

# Handreiking

## Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten en toezichtsgegevens

Stand van zaken april 2015

Wanda Weeber

VenJ DWJZ-WKB

Vastgesteld in IOWJZ van 23 april 2015

### Samenvatting

Actieve openbaarmaking is het door de overheid uit eigen beweging openbaar maken van informatie. De overheid maakt (meestal als toezichthouder) in toenemende mate sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens openbaar. Dat gebeurt vanuit de wens om zich transparant op te stellen, om inzicht te bieden in eigen functioneren, om naleving van de regels te bevorderen en vanwege de wens het publiek te informeren of te waarschuwen. De openbaarmaking geschiedt veelal op grond van de Wob maar sommige beleidsterreinen kennen ook specifieke wettelijke regelingen waarin openbaarmaking van overheidsinformatie is geregeld, weliswaar steeds op een iets andere wijze. Openbaarmaking van dergelijke overheidsinformatie kan op gespannen voet staan met de belangen van de personen en bedrijven op wie toezicht wordt gehouden omdat hun privacy in het geding is en zij reputatieschade kunnen oplopen. Daarom kan openbaarmaking slechts plaatsvinden na een gedegen belangenafwegingen en na het volgen van een met voldoende waarborgen omklede procedure. In deze handreiking wordt aan de hand van bestaande wettelijke regelingen, adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State, literatuur en jurisprudentie geschetst met welke aspecten rekening moet worden gehouden en welke waarborgen overwogen moeten worden bij de vormgeving van een wettelijke regeling over openbaarmaking van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens.

## 1. Inleiding

### Aanleiding en krachtenveld

In 2008 heeft een ambtelijke werkgroep zich gebogen over de vraag waar de overheid rekening mee moet houden als zij actief, dus uit eigen beweging (en dus niet n.a.v. een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur, verder Wob) overgaat tot het openbaar maken van informatie die belastend kan zijn voor betrokkenen zoals toezichtsgegevens, inspectieverslagen, rapporten, (al dan niet onherroepelijke) sanctiebeschikkingen en dwangsombeschikkingen zodat dat op verantwoorde wijze gebeurt. De werkgroep concludeerde dat de algemene wettelijke regeling van artikel 8 van de Wob voldoet om dergelijke informatie te publiceren maar dat specifieke wettelijke regelingen ook mogelijk zijn.

Inmiddels is openbaarheid van overheidsinformatie aan de orde van de dag. De maatschappij en de Kamer<sup>1</sup> dringen aan op transparantie, getuige ook het initiatiefvoorstel Open Overheid van Groen Links en D66 dat vergaande openbaarmaking van publieke en semipublieke informatie beoogd (en waarin anders dan in de huidige Wob een regeling is opgenomen voor het actief openbaarmaken van onder meer toezichtsrapporten, maar niet voor beschikkingen houdende de oplegging van bestuurlijke strafsancties).<sup>2</sup> Ook in Europa wordt transparantie van overheidsinformatie nagestreefd. Recent is een wijziging van Richtlijn 2003/98/EG inzake het hergebruik van overheidsinformatie aangenomen door het Europees Parlement. De richtlijn verplicht de lidstaten om alle overheidsinformatie die reeds openbaar beschikbaar is, volledig, zonder beperkingen en machineleesbaar voor hergebruik ten behoeve van commerciële en niet-commerciële doeleinden (en partijen) beschikbaar te stellen. De Aarhus richtlijn (Richtlijn 2003/4/EG inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie), die in 2001 in werking is getreden, richt zich op het openbaar maken van milieu informatie door overheidsinstanties. Binnen het project Open Data van BZK wordt met verschillende pilots bij IenM en OCW bekeken of verdergaande vrijwillige openbaarmaking van prestatiegegevens van (semi)publieke instellingen tot de mogelijkheden behoort.

In deze trend pas ook het door de overheid actief openbaarmaken van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens (ook wel aangeduid als 'naming, shaming en faming') met het oog op de legitimering van overheidsbeleid, het bevorderen van de naleving en het informeren en waarschuwen van het publiek. De afgelopen jaren zijn in verschillende wettelijke regelingen en wetsvoorstellen dergelijke publicatie mogelijkheden of verplichtingen geïntroduceerd waarbij opvalt dat deze steeds op een iets andere wijze zijn vormgegeven.<sup>3</sup> Deze recente ontwikkeling is

---

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld motie lid Gesthuizen c.s. Kamerstukken II 2011/12, 33000 XIII, nr. 21 en motie leden Cegerek en Dijkstra, Kamerstukken II 2013/14, 26956, nr. 191 en getuige het initiatiefvoorstel Nieuwe Wob, Kamerstukken II 2011/12, 33328.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2013/14 33328, nr. 8.

<sup>3</sup> Zo geldt op grond van artikel 1:97 Wet op het financieel toezicht (Wft) en artikel 65 Mededingingswet een verplichting voor de toezichthouder om een sanctiebesluit (bestuurlijke boete of last onder dwangsom) openbaar te maken (tenzij bekendmaking van de boete tot onevenredige gevolgen voor een betrokken natuurlijk persoon leidt). Dezelfde verplichting geldt voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM). Echter, wat betreft andere gegevens dan sanctiebesluiten geldt er een bevoegdheid voor de ACM tot openbaarmaking (artikelen 12u t/m 12w Instellingswet Autoriteit Consument en Markt). Een verplichting tot openbaarmaking van inspectierapporten is opgenomen in artikel 21 Wet op het onderwijstoezicht. Op grond van artikel 80 Wet

vooralsnog niet uitgekristalliseerd. Aangezien sprake is van tegengestelde belangen, de belangen van de handhavende overheid en de privacybelangen van burgers en bedrijven, dient behoedzaam te worden geopereerd.

