

276

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

10 november 2010, nr. 201002051/1/H3,
LJN BO3468

(mr. Slump, mr. Vermeulen, mr. Borman)
Noot L.J. Wildeboer

**Boetebesluit OPTA. Openbaarmaking.
Openbaarmaking, boetebesluit.**

[Wob art. 2 lid 1, 8 lid 1, 10 lid 2 onder g]

Verzoek van ECS om de namen van de personen en rechtspersonen genoemd in het besluit (hierna: het boetebesluit), niet openbaar te maken gedeeltelijk afgewezen. Tevens heeft het college besloten tot publicatie van het boetebesluit met weglating van bedrijfsvertrouwelijke gegevens en persoonsgegevens. Het boetebesluit is een bevoegd genomen besluit in het kader van een aan het college door de wetgever toegekende taak om toezicht te houden op de naleving van regelgeving en de daarmee samenhangende bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtreding van die regelgeving. In het kader van deze toezichthoudende taak past dat boetebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat art. 8 en art. 10 van de Wob in het algemeen de basis bieden om sanctiebesluiten volledig, met inbegrip van

de namen van de betrokkenen, te publiceren. Zoals de rechtbank terecht met een verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2006 (in zaak nr. 200505388/1; www.raadvanstate.nl) heeft overwogen, is ook in geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking ingevolge art. 8 lid 1 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 (hierna: het CBb). Ingevolge art. 8:81 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 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 art. 8 lid 1 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. Gezien het vorenstaande heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat het besluit van het college moet worden vernietigd wegens strijd met art. 10 lid 2 onder g Wob.

Het college van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit,
appellant,
tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 19 januari 2010 in zaak nr. 08/1005 in het geding tussen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ECS International BV te Ubach over Worms, gemeente Landgraaf, en anderen (hierna tezamen en in enkelvoud: ECS),
en
het college.

1. Procesverloop

Bij besluit van 16 november 2007 heeft het college het verzoek van ECS om de namen van de personen en rechtspersonen genoemd in het besluit van 5 november 2007, met kenmerk OPTA/IPB/2007/202311 (hierna: het boetebesluit), niet openbaar te maken, gedeeltelijk afgewezen. Tevens heeft het college besloten tot publicatie van het boetebesluit met weglating van bedrijfsvertrouwelijke gegevens en persoonsgegevens.

Bij besluit van 4 februari 2008 heeft het college het door ECS daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 19 januari 2010, verzonden op dezelfde dag, heeft de rechtbank het door ECS daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 4 februari 2008 vernietigd en bepaald dat het college een nieuw besluit op bezwaar neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; *red.*).

Tegen deze uitspraak heeft het college bij brief, bij de Raad van State ingekomen op 26 februari 2010, hoger beroep ingesteld. De gronden van het hoger beroep zijn aangevuld bij brief van 29 maart 2010.

ECS heeft nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 6 september 2010, waar het college, vertegenwoordigd door mr. E.J. Daalder en mr. L.H. La Roi, onderscheidenlijk advocaat te Den Haag en werkzaam bij het college, en ECS, vertegenwoordigd door [directeur/bestuurder] van ECS, en bijgestaan door mr. H.J.W. Lambers, advocaat te Amsterdam, zijn verschenen.

2. Overwegingen

2.1. Ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) verstrekt een bestuursorgaan bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij wet bepaalde, informatie overeenkomstig deze wet en gaat het daarbij uit van het algemeen belang van openbaarheid van informatie.

Ingevolge artikel 8, eerste lid, verschaft het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede democratische bestuursvoering.

Ingevolge artikel 10, tweede lid, onder g, blijft het verstrekken van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

2.2. Het college heeft zich op het in bezwaar gehandhaafde standpunt gesteld dat vanuit het oogpunt van generale preventie alsmede vanwege het belang van de bescherming van internetgebruikers het boetebesluit op een zo kort mogelijke termijn zo volledig mogelijk moet worden gepubliceerd op zijn website. Aan het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer heeft het college een doorslaggevend gewicht toegekend voor wat betreft de namen en e-mailadressen van de genoemde natuurlijke

personen. Het college heeft geen reden gezien de gegevens van de rechtspersonen weg te laten omdat de persoonlijke levenssfeer niet in geding is bij beroepsmatig handelen en ook andere toezichthoudende instanties een dergelijke openbaarmakingspraktijk hanteren. Van onevenredige benadeling is volgens het college niet gebleken.

