangsom dat veel later plaatsvindt dan het opleggen van de last. Gezien het tijdsverloop tussen het beslismoment van publicatie en het moment van publiceren, pleit de preadviseur voor een heroverweging van de publicatie. Daarbij moet worden meegewogen of al dan niet aan de last is voldaan en of de dwangsom al is verbeurd.

Aan het einde van de presentatie wordt de openbaarmaking van de namen van feitelijk leidinggevers in boetebesluiten behandeld. Sinds de invoering van de vierde tranche van de Awb kunnen ook feitelijk leidinggevers worden beboet voor een overtreding begaan door een rechtspersoon. Annechien Beijering-Beck pleit voor het waarschuwen voor een overtreding door een onderneming, maar vindt het onnodig om daarnaast te waarschuwen voor een boete die is opgelegd aan een feitelijk leidinggevende wegens de overtreding van een rechtspersoon. In de discussie die hierop volgt wijst Annechien Beijering-Beck erop dat de naam van een feitelijk leidinggevende wel in het sanctiebesluit genoemd kan worden indien deze zelf als overtreder kan worden aangemerkt.

---

7 Advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

8 De tenzij-clausule in art. 1:97, 1:98 en 1:99 Wft bepaalt: Indien de openbaarmaking van het besluit in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het door de toezichthouder uit te oefenen toezicht op de naleving van deze wet blijft deze achterwege.

9 Vzr. Rb. Rotterdam 23 september 2011, LJN BT2712.

De discussie wordt voortgezet met een gedachtewisseling over de beginselplicht tot openbaarmaking. Leon Mensink stelt zich op het standpunt dat de plicht moet worden vervangen door een bevoegdheid, waarbij in elk concreet geval een belangenafweging dient plaats te vinden. Annechien Beijering-Beck is wat gematigder en pleit voor het handhaven van de beginselplicht tot publicatie gezien het belang van het waarschuwen van het publiek. Wel is er ruimte nodig om af te kunnen wijken in bijzondere gevallen. Die ruimte wordt nu te weinig genomen volgens haar. Op de vraag van Adrienne de Moor of er binnen het wettelijk systeem voor de rechter de mogelijkheid is die ruimte te nemen, antwoordt Annechien Beijering-Beck dat daarvoor de eerder besproken aanknopingspunten te vinden zijn in de parlementaire geschiedenis. De rechters lijken zich echter te verschuilen achter de tenzij-clausule. Andere belangen zouden niet kunnen worden meegenomen. Een aantal toehoorders vraagt zich af wat er te winnen is met een ruimere uitleg van de tenzij-clausule en of het ruimer toepassen van de tenzij-clausule in concrete gevallen gaat leiden tot andere uitkomsten. Volgens Annechien Beijering-Beck wordt er bij de beoordeling überhaupt niet toegekomen aan de beoordeling van reputatieschade. De vraag uit de zaal of er gevallen van schade zijn die zo afwijken van andere gevallen in die zin dat afgezien moet worden van publicatie, kan dan ook niet worden beantwoord.

What's in a name? De publicatie van sanctiebesluiten door toezichthouders

Bij de laatste presentatie van de vergadering geven Monica Sonderegger en Binne-Jan de Haan[10] uitleg over de wijze waarop toezichthouders beslissen om een sanctie te publiceren en in welke vorm zij deze berichten publiceren. Daarbij spelen drie doelen een rol: transparantie, het belang van de consument en generale preventie. De publicatie moet worden afgewogen tegen eventuele reputatieschade. In het kader van de publicatieprocedure noemt Binne-Jan de Haan de volgende vier waarborgen gehanteerd door bepaalde toezichthouders: (1) Een wachttijd van twee weken voor het aanhangig maken van een eventuele voorlopige voorziening. Hiermee is voldaan aan artikel 6 EVRM en ook wordt de mogelijkheid geboden om een publicatie van internet te verwijderen. (2) Het eventueel aanpassen van de inhoud van een bericht. (3) Het vermelden van de status van het besluit: of er al dan niet bezwaar of beroep is ingesteld. (4) Het tijdstip van publicatie. Door de toepassing van deze waarborgen kent de werkwijze rondom de publicatie van sanctiebesluiten nuances. Er wordt steeds een afweging gemaakt tussen de belangen van openbaarmaking en de belangen van de overtreder.

Er wordt gepleit voor een nieuwe publicatieregeling voor de nieuwe toezichthouder ACM in plaats van de nu nog bestaande lappendeken van regels, waarbij ruimte moet blijven voor bovengenoemde belangenafweging.