In deze handreiking wordt aan de hand van bestaande wettelijke regelingen, jurisprudentie, literatuur en adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State n.a.v. recente wetsvoorstellen bekeken met welke aspecten rekening gehouden moet worden en welke waarborgen aan de orde zijn bij het door de overheid actief openbaarmaken van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens. De handreiking kan door de wetgevingspraktijk worden gebruikt als hulpmiddel bij het ontwerpen van een regeling waarin de bevoegdheid (of plicht) om bepaalde gegevens actief te openbaren, wordt overwogen. De handreiking is niet bindend.

### **Afbakening**

In deze handreiking wordt gekeken naar actieve openbaarmaking door de overheid, waaronder tevens wordt verstaan de toezichthouder. Onder actieve openbaarmaking vallen niet publicaties n.a.v. Wob-verzoeken. Het publiceren van generieke, geaggregeerde gegevens niet herleidbaar tot personen of bedrijven valt tevens buiten de scope van deze handreiking.

Onder de term sanctiebesluiten wordt in deze handreiking verstaan door of in opdracht van de overheid (zoals bestuursorganen, minister, toezichthouder) genomen punitieve of reparatoire sanctiebesluiten (bijvoorbeeld boetebesluiten, besluiten tot intrekking van een vergunning, besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom of bestuursdwang).

Bij andere handhavingsbesluiten moet gedacht worden aan bindende aanwijzingen, (door of in opdracht van de overheid genomen besluiten tot het verrichten van bepaalde handelingen ter naleving van wettelijke voorschriften voorafgaand aan of i.c.m. een handhavingstraject) en openbare waarschuwingen (door of in opdracht van de overheid genomen besluit dat als preventief instrument kan worden uitgevaardigd indien verbodsbepalingen uit de wet niet worden nageleefd en het publiek snel moet worden gewaarschuwd voorafgaand aan eventueel handhavingstraject)

Met toezichtsgegevens wordt in deze handreiking bedoeld op door of in opdracht van de overheid in het kader van de handhavingstaak verzamelde en/of opgestelde informatie over derden. Hierbij moet worden gedacht aan uitkomsten van controle en onderzoek, toezichtsrapporten, calamiteitenrapporten en inspectierapporten met informatie die mogelijk naar personen of bedrijven herleidbaar is.

Kenmerk van al deze gegevens is dat zij steeds betrekking hebben op burgers, instellingen of ondernemingen en publicatie door hen mogelijk als belastend kan worden ervaren.

---

marktordening gezondheidszorg heeft de zorgautoriteit de bevoegdheid om een bestuurlijke sanctie of een aanwijzing openbaar te maken. Art 11.27 Wet luchtvaart verplicht de Minister van IenM tot het publiceren van een lijst met beschikkingen tot oplegging van bestuurlijke boetes en beschikkingen tot toepassing van bestuursdwang als deze beschikkingen onherroepelijk zijn geworden. Op grond van de Telecommunicatiewet artikel 6.2, leden 3 en 4 worden bepaalde verplichtingen die worden opgelegd tevens gepubliceerd in de Staatscourant. Zie het advies van de Afdeling advisering inzake het wetsvoorstel Wet schijnconstructies advies W12.14.0261/III.

Onder de term toezichtsgegevens worden in deze handreiking niet geschaard prestatiegegevens die (al dan niet verplicht) openbaar worden gemaakt door (semi)publieke instellingen<sup>4</sup> waarop die gegevens betrekking hebben en waarmee inzicht wordt gegeven in het eigen functioneren omdat daarbij geen sprake is van actieve openbaarmaking door de overheid.<sup>5</sup>

## 2. Publicatieregimes

### Inleiding

Hieronder volgt een weergave van verschillende<sup>6</sup> bestaande en voorgestelde publicatieregimes, de adviezen van de Afdeling advisering daarover en de reacties uit de nader rapporten. Op onderdelen is ook jurisprudentie n.a.v. bestaande regimes meegenomen. Aldus ontstaat een beeld van de waarborgen die in acht moeten worden genomen bij het door de overheid actief openbaar maken van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens. Die waarborgen worden in het volgende hoofdstuk uitgewerkt.

### Wet openbaarheid van bestuur (Wob)

Indien de wettelijke regeling waaraan een bestuursorgaan zijn handhavingsbevoegdheid ontleent geen expliciete grondslag biedt voor openbaarmaking van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens, baseert een bestuursorgaan de actieve openbaarmaking daarvan op artikel 8 van de Wob.<sup>7</sup>

Indien een bestuursorgaan met regelmaat gebruik maakt van de Wob voor publicatie actieve openbaarmaking wordt over het algemeen beleid gemaakt om inzicht te geven hoe er met de openbaarmaking wordt omgegaan.<sup>8</sup> In de beleidsregels staat vermeld welk soort gegevens op basis van de Wob door de toezichthouder openbaar wordt gemaakt. De toezichthouder kan door het wijzigen van de beleidsregels (soms gebeurt dat jaarlijks) de nadruk van de openbaar te maken gegevens verleggen. Vaak is in de beleidsregels voorzien in waarborgen zoals een wachttermijn van een aantal dagen tot een paar weken voordat wordt gepubliceerd zodat belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld eventuele fouten in de publicatie te herstellen. Ook is over het algemeen voorzien in de mogelijkheid dat belanghebbenden een schriftelijke reactie kunnen geven die tezamen met de toezichtsgegevens wordt gepubliceerd.