2.3. De rechtbank heeft het beroep hiertegen gegrond verklaard en het besluit van 4 februari 2008 vernietigd. Zij heeft daartoe overwogen dat de artikelen 8 en 10 van de Wob voor het college in het algemeen de basis bieden om besluiten als het onderhavige volledig met inbegrip van namen van de betrokkenen te publiceren. Het college is er volgens de rechtbank echter in dit geval bij de gemaakte belangenafweging in strijd met artikel 10, tweede lid, onder g, van de Wob, niet in geslaagd te motiveren waarom ook in het stadium dat het boetebesluit nog niet onherroepelijk is aan het belang dat is gemoeid met het onverkort publiceren daarvan, een zwaarder gewicht moet worden toegekend dan aan de belangen van ECS. De mogelijkheid om het boetebesluit alsnog integraal op de website van het college te plaatsen nadat dit rehtens onaantastbaar zal zijn geworden, blijft onverlet, aldus de rechtbank.

2.4. Het college heeft hiertegen aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte bij de belangenafweging niet het algemene, publieke belang voorop heeft gesteld en een te groot gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat het boetebesluit nog niet onherroepelijk was. Voorts heeft de rechtbank ten onrechte aannemelijk geacht dat ECS ernstige schade zal ondervinden als gevolg van de publicatie van het boetebesluit, aldus het college. Ten slotte heeft het college aangevoerd dat het het belang dat blijkens de Wob is gemoeid met openbaarmaking van het boetebesluit heeft willen illustreren door te wijzen op onder meer de belangen van rechtszekerheid en preventie.

2.5. Zoals ter zitting in hoger beroep is bevestigd, is nog slechts in geschil of het college de namen van de betrokken rechtspersonen niet openbaar had mogen maken zolang het boete-

besluit nog niet onherroepelijk was. Het geschil beperkt zich derhalve tot de vraag op welk moment de in het boetebesluit genoemde namen van de betrokken rechtspersonen mogen worden gepubliceerd.

Het boetebesluit is een bevoegd genomen besluit in het kader van een aan het college door de wetgever toegekende taak om toezicht te houden op de naleving van regelgeving en de daarmee samenhangende bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtreding van die regelgeving. In het kader van deze toezichthoudende taak past dat boetebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. Met de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat artikel 8 en artikel 10 van de Wob in het algemeen de basis bieden om sanctiebesluiten volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen, te publiceren. Zoals de rechtbank terecht met een verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2006 (in zaak nr. 200505388/1; www.raadvanstate.nl) 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 (hierna: het CBb). 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 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.

Gezien het vorenstaande heeft de rechtbank ten onrechte overwogen dat het besluit van het college moet worden vernietigd wegens strijd met artikel 10, tweede lid, onder g, van de Wob.

2.6. Het hoger beroep is gegrond. De aangevalen uitspraak dient te worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal de Afdeling het beroep tegen het besluit van 4 februari 2008 van het college alsnog ongegrond verklaren.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