De discussie naar aanleiding van deze presentatie richt zich in eerste instantie op de reden waarom de beginselplicht tot handhaving als uitgangspunt wordt genomen. Vincent Affourtit, werkzaam bij Houthoff Buruma, zet vraagtekens bij het

10 Beiden werkzaam bij de Juridische Dienst van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

waarschuwen van de consument als doel om te publiceren. Zijns inziens is dat niet altijd nodig en hij geeft daarbij het voorbeeld van een onderneming die spam verstuurt. Voor de onderneming zelf hoeft niet gewaarschuwd te worden, nu het versturen van de spam niet afhankelijk is van het handelen van de consument. Het waarschuwen van consumenten kan volgens Binne-Jan de Haan evenwel van belang zijn in andere gevallen, zoals bij elektronicazaken. Monica Sonderegger voegt daaraan toe dat de toezichthouder op deze manier laat zien dat er wordt opgetreden en dat de klachten serieus worden genomen. Ze krijgt daarbij steun van Olivier Dusée die het voorbeeld noemt van publicaties van OPTA in het kader van het 'bel-me-niet-register', waarmee OPTA laat zien dat er opgetreden wordt. Hierbij is het waarschuwende effect, hoewel niet de voornaamste reden, een belangrijke drijfveer. Olivier Dusée wijst erop dat de OPTA en de NMa geen beginselplicht tot publicatie kennen, omdat zij publiceren op basis van de algemene grondslag van artikel 8 Wob met soortgelijke achterliggende motieven. In beginsel wordt er gepubliceerd, tenzij er bijzondere redenen zijn om van publicatie af te zien. Voor Jonathan Reuveny is het echter onduidelijk waarom de namen van de overtreders gepubliceerd moeten worden, omdat met het geanonimiseerd openbaar maken van de betreffende besluiten ook duidelijk is dat er gehandhaafd wordt. Monica Sonderegger stelt dat de consument die de klacht heeft ingediend, op die manier weet dat er wordt opgetreden tegen dat specifieke bedrijf. Dat legt gewicht in de schaal.

Harald Wiersema, werkzaam bij Nautha Dutilh, stelt vervolgens de vraag wat de toegevoegde waarde is van het publiceren van een sanctiebesluit voordat dit besluit onherroepelijk is. Hij stelt in dit kader een praktische tussenoplossing voor. Er zou een onafhankelijke website kunnen worden opgericht waarop autoriteiten en een potentiële overtreder samen naar buiten kunnen treden en hun eigen visie kunnen geven op de vermeende overtreding. De preadviseurs wijzen op de mogelijkheid van een voorlopige voorziening tijdens de wachttijd waarvoor in het preadvies gepleit wordt. Bij elektronicazaken bijvoorbeeld moet een groot belang worden gehecht aan het belang van de consument. Dit belang is volgens hen dermate groot dat niet gewacht kan worden met publicatie. De publicatie vindt overigens wel genuanceerd en transparant plaats door bijvoorbeeld te melden dat er nog een bezwaarprocedure loopt. Adrienne de Moor merkt hierbij op dat de overtreding soms echter al meteen in de krant komt. Het feit dat een boete achteraf niet stand houdt, wordt dan niet vermeld. Binne-Jan de Haan reageert hierop door te betogen dat een toezichthouder niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor hetgeen de media berichten. De toezichthouder publiceert genuanceerd, zorgvuldig en neutraal en meldt de status van het besluit. Een waardeoordeel van de toezichthouder is volgens Harald Wiersema echter inherent aan de publicatie zelf. Een praktische oplossing zou volgens hem zijn dat de toezichthouder zich in objectieve termen uitlaat en geen waardeoordeel geeft, met meer waarborgen en input van de overtreder in een boetebesluit.

Lex Michiels zet vraagtekens bij de opvatting van de preadviseurs dat het waarschuwen van het publiek de belangrijkste reden zou zijn om te publiceren. Volgens hem zou je afhankelijk van de publicatie meer genuanceerd moeten zijn en de diverse belangen moeten noemen; de waarschuwing eventueel wel noemen, maar niet als hoofdmotief. Volgens Lex Michiels zou de stelling van de preadviseurs:

'De veronderstelling dat toezichthouders "namen" om te "shamen" is een te beperkte kijk op de werkelijkheid' aangepast moeten worden in de volgende zin: 'De veronderstelling dat het alleen maar gaat om het waarschuwen van het publiek is een te beperkte veronderstelling. In sommige gevallen kan het mede gaan om het "shamen" van de personen die "genamed" worden.'