---

<sup>4</sup> Zoals bijvoorbeeld gegevens over aantallen sterfgevallen bij bepaalde operaties van ziekenhuizen en schooladviezen niet zijnde citoscores van basisscholen.

<sup>5</sup> Een wettelijke verplichting tot het openbaar maken van prestatiegegevens komt niet vaak voor omdat openbaarmaking van dergelijke gegevens de concurrentiepositie ernstig kan schaden. Ook de Wob maakt een uitzondering voor vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens (art. 10, eerste lid, onder 1 van de Wob). Bij de overweging om een verplichting in het leven te roepen voor openbaarmaking van prestatiegegevens door bedrijven of (semi)publieke instellingen zullen veelal dezelfde dilemma's aan de orde zijn zoals in deze handreiking geschetst bij actieve openbaarmaking door de overheid. Daarnaast speelt bij deze gegevens nog de vraag of een verplichting tot openbaarmaking geen inbreuk op het recht van eigendom, zoals gegarandeerd in artikel 1, Eerste Protocol, EVRM, oplevert (zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake de nieuwe Wob, kamerstukken II 2013/14 33328, nr. 7).

<sup>6</sup> Dit overzicht pretendeert niet volledig te zijn.

<sup>7</sup> Zie voor een uitvoerige beschrijving van de procedure en de jurisprudentie op grond van de Wob, mr. J.J. Reuveny, Naming en shaming en de Wet openbaarheid van bestuur in Genoemd of gedoemd? Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen, Preadviezen jonge VAR 2012.

<sup>8</sup> Het College Bescherming Persoonsgegevens en de Voedsel en Warenautoriteit hanteren dergelijke beleidsregels. Zie Beleidsregels actieve openbaarmaking door het CBP, Stcr. 2013, 31433 en het Besluit houdende beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de VWA, Stcr. 2013, 11672.

Het besluit tot openbaarmaking wordt genomen op basis van artikel 8 van de Wob. Daarbij zal het bestuursorgaan een afweging van de in artikel 10 Wob limitatief opgesomde weigeringsgronden moeten maken. Bij de afweging van artikel 10 Wob inzake de publicatie van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens zal van de absolute weigeringsgronden uit het eerste lid van artikel 10 van de Wob meestal geen sprake zijn.<sup>9</sup> Bij de publicatie van toezichtsgegevens zou alleen sprake kunnen zijn van publicatie van bedrijfs- en fabricatiegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld (art. 10, eerste lid, onderdeel c van de Wob). Indien sprake is van een dergelijke absolute weigeringsgrond, blijft openbaarmaking zonder meer achterwege. Ook sommige van de relatieve weigeringsgronden uit artikel 10, tweede lid van de Wob kunnen van toepassing zijn bij de publicatie van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens. Bij de relatieve weigeringsgronden moeten de belangen genoemd in art. 10, tweede lid van de Wob afgewogen worden tegen de belangen van openbaarmaking. De eerste vier van de relatieve weigeringsgronden spelen bij de openbaarmaking van genoemde gegevens waarschijnlijk geen rol (betrekkingen van Nederland met andere staten, economische belangen van de Staat, opsporing en vervolging van strafbare feiten en toezicht door bestuursorganen). Het belang genoemd in het vijfde lid, de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan wel aan de orde zijn<sup>10</sup>. Bij een klein bedrijf of eenmanszaak kan de naam van het bedrijf herleidbaar zijn tot de naam van de eigenaar van het bedrijf waardoor de eigenaar in zijn persoonlijke levenssfeer kan worden aangetast.<sup>11</sup> Ook rechtspersonen kunnen blijkens jurisprudentie van het EHRM onder omstandigheden een beroep doen op de bescherming van artikel 8 EVRM.<sup>12</sup> De relatieve weigeringsgrond genoemd in het zesde lid die erop neerkomt dat het algemeen belang dat wordt gediend met onverkorte openbaarmaking moet worden afgewogen tegen het belang van betrokkenen om geen onevenredig nadeel te lijden, is ook aan de orde bij de publicatie van toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten en sanctiebesluiten. Verder geldt het regime van de Awb want beslissingen op grond van artikel 8 Wob zijn in de jurisprudentie (sinds 2006) als besluiten in de zin van de Awb aangemerkt.

### De Wob en actieve openbaarmaking

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft op 7 september 2011 voor het eerst geoordeeld over de openbaarmaking van toezichtsgegevens op grond van de Wob.<sup>13</sup> Openbaarmaking van het onderzoeksrapport werd niet onevenredig geacht omdat ook de zienswijze van de vermeende overtreder openbaar was gemaakt en omdat aan enkele bevindingen voorlopige kwalificaties waren verbonden.