II. vernietigt de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 19 januari 2010 in zaak nr. 08/1005;

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

NOOT

1. Opnieuw is een belangwekkende uitspraak gedaan in verband met de praktijk van "naming and shaming", waarvan het de moeite waard is om deze hier op te nemen. De afgelopen jaren is het gebruik van het instrument "naming and shaming", dat wil zeggen het openbaar maken van sanctiebesluiten met naam en toenaam, sterk gegroeid. Steeds vaker maken met name de toezichthouders in het kader van het toezicht op het economisch publiekrecht, zoals de NMa en telecomwaakhond OPTA, maar ook de Voedsel en Warenautoriteit, de identiteit bekend van ondernemingen die de regels overtreden. Ik besteedde eerder in dit blad reeds aandacht aan dit fenomeen (zie «JB» 2010/212). Dit was naar aanleiding van een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van dit voorjaar, waarin werd geoordeeld dat met het publiceren van de naam van een overtreder moest worden gewacht totdat alle mogelijke bezwaar- en beroepsprocedures waren afgerond. Het bekendmaken van de namen blijkt volgens de toezichthouders een zeer effectief middel om bedrijven in het gareel te krijgen en maakt daarom, zo schreef ik, thans deel uit van de gereedschapskist van veel toezichthouders. Met name de opkomst van internet heeft hieraan ook bijgedragen doordat het bekendmaken van de naam van de overtreder via de website van de toezichthouder, maar ook de publicatie van rechterlijke uitspraken hierover, inmiddels een vergaande verspreidingsgraad heeft. Niet alleen de concurrenten zullen deze ontwikkelingen met belangstelling volgen, maar ook veel consumenten kunnen hierdoor op eenvoudige wijze worden geïnformeerd en met name toezichthouders zien dat ook als hun taak. Omdat ondernemingen door deze handelwijze doorgaans in een negatief daglicht worden gesteld, hebben die bedrijven er dan ook veelal belang bij om openbaarmaking van sanctiebesluiten zolang de rechtmatigheid daarvan nog niet vaststaat, tegen te houden. Hoewel het publiceren van de namen van overtreders en van de aan hen opgelegde sanctiebesluiten inmid-

dels bijna een vaste praktijk is geworden, was tot op heden nog niet zeker of die praktijk nu wel was toegestaan. Met de hiervoor opgenomen uitspraak wordt een belangrijke stap gezet voor het verkrijgen van die duidelijkheid. Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State mag OPTA de namen van overtreders publiceren vooruitlopend op een definitief oordeel van de rechter over de rechtmatigheid van het opgelegde sanctiebesluit.

2. De hiervoor opgenomen uitspraak is het vervolg op de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam d.d. 19 januari 2010, LJN BL3030, waaraan ik ook reeds refereerde in mijn vorenbedoelde noot. OPTA heeft hoger beroep aangetekend bij de Raad van State tegen het oordeel van de rechtbank. OPTA had de rechtspersonen achter DollarRevenue in verband met de verspreiding van reclame via internet een behoorlijk forse boete opgelegd en besloten tot openbaarmaking van de boete op haar website over te gaan met vermelding van de namen van de betrokken rechtspersonen. De rechtbank stak hier een stokje voor. Deze vond dat het bekend maken van de namen van de overtreders niet was geoorloofd voor de afloop van alle bezwaar- en beroepsprocedures en dus eerst vast zou staan of het boetebesluit terecht was opgelegd en openbaarmaking daarvan gerechtvaardigd zou zijn. OPTA was er niet in geslaagd om te onderbouwen waarom, uit een oogpunt van rechtszekerheid of van preventie, op het moment dat nog niet vast staat dat het opgelegde boetebesluit rechtmatig is, aan het belang van het onverkort publiceren van het boetebesluit – met de namen van de overtreder – een doorslaggevende betekenis toekomt. Naar het oordeel van de rechtbank konden de rechtszekerheid en de (generale) preventie, waarop OPTA zich had beroepen, voldoende worden gediend door publicatie van de gewraakte handelwijze van eisers en de daarmee gepaard gaande praktijken en van de beslissing van verweerder en de maatregelen die hij in dit opzicht heeft getroffen. Daarvoor was volgens de rechtbank niet nodig dat ook de namen van de overtreders zouden worden gepubliceerd. De inhoud van het boete-

besluit mocht dus wel openbaar worden gemaakt, echter zonder de namen van de overtreder.

Het kan echter enige tijd duren voordat er duidelijkheid is over de rechtmatigheid van een door een toezichthouder opgelegde sanctie. Indien met de openbaarmaking van de namen van de overtreders zou moeten worden gewacht, zou dit afbreuk kunnen doen aan de effectiviteit van het middel in het kader van het toezicht. Bovendien had OPTA de Voorzieningenrechter aan haar zijde. De Voorzieningenrechter was van oordeel dat “in redelijkheid het belang van informatieverschaffing aan het publiek zwaarder heeft laten wegen dan dat van imagoschade van de desbetreffende bedrijven” (Vzngr. Rb. Amsterdam 27 mei 2008, LJN BD3014). OPTA heeft in hoger beroep aangevoerd dat de rechtbank een te groot gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat het boetebesluit nog niet onherroepelijk was en bij de belangenafweging niet het algemene, publieke belang voorop heeft gesteld.