De gedachtewisseling gaat vervolgens verder over de belangenafweging bij het besluit tot publicatie. Volgens de preadviseurs is het mogelijk daarbij ook het belang van het voorkomen van onevenredige schade van de belanghebbende te betrekken. Schade is echter lastig te kwantificeren, zoals overigens ook geldt voor het gewicht van het algemeen belang. De toezichthouder zal een inschatting moeten maken, zo betoogt Binne-Jan. Monica Sonderegger verwijst naar anonimiseringsrichtlijnen van de rechtspraak waarbij namen in uitspraken openbaar worden gemaakt, tenzij namen herleidbaar zijn tot een privépersoon. Dit kan volgens haar als leidraad dienen bij de beoordeling. Daarnaast is er de weg naar de civiele rechter om de schade te laten vaststellen wanneer het besluit in rechte geen stand houdt. Jeroen Boot, werkzaam bij de NMa, merkt op dat reputatieschade meestal niet aannemelijk wordt gemaakt.

Slot: stellingen en stemmingen

De vergadering eindigt met het stemmen over de verschillende stellingen van de preadviseurs. De stellingen zijn door Adrienne de Moor gegroepeerd en behandeld naar onderwerp. Tijdens de vergadering zijn twee nieuwe stellingen toegevoegd.

Stelling 1
Artikel 8 Wob is ongeschikt voor openbaarmaking met als doel naming en shaming.
Stelling wordt ondersteund.

Jonathan Reuveny voegt een nieuwe stelling toe:

Stelling 2
Als men naming en shaming wil, dan moet in een specifieke regeling die bevoegdheid worden opgenomen.
Stelling wordt ondersteund.

Adrienne de Moor voegt een nieuwe stelling toe:

Stelling 3
Er moet een algemene wettelijke publicatieregeling komen (voor de nieuwe toezichthouder).
Stelling wordt ondersteund. Er is echter onduidelijkheid in de zaal. Lex Michiels maakt de opmerking dat men niet weet wat die algemene regeling inhoudt. Hij is tegen één regeling voor alle gevallen en vóór varianten.

Stelling 4
De uitleg die in de jurisprudentie wordt gegeven aan de beginselplicht tot publicatie van sanctiebesluiten die op grond van de Wft worden opgelegd, laat ten onrechte geen ruimte voor een belangenafweging. De rechter dient tijdens de beoordeling van publicatiebesluiten meer ruimte te nemen voor een belangenafweging.
Stelling wordt ondersteund.

Stelling 5
Indien zou blijken dat de rechter geen ruimte neemt voor een belangenafweging, dan moet de tenzij-clausule in de artikelen 1:97, 1:98 en 1:99 Wft worden gewijzigd zodat er meer ruimte wordt geboden om in bijzondere gevallen van publicatie af te zien.
Wordt breder ondersteund dan de vorige. De wetgever zou een en ander moeten regelen en niet de rechter, is de conclusie van Adrienne de Moor.

Stelling 6
Ook bij een wettelijke beginselplicht tot publicatie van sanctiebesluiten is er voldoende ruimte voor een belangenafweging.
Stemmen staken.

Stelling 7
De openbaarmaking van boetebesluiten is een extra straf, die boven op de opgelegde boete komt.
Stelling wordt ondersteund.

Stelling 8
De openbaarmaking van inspectierapporten is geen straf, ook al kunnen betrokkenen door de openbaarmaking worden benadeeld.
Stelling wordt ondersteund.

Stelling 9
De veronderstelling dat toezichthouders 'namen' om te 'shamen' is een te beperkte kijk op de werkelijkheid.
Stelling wordt breed ondersteund.

Stelling 10
Uit de uitspraak *Allenet de Ribemont* (EHRM) en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 8 april 2010 blijkt dat artikel 6 EVRM niet in de weg staat aan publicatie van een sanctiebesluit voordat het besluit formele rechtskracht heeft gekregen.
Stelling wordt ondersteund.

Stelling 11
De onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM staat eraan in de weg dat de namen van de betrokken rechtspersonen en natuurlijke personen openbaar worden gemaakt bij de openbaarmaking van een nog niet in rechte onaantastbaar boetebesluit.
Stelling wordt verworpen.

Stelling 12
Met de VAHON-uitspraak[11] heeft de ABRvS de belangrijkste bezwaren tegen de openbaarmaking van inspectiegegevens weggenomen.
Stemmen staken.

Stelling 13
Een sanctiebesluit dat is opgelegd aan een feitelijk leidinggevende dient niet volledig te worden gepubliceerd. Vermelding van de naam van de natuurlijke persoon die als feitelijk leidinggevende is aangemerkt, behoort achterwege te blijven. Alleen voor de overtreding door de onderneming behoeft te worden gewaarschuwd.
Stemmen staken.

Stelling 14
Artikel 1:99 Wft moet worden gewijzigd. Publicatie van de last onder dwangsom moet worden voorafgegaan door een tweede besluit waarin wordt heroverwogen of publicatie op dat moment, ondanks de gestelde overtreding van de last, dient plaats te vinden of dat er omstandigheden zijn die maken dat van publicatie moet worden afgezien.
Stelling wordt verworpen.

11 ABRvS 7 september 2011, LJN BR6938.