---

<sup>9</sup> Nauwelijks is voor te stellen dat de eenheid van de Kroon of de veiligheid van de Staat door de openbaarmaking aangetast zouden kunnen worden (art. 10, eerste lid, onderdelen a en b van de Wob). Ook de laatste absolute weigeringsgrond, indien de publicatie bijzondere persoonsgegevens betreft (persoonsgegevens als bedoeld in paragraaf 2, hst. 2 van de WBP) zal niet vaak een stokje voor de openbaarmaking steken. Gegevens over ras, godsdienst of seksuele leven maken over het algemeen geen onderdeel uit van toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten of sanctiebesluiten.

<sup>10</sup> Zie ook de CBP Richtsnoeren, Actieve openbaarmaking en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, van 13 augustus 2009, [www.CBP.nl](http://www.CBP.nl).

<sup>11</sup> Rb. Amsterdam 8 mei 2003, LJN AF9132.

<sup>12</sup> Zie EHRM 22 mei 1990, NJ 1991, 740 m.nt. EAA (Autronic A.G.) en EHRM 24 oktober 1995, NJ 1996, 375 m.nt. en prof.mr. G. Overkleeft-Verburg, Het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke Levenssfeer, 2000, [www.overkleeft-verburg.nl](http://www.overkleeft-verburg.nl).

EAA (Agrotexim en anderen).

<sup>13</sup> ABRvS van 7 september 2011, LJN: BR6938, zaaknr. 201100335/1//H3

Inmiddels hebben de Rechtbank Amsterdam<sup>14</sup> en vervolgens ook de ABRvS<sup>15</sup> geoordeeld dat de artikelen 8 en 10 van de Wob in het algemeen een grondslag bieden om ook boetebesluiten volledig openbaar te maken ook voordat het besluit onherroepelijk is geworden. Uit de uitspraak van de ABRvS volgt dat van onevenredig nadeel als bedoeld in artikel 10 zesde lid Wob ten gevolge van de publicatie alleen sprake is als het boetebesluit wordt vernietigd. Of sprake is van onevenredige benadeling hangt zo af van een oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. De ABRvS overweegt als volgt:

*“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 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.”*

Volgens de ABRvS moet bij de rechter die bevoegd is te oordelen over de rechtmatigheid van het boetebesluit om een voorlopige voorziening worden gevraagd tegen openbaarmaking van dat besluit. De openbaarmaking van een sanctiebesluit moet dus worden getoetst op voorlopige rechtmatigheid van het sanctiebesluit. Dit is inmiddels de vaste lijn in de rechtspraak.<sup>16</sup> Voordeel van de keuze voor toetsing op voorlopige rechtmatigheid is de concentratie van rechtsbescherming die daarmee gepaard gaat. Nadeel is dat daarmee voorbij wordt gegaan aan de verplichting om het belang van de openbaarmaking af te wegen tegen de in art. 10 Wob genoemde weigeringsgronden. Het kan natuurlijk zijn dat de uitkomst in de bodemzaak anders is dan het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter. De publicatie is dan niet meer terug te draaien. In een dergelijk geval rest in het licht van de uitspraken van de ABRvS slechts een verzoek tot schadevergoeding en eventueel een verzoek tot rectificatie.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Rb. Amsterdam 27 mei 2008, LJN BD3014.

<sup>15</sup> ABRvS, 10 november 2010, AB 2010, 319 en herhaald in ABRvS 27 juni 2012, LJN BW9561.

<sup>16</sup> Vزر. CBb 23 januari 2012, GJ 2012, 55 en Vزر. Rotterdam 21 maart 2012, JOR 2012, 184 m.nt J.L. Zeeman en M. Nelemans en Vزر. Rotterdam 19 januari 2012, LJN BV2271. Daarmee is een einde gemaakt aan de discussie die in de literatuur werd gevoerd over de vraag of de openbaarmaking van een sanctiebesluit wordt getoetst op voorlopige rechtmatigheid of op grond van het afwegingskader van de Wob.

<sup>17</sup> Tot op heden is nauwelijks geprocedeerd over schadevergoeding wegens onterechte publicaties. Volgens A.C. Beijering-Beck zal de oorzaak daarvan gelegen zijn 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 in welk geval er geen sprake is van onrechtmatigheid van het besluit. Ook zal het in



In de literatuur blijft men ondanks deze uitspraken verdeeld over de vraag of de Wob geschikt is voor de openbaarmaking van (nog niet onherroepelijke) boetebesluiten. Volgens Michiels, Sauvé, Doorenbos en Reuveny is de openbaarmaking van sanctiebesluiten aan te merken als een punitieve sanctie waarvoor de Wob onvoldoende basis biedt omdat de Wob niet bedoeld is om te sanctioneren.<sup>18</sup> Daalder en Pietermaat vinden echter dat artikel 8 Wob niet op voorhand moet worden afgewezen als voldoende wettelijke grondslag om ook sanctiebesluiten openbaar te maken. Zij zijn van oordeel dat indien een bestuursorgaan zijn sanctiebesluiten uitsluitend publiceert met als doel om publieke verantwoording af te leggen over de wijze waarop hij van zijn handhavingsbevoegdheden gebruik maakt er niet noodzakelijkerwijs sprake hoeft te zijn van openbaarmaking als straf.<sup>19</sup>