3. De Afdeling heeft OPTA in het gelijk gesteld en geoordeeld dat zij de namen van bedrijven die een (vermeende) overtreding hebben begaan, mag publiceren en dus niet (meer) hoeft te wachten met het openbaar maken van de namen totdat alle juridische procedures geëindigd zijn en het boetebesluit onherroepelijk is. Daarmee krijgt OPTA – en vanzelfsprekend ook de overige toezichthouders – een belangrijke steun in de rug bij haar handelwijze ten aanzien van “naming and shaming” en een geducht wapen in handen tegen bedrijven in de telecom- en de postsector, waarop zij toezicht houdt. Op grond van deze uitspraak kan denk ik met recht gezegd worden dat de praktijk van “naming and shaming” door middel van het publiceren van de namen van bedrijven die de wet hebben overtreden in grote lijnen is aanvaard. Dat wil echter niet zeggen dat publicatie onder alle omstandigheden gerechtvaardigd is.

4. Bij de beoordeling van de vraag of OPTA de namen van de betrokken ondernemingen openbaar had mogen maken zolang het boetebesluit nog niet onherroepelijk was, legt de Afdeling in haar uitspraak in de eerste plaats een

verband met de toezichtstaak van OPTA. Het opleggen van een boetebesluit en meer in het algemeen het handhavend optreden tegen overtreding van de regelgeving is een onderdeel van de door de wetgever aan – in dit geval – OPTA toegekende wettelijke taak om toezicht te houden op de naleving van de regelgeving waarvoor de toezichthouder is aangewezen. In het kader van deze toezichthoudende taak past het volgens de Afdeling ook dat boetebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van de aan de toezichthouder opgedragen taak. Voor de publicatie kunnen art. 8 en 10 Wet openbaarheid van bestuur (Wob) als grondslag dienen. Alvo-rens sanctiebesluiten openbaar te maken, dient de toezichthouder een afweging te maken op grond van art. 10 Wob omtrent de toepasselijkheid van in die bepaling opgenomen weigeringsgronden. In dat kader is voor de openbaarmaking veelal een belangenafweging vereist. Daarbij moet het belang dat door onverkorte openbaarmaking wordt gediend, worden afgewogen tegen het belang van de (vermeende) overtreder geen onevenredig nadeel te lijden als gevolg van de publicatie, waarbij volgens de Afdeling 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 slechts sprake kunnen zijn als het boetebesluit uiteindelijk in rechte geen stand houdt en de betrokken rechtspersoon ten onrechte als overtreder kenbaar is gemaakt.

Daarmee kiest de Afdeling niet zozeer voor een inhoudelijk criterium, maar voor een meer procedurele benadering. Of sprake is van onevenredige benadeling (in de zin van art. 10 Wob) hangt dan af van het oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. De Afdeling stelt zich blijkens de uitspraak verder op het standpunt dat door een bedrijf in het kader van een verzoek om voorlopige voorziening krachtens art. 8:81 Algemene wet bestuursrecht (Awb) een voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter kan worden verkregen over de (on)rechtmatigheid van een boetebesluit. Een dergelijke voorziening

kan zowel hangende bezwaar als hangende beroep en hoger beroep worden gevraagd, met als argument dat de opgelegde boete in rechte geen stand zal (kunnen) houden. In dat kader kan tegelijkertijd worden verzocht om als voorlopige voorziening te treffen dat het boetebesluit niet of niet op een bepaalde wijze openbaar wordt gemaakt, inclusief de namen van de overtreder, zo lees ik de uitspraak, hoewel het daarin niet uitdrukkelijk staat vermeld. Ontbreekt een dergelijke voorziening, omdat de betrokken onderneming daar niet om heeft verzocht of omdat de desbetreffende voorziening door de voorzieningenrechter niet is getroffen, dan is naar het oordeel van de Afdeling ook geen sprake van een onevenredige benadeling van de onderneming waaraan de boete is opgelegd. In dat geval hoeft het belang van het verstrekken van informatie niet te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van de beboete onderneming. Dit betekent dat de betrokken onderneming in alle gevallen wordt gedwongen een dergelijke voorlopige voorziening te vragen.