### **Wet financieel toezicht (Wft)**

In de Wft is sprake van een beginselplicht tot publicatie van sanctiebesluiten. Er is onderscheid gemaakt tussen de publicatie van boetes die voor lichte respectievelijk zware overtredingen zijn opgelegd. Boetes voor zware overtredingen moeten op grond van artikel 1:97 Wft direct, dat wil zeggen binnen vijf werkdagen na bekendmaking van het boetebesluit, worden gepubliceerd. Van deze publicatieverplichting kan slechts 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 (art. 1:97, vierde lid Wft). Daarnaast moet een boete voor een zware overtreding nog een keer openbaar worden gemaakt als het boetebesluit onherroepelijk is geworden. Voor boetes voor lichte overtredingen geldt op grond van artikel 1:98 Wft dat zij pas openbaar moeten worden gemaakt nadat het boetebesluit rechtens onaantastbaar is geworden. Voor de openbaarmaking van een besluit tot een last onder dwangsom geldt de beginselplicht tot publicatie ook. De publicatie mag echter pas plaatsvinden als de dwangsom is verbeurd. Het onderscheid in publicatieregime van lichte en zware boetes wordt beargumenteerd vanuit de waarschuwingsoptiek. Bij zware overtredingen wordt het van doorslaggevend belang geacht dat de markt vrijwel direct op de hoogte is. De wetgever heeft in toelichting van de Wft uitdrukkelijk het standpunt ingenomen dat de openbaarmaking van nog niet onherroepelijke sanctiebeschikkingen uitsluitend dient om het publiek te waarschuwen, waarbij tevens zichtbaar wordt gemaakt hoe de toezichthouder zijn rol vervult. Niet relevant is daarbij hoe een dergelijke maatregel wordt ervaren. Dit standpunt van de wetgever heeft veel kritiek gekregen. Deels is die kritiek te verklaren uit het feit dat de wetgever onder de voorganger van de Wft, de Wft 1995 een tegenovergesteld standpunt aanhing. Daar werd met name de openbare waarschuwing uitdrukkelijk als punitieve sanctie neergezet.

---

de praktijk lastig zijn geleden schade en het bestaan van causaal verband tussen die schade en de publicatie te bewijzen.

<sup>18</sup> 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 Verkeer en Waterstaat, Ministerie van VenW 2007. A.M.P.J.H. Sauvé, Naming and shaming, Een onderzoek naar de juridische mogelijkheden en beperkingen voor de Arbeidsinspectie om op het terrein van de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet, de Wet arbeid vreemdelingen en de Wet minimumloon en minimum vakantiebijslag haar inspectiegegevens te openbaren en haar boetebeschikkingen te publiceren, Zutphen 2010. Zie ook noot 6.

<sup>19</sup> Daalder, Actieve openbaarmaking van overheidsinformatie en de Awb, 2012, NTB 2012, nr. 7, en Daalder en Pietermaat, Actieve openbaarmaking van besluiten, 2007, [www.recht.nl](http://www.recht.nl).

De Raad van State heeft in 2005 in zijn rol als wetgevingsadviseur in het advies omtrent de Wft het volgende overwogen:

*“Overigens deelt de Raad de opvatting, zoals deze thans wordt gemotiveerd in de toelichting, dat de publicatie niet moet worden aangemerkt als een punitieve sanctie. De voorgestelde publicatie lijkt immers uitsluitend als oogmerk te hebben het informeren ter waarschuwing van de marktpartijen, opdat deze met de betreffende informatie rekening kunnen houden in hun handelen op deze markten. Leedtoevoeging lijkt aldus niet het oogmerk te zijn. De omstandigheid dat een dergelijke publicatie het effect kan hebben dat ze door de betrokken financiële onderneming als onaangenaam wordt ervaren (het zogenaamde schandpaaleffect), kan daar niet aan afdoen.*

*Nadere aandacht verdient echter de situatie waarin de toezichthouder is opgetreden door het opleggen van een bestuurlijke boete. Anders dan geldt voor de overige handhavingsbevoegdheden als genoemd in afdeling 1.4.2, is dan immers sprake van een punitieve sanctie. In dat geval zou er reden kunnen worden gezien om publicatie van deze oplegging (en van het feit dat daartoe aanleiding gaf), voorzover zij leedtoevoeging als oogmerk heeft, wél aan te merken als een punitieve sanctie, en wel als een bijkomende maatregel, analoog aan het aanmerken in artikel 7, aanhef en onderdeel g, van de Wed van het openbaar maken van rechterlijke uitspraken als een bijkomende straf. Daarnaast verdient de situatie aandacht waarin publicatie van een overtreding niet plaatsvindt direct bij of kort na het constateren van de overtreding en het eventueel opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete. 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.”<sup>20</sup>*

In het nader rapport geeft de minister van Financiën aan dat de publicatiemogelijkheden niet punitief bedoeld zijn. De toezichthouder zal het instrument van publicatie voor onherroepelijkheid van het boetebesluit inzetten indien het zinvol is partijen op de financiële markten tegen bepaalde overtredingen te waarschuwen. Een waarschuwing van partijen op de financiële markten mag niet onnodig lang op zich laten wachten. De suggestie van de Raad dat het waarschuwend effect van een openbaarmaking aan betekenis zou kunnen verliezen, indien de publicatie niet binnen korte termijn plaatsvindt na constatering van de overtreding of het opleggen van een last onder dwangsom, lijkt over het algemeen juist. Door het koppelen van de waarschuwing aan het boete- of last onder dwangsombesluit is er van het verstrijken van tijd tussen het opgelegde besluit en de waarschuwing ingevolge artikel 1:81 Wft geen sprake.<sup>21</sup>

#### Openbaarmaking op grond van de Wft een besluit

Over de rechtsbescherming bij openbaarmaking van sanctiebesluiten op grond van de Wft heeft in de literatuur een lange discussie gewoed. Die was ingegeven door het feit dat in de wet niet expliciet is bepaald dat de publicatie op zichzelf, als afzonderlijk besluit moet worden aangemerkt. Dit riep de vraag op of men zich moest wenden tot de civiele rechter om publicatie tegen te gaan. In 2008 heeft de rechtbank Rotterdam<sup>22</sup> geoordeeld dat de publicatie van een boetebesluit op grond van de Wft als een op een zelfstandig rechtsgevolg gericht besluitonderdeel geldt, ten aanzien waarvan een voorlopige voorziening kan worden verzocht bij de voorzieningenrechter van de

<sup>20</sup> Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 20, blz. 28 of advies W 06.04.0559/IV.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2005/06, 29708, nr. 20

<sup>22</sup> Voorzieningenrechter Rb. Rotterdam 21 juli 2008, LJN BD8270.



bestuursrechter. Deze rechtspraak is sindsdien vele malen herhaald ook in hoger beroep bij het CBb.<sup>23</sup>

#### Punitief karakter volgens de rechter

De voorzieningenrechter heeft zich sinds 2008 een aantal keren uitgelaten over het karakter van de openbaarmaking van sanctiebeschikkingen op grond van de Wft (in die uitspraken wordt verwezen naar twee uitspraken van de Rechtbank Rotterdam die zijn gewezen onder de Wft 1995) en zich aangesloten bij het nieuwe standpunt van de wetgever. De voorzieningenrechter oordeelt in die uitspraken namelijk dat openbaarmaking van boetebesluiten voordat die onherroepelijk zijn geworden, niet in strijd is met de onschuldpresumptie omdat de publicatie primair is gericht op waarschuwing van de markt en niet op leedtoevoeging. 'Dat openbaarmaking als een bijkomende straf wordt gevoeld maakt die maatregel niet reeds om die reden een bestraffende sanctie', aldus de voorzieningenrechter.<sup>24</sup>

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich tot op heden nog niet uitgelaten over het karakter van openbaarmaking van sanctiebesluiten. Wel heeft de Afdeling in 2012 de openbaarmaking van een bevel om met onmiddellijke ingang de praktijkvoering als tandarts te staken en gestaakt te houden totdat uit inspectieonderzoek is gebleken dat de praktijkvoering in het algemeen en de praktijk hygiëne in het bijzonder weer wordt voldaan aan de vigerende beroepsnormen aangemerkt als een besluit met een informatief karakter dat dient ter voorlichting van patiënten en collega-tandartsen. Er was volgens de Afdeling bestuursrechtspraak dan ook uitdrukkelijk geen sprake van een sanctie met een bestraffend karakter.

Ook het EHRM heeft zich tot op heden niet uitgelaten over de vraag of het openbaarmaken van boetebesluiten een criminal charge is als bedoeld in artikel 6 EVRM. Het EHRM hanteert drie criteria om te bepalen of sprake is van een criminal charge. Het gaat om 1) de classificatie naar nationaal recht, 2) de aard van de overtreding en 3) de aard en de zwaarte van de straf die de overtreder riskeert. Deze criteria volgen uit twee klassieke arresten van het EHRM die nog steeds maatgevend zijn, namelijk het Engel-arrest en het Öztürk-arrest.<sup>25</sup> Het criterium dat vaak wordt gezien als doorslaggevend om te bepalen of er sprake is van een criminal charge is de aard van de sanctie. Volgens het hof is een sanctie naar zijn aard criminal als de sanctie punitief (gericht op leedtoevoeging) en afschrikkend (gericht op preventie) is. Overigens moet worden opgemerkt dat toetsing aan deze criteria niet snel een ondubbelzinnig antwoord oplevert.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> CBb 24 april 2012, LJN BW3574, rov. 3.8, zie ook het preadvies van Beijering-Beck, preadviezen Jonge VAR 2012.

<sup>24</sup> Vzr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, JOR 2008,274, m.nt. Hoff, herhaald m Vzr. Rb. Rotterdam 2 juli 2009, JOR2009,262.

<sup>25</sup> Zaak Engel en anderen tegen Nederland, EHRM 8 juni 1976, Series A, nr. 22, en NJ 1978, 223. EHRM 21-02-1984, Series A, nr. 73, Öztürk.

<sup>26</sup> Uitspraken van het EHRM met betrekking tot het 'criminal charge'-karakter van bestuursrechtelijke sancties anders dan bestuurlijke boetes zijn schaars. Voor haar preadvies Bestraffend bestuur 2014 in de VAR-reeks (152) heeft Albers de Hudoc-database doorzocht op bestuursrechtelijke sanctie (anders dan boetes) en trof slechts een zeer beperkt aantal zaken. Bij tijdelijke intrekkingen van een rijbewijs wegens rijden onder invloed wordt over het algemeen aangenomen dat sprake is van een criminal charge. Bij een last onder bestuursdwang tot afbraak van een illegaal bouwswel soms wel, soms niet.