5. Hiermee gaat de Afdeling voorbij aan oproepen die in de juridische literatuur zijn gedaan om voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten, vanwege het ingrijpende karakter daarvan, een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te creëren. Met name Michiels betwijfelt of art. 8 Wob wel als wettelijke grondslag kan dienen voor de praktijk van “naming and shaming”, omdat het strikt genomen immers geen informatie betreft over beleid (zie F.C.M.A. Michiels “Naming and shaming’ in het markttoezicht”, NTB 2007-3, p. 85-95). Ik onderschrijf dit standpunt. Genoemde bepaling is mijns inziens ook nimmer voor dit doel in het leven geroepen. Bovendien roept het de vraag op waarom in een aantal specifieke wetten een bijzondere regeling is opgenomen voor openbaarmaking van sanctiebesluiten met het oogmerk van *naming and shaming*. De verschillen in de grondslag voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten, pleiten mijns inziens voor het in de Awb opnemen van een algemene, eenduidige regeling voor deze vorm van openbaarmaking met de daarvoor geldende waarborgen (zie mijn annotatie in «JB» 2010/212 en mijn

annotatie bij Vzng. Rb. 's-Gravenhage 11 november 2008, *Mediaforum* 2009-3, nr. 29 (X/Consumentenautoriteit) n.a.v. de openbaarmaking van een boeterapport). Met name in het kader van de totstandkoming van de Wet op het financieel toezicht (Wft) zijn hieraan in de kamerstukken uitgebreide beschouwingen gewijd. Strikt genomen geldt de Wob niet voor de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB), zodat in dat kader een bijzondere wettelijke grondslag moest worden opgenomen in de Wft. Met name de mogelijke ingrijpende gevolgen van de publicatie van sanctiebesluiten voor betrokken ondernemingen en het sanctiekarakter van een dergelijke publicatie en daarmee de geldigheid van de waarborgen van het EVRM waren aanleiding voor die beschouwingen. Met de grondslag in de Wob wordt hieraan voorbij gegaan. Met deze uitspraak lijkt dit pleit echter (vooralsnog) beslecht.

6. De uitspraak van de Afdeling heeft tot gevolg dat voor de vraag of de publicatie van een sanctiebesluit met vermelding van de namen van de overtreders feitelijk louter nog van belang is of het opgelegde boetebesluit door de voorzieningenrechter is geschorst omdat niet zeker is of deze in de bodemprocedure in stand kan blijven. Dit lijkt vooral een pragmatische keuze. Het is dus immers blijkbaar niet van belang of feitelijk imagoschade kan optreden en of die schade in een bepaald geval zodanig is dat daarvoor het algemene belang van het verstrekken van informatie krachtens art. 8 Wob moet wijken ter voorkoming van dergelijke schade. Dit voorkomt dat door de toezichthouders een lastige belangenafweging moet plaatsvinden. Op grond van deze uitspraak kunnen zij volstaan met de afweging of een voorlopige voorziening is getroffen in verband met het in rechte in stand (kunnen) blijven van de opgelegde sanctie aan de betrokken onderneming. Indien achteraf blijkt dat in het geval dat geen voorlopige voorziening ten aanzien van de publicatie van een sanctiebesluit is getroffen, het opgelegde sanctiebesluit toch onrechtmatig blijkt te zijn, dan kan de (naar achteraf is komen vast te staan ten onrechte) beboete onderneming haar (financiële) schade

claimen bij het bestuursorgaan c.q. toezichthouder wegens een onrechtmatig genomen besluit. Het kwaad is daarmee echter al geschied. Dit kan alleen zoveel mogelijk worden voorkomen door een kwalitatief hoogstaande beoordeling van het geschil over de (on)rechtmatigheid van het boetebesluit door de voorzieningenrechter. Dit laat echter onverlet dat het kan voorkomen dat in de bodemprocedure een ander oordeel wordt geveld. Dit is onvermijdelijk, doch op deze manier heeft de beboete onderneming de mogelijkheid om publicatie tegen te gaan. In dat kader heeft de Afdeling ook mee laten spelen dat de betrokken onderneming door OPTA eerst in de gelegenheid wordt gesteld een voorlopige voorziening aan de voorzieningenrechter te vragen alvorens daadwerkelijk tot openbaarmaking van een sanctiebesluit over te gaan. Dit geldt ook voor de meeste andere economische en financiële toezichthouders.