### Punitief karakter volgens de literatuur

In de literatuur is veel gediscussieerd over het sanctiekarakter van openbaarmaking van toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten en sanctiebesluiten. Over het algemeen is men het erover eens dat openbaarmaking van toezichtsgegevens niet (per definitie) een punitief karakter heeft.<sup>27</sup> In de literatuur is men over het algemeen genomen wel overtuigd van het punitieve karakter van de publicatie van boetebesluiten en sancties zoals besluiten omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuursdwang. Velen vinden dat daarbij sprake is van een punitieve sanctie naar analogie van het Wetboek van Strafrecht.<sup>28</sup> In het strafrecht is openbaarmaking als bijkomende straf opgenomen.<sup>29</sup> Sommigen zijn wat minder stellig.<sup>30</sup> Zij zijn van oordeel dat indien een bestuursorgaan zijn sanctiebesluiten uitsluitend publiceert met als doel om publieke verantwoording af te leggen over de wijze waarop hij van zijn handhavingsbevoegdheden gebruik maakt er niet noodzakelijkerwijs sprake hoeft te zijn van openbaarmaking als straf. De onschuldpresumptie hoeft niet in het geding te zijn indien bij het openbaar maken vermeld wordt dat de boete het besluit van de toezichthouder betreft dat zich nog leent voor rechterlijke toetsing. Verder moet er rekening mee worden gehouden dat de rechter in geval van een maatregel die een “criminal charge” inhoudt indringend dient te toetsen of de feiten de oplegging van deze maatregel rechtvaardigen en eveneens vol de evenredigheid ervan te toetsen.<sup>31</sup>

### **Wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming (uitbreiding van bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden)**

Het wetsvoorstel<sup>32</sup> beoogt de handhavingsbevoegdheden van de Consumentenautoriteit (CA) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) op het terrein van het consumentenrecht uit te breiden.<sup>33</sup> De CA en de AFM krijgen een bindende aanwijzingsbevoegdheid en een informatiebevoegdheid over schadeveroorzakende handelspraktijken. De CA krijgt de discretionaire bevoegdheid om informatie te verstrekken over schadeveroorzakende handelspraktijken, indien dat redelijkerwijs noodzakelijk is om consumenten snel en effectief te informeren en zodoende schade te voorkomen. Informatie waarbij de ondernemers bij name worden genoemd, wordt door de CA alleen verstrekt indien sprake is van een reëel en acuut risico op benadeling van consumenten en van een redelijk vermoeden van overtreding. Uit de informatie die wordt gepubliceerd dient te blijken dat nog geen sprake is van een reeds vastgestelde overtreding. Er is voorzien in een wachtermijn van twee dagen. Volgens het voorstel is de informatieverstrekking zelf of het voornemen hiertoe geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Derhalve kan geen bezwaar en beroep tegen de beslissing tot informatieverstrekking worden aangetekend.

De Afdeling advisering plaats vraagt tevens bij het voorstel om de informatieverstrekking te bestempelen als een feitelijke handeling. Zij stelt dat een beslissing tot informatieverstrekking op basis van de Wob een besluit is in de zin van de Awb, net als

---

<sup>27</sup> Alleen Doorenbos vindt dat er altijd sprake is van een sanctie bij openbaarmaking van toezichtsgegevens. Reuveny en Sauvé delen die mening indien alleen toezichtsgegevens van overtreders bekend zouden worden gemaakt.

<sup>28</sup> Doorenbos, Michiels, Van de Sanden en Sauvé,

<sup>29</sup> Zie art. 9, eerste lid, sub b, onderdeel 3 Wetboek van Strafrecht.

<sup>30</sup> Daalder en Pietermaat.

<sup>31</sup> Daalder, Actieve openbaarmaking van overheidsinformatie en de Awb, 2012, NTB 2012, nr. 7, en Daalder en Pietermaat, Actieve openbaarmaking van besluiten, 2007, [www.recht.nl](http://www.recht.nl).

<sup>32</sup> Het wetsvoorstel is inmiddels ingetrokken, Stcrt. 2011, nr. 20845.

<sup>33</sup> Stcrt. 2011, nr. 20845.

de openbare waarschuwing op grond van de Wft. Indien betrokkene om een voorlopige voorziening verzoekt, wordt op grond van de Wft bovendien de openbaarmaking van het besluit opgeschort totdat er een uitspraak is van de voorzieningenrechter. Met de voorgestelde regeling wordt een nieuwe en afwijkende rechtsbeschermingsprocedure toegevoegd aan de twee bestaande procedures op basis van de Wet handhaving consumentenbescherming. Dat is volgens de Afdeling advisering niet wenselijk. Voorts is de Afdeling niet overtuigd van de noodzaak van de bevoegdheid om reeds bij een redelijk vermoeden van overtreding informatie te verstrekken. Op grond van de Wft mag deze bevoegdheid pas worden toegepast nadat een overtreding is vastgesteld. Ook wat betreft de wachtermijn verwijst de Afdeling advisering naar de Wft waarin een termijn van vijf werkdagen wordt gehanteerd. Tot slot maakt het voorstel het mogelijk dat een beschikking tot oplegging van een bindende aanwijzing openbaar wordt gemaakt. Daarbij is niet bepaald dat gegevens die ingevolge artikel 10 van de Wob niet voor verstrekking in aanmerking komen, niet worden bekendgemaakt. Die afweging zou volgens de Afdeling advisering wel moeten plaatsvinden.