7. Opmerkelijk gevolg van deze uitspraak is dat de voorzieningenrechter die bevoegd is te oordelen over het boetebesluit, tegelijk geacht wordt een oordeel te geven over het openbaar maken van het opgelegde boetebesluit, hoewel hij daartoe primair niet (altijd) bevoegd is. In het geval van OPTA geldt – maar geldt ook voor veel andere toezichthouders, voor zover die actief zijn op het gebied van het economisch publiekrecht – dat de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) bevoegd zijn te oordelen over een boetebesluit. Dit geldt echter niet voor het besluit van OPTA tot het openbaar maken van het boetebesluit met de namen van de overtreders, dat immers is gebaseerd op art. 8 en 10 Wob. Daarvoor zijn de rechtbanken en de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State bevoegd. Het zal moeten blijken of de voorzieningenrechters in die gevallen waarin zij oordelen dat een sanctiebesluit moet worden geschorst omdat het vermoedelijk niet in stand zal kunnen blijven, ook steeds bereid zijn om bij wijze van voorlopige voorziening te bepalen dat het sanctiebesluit niet of op een bepaalde wijze moet worden gepubliceerd. Voor zover zij daartoe al bereid zijn, zullen zij die beoordeling veeleer (moeten) laten

plaatsvinden in het kader van een belangenafweging in verband met de noodzaak tot het treffen van een voorlopige voorziening op dat punt dan op basis van een beoordeling van de vraag of de weigeringsgronden van art. 10 Wob van toepassing zijn. Daarover zijn zij immers niet in alle gevallen bevoegd te oordelen aangezien besluiten tot openbaarmaking krachtens de Wob niet tot de competentie van de Rechtbank Rotterdam en het CBb op grond van het economisch publiekrecht behoren. Wel wordt hiermee voorkomen dat verzoeken van ondernemingen om openbaarmaking te voorkomen aan verschillende rechters, zowel de civiele als de bestuursrechter, worden voorgelegd, zoals thans blijkt uit de rechtspraak. Met deze uitspraak wordt in ieder geval tot een proceseconomische benadering gekomen, hoewel daarbij vanuit rechtstatelijk oogpunt wel enige kanttekeningen kunnen worden geplaatst.

8. Mijn bijdrage in «JB» 2010/212 sloot ik af met de constatering dat door de rechter paal en perk was gesteld aan het instrument van "naming and shaming" waardoor het aan glans had verloren. Met de hiervoor opgenomen uitspraak is die glans helemaal terug en ligt de weg in beginsel open voor toezichthouders om sanctiebesluiten, inclusief de namen van overtreders, openbaar te maken. Afgewacht zal moeten worden of de toezichthouders van die mogelijkheid in alle gevallen gebruik zullen maken of dat zij beleid zullen opstellen of een bepaalde handelwijze zullen hanteren ten aanzien van de gevallen waarin zij wel of niet dergelijke besluiten zullen publiceren. Indien in alle gevallen tot publicatie wordt overgegaan zou dit tot een stroom aan rechtszaken aanleiding kunnen geven bij de voorzieningenrechter, hetgeen vanuit een oogpunt van proceseconomie niet zou zijn toe te juichen. Tot op heden was daar echter (nog) geen sprake van.

In de inleiding constateerde ik reeds dat "naming and shaming" in het kader van het toezicht op verschillende marktsectoren al sterk in opkomst was. Die ontwikkeling zal, nu deze praktijk met deze uitspraak in beginsel is geaccepteerd, naar verwachting verder worden versterkt. Met

deze uitspraak is die duidelijkheid gekomen waarop de praktijk zat te wachten. Publicatie kan worden voorkomen maar dit vergt wel een alerte reactie van de betrokken ondernemingen. Zij zullen hun recht moeten halen door publicatie van een sanctiebesluit in voorkomend geval door tussenkomst van de rechter te voorkomen en daarmee negatieve publiciteit voor te zijn, hoewel die soms juist ook weer wordt gecreëerd door een rechtszaak aan te spannen. Dit blijft een lastige spagaat.

L.J. Wildeboer

advocaat bij CMS Derks Star Busmann N.V.,
praktijkgroep Vastgoed en Overheid, te Utrecht