Het advies van de Afdeling advisering heeft aanleiding gegeven om het wetsvoorstel in te trekken. Hierbij heeft de geplande samenvoeging van de toezichthouders op het terrein van EZ (geregeld in de Wet stroomlijning markttoezicht die hieronder is beschreven) een grote rol gespeeld. Besloten is de bevoegdheden waarover de Afdeling advisering geen opmerkingen heeft gemaakt (de bindende aanwijzing, de aanvullende maatregelen bij een last onder dwangsom en het uniformeren van de bestuurlijke boete) daarin op te nemen, zo volgt uit het nader rapport.<sup>34</sup>

### **Wet stroomlijning markttoezicht AMC**

De wet Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht heeft een eind gemaakt aan de verschillende publicatieregimes van de ACM op grond van de Gaswet, Elektriciteitswet 1998, Postwet 2009, Wet handhaving consumentenbescherming, Scheepsvaartverkeerswet, Spoorwegwet, Wet Personenvervoer 2000 en de Telecommunicatiewet.<sup>35</sup>

De wet regelt dat de AMC toezichtsgegevens (documenten die door haar of in haar opdracht zijn vervaardigd voor de uitvoering van de aan haar bij of krachtens de wet opgedragen taken) en andere besluiten dan sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen openbaar *kan* maken. De ACM is voorts verplicht alle besluiten tot het opleggen van bestuurlijke sancties en bindende aanwijzingen openbaar te maken. Hierbij is als hoofdregel voorzien in een afweging op grond van artikel 10 Wob. In afwijking van de hoofdregel<sup>36</sup> bevat de wet voor sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen die voor de meest ernstige overtredingen (beboet met een boete van maximaal 10% van de omzet, zoals het kartelverbod en het verbod op misbruik van economische machtspositie) worden opgelegd een aangescherpt openbaarmakingsregime. Gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c van de Wob (vertrouwelijke bedrijfsgegevens) worden niet openbaar gemaakt. De openbaarmaking van persoonsgegevens van natuurlijke personen wordt onderworpen aan de afweging van artikel 10, tweede lid, onderdeel e

---

<sup>34</sup> Stcrt. 2011, nr. 20845

<sup>35</sup> Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Stb. 2014, 247.

<sup>36</sup> Deze differentiatie is aangebracht n.a.v. het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State, Kamerstukken II 2012/13 33622, nr. 4.

van de Wob. Voor alle openbaarmakingen geldt een wachttijd van tien dagen en schorsende werking indien een voorlopige voorziening wordt gevraagd. Het oogmerk van de openbaarmaking is het informeren en waarschuwen van consumenten en marktpartijen.

De Afdeling advisering heeft in haar advies omtrent het verplicht openbaarmaken van sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen gevraagd om een volledige afweging op grond van artikel 10 Wob.<sup>37</sup> Oorspronkelijk was slechts voorzien in een gedeeltelijke afweging (alleen artikel 10, eerste lid onder c en tweede lid onderdeel e en g van de Wob). De Afdeling advisering stelt dat openbaarmaking een afzonderlijke afweging vereist waarbij beoordelingsruimte dient te bestaan om te bepalen of gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval openbaarmaking evenredig is aan het nagestreefde doel. Daar hoort bij het beginsel dat een maatregel gelijke maat houdt met de normschending (evenredigheidsbeginsel) mede in verband met de mogelijke toepasselijkheid van artikelen 6 en 8 EVRM.

EZ heeft naar aanleiding van het advies van de Afdeling advisering als hoofdregel in het wetsvoorstel een volledige afweging op grond van artikel 10 van de Wob opgenomen. Voor de meest ernstige overtredingen is volstaan met een beperktere toetsing aan artikel 10 van de Wob. In het nader rapport is aangegeven dat door de aangebrachte differentiatie tussen het openbaarmakingsregime voor ernstige sanctiebesluiten en andere sanctiebesluiten en de opgenomen uitzonderingen voor bedrijfs- en persoonsgegevens zoals hierboven beschreven, recht wordt gedaan aan de beginselen van proportionaliteit (de openbaarmaking moet in verhouding staan tot de begane overtreding) en evenredigheid (de nadelige gevolgen van openbaarmaking voor een marktorganisatie moeten in redelijke verhouding staan tot de zwaarte van het geschonden belang en het doel van openbaarmaking). In vergelijking tot de figuur van de vroegtijdige, automatische publicatie op basis van artikel 1:97 van de Wft, die in de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) standhoudt,<sup>38</sup> biedt de openbaarmakingsregeling bij de meest ernstige overtredingen in dit wetsvoorstel extra rechtsbescherming voor marktorganisaties vanwege de in het wetsvoorstel opgenomen uitzonderingen voor bedrijfsgegevens en persoonsgegevens, zo volgt uit het nader rapport.<sup>39</sup>

### **Wet aanpak schijnconstructies**

Het wetsvoorstel<sup>40</sup> creëert een specifieke grondslag en verplichting voor het actief openbaar maken van bepaalde inspectiegegevens en sanctiebesluiten door de Inspectie SZW.<sup>41</sup> Het gaat onder meer om gegevens over een opgelegde bestuurlijke boete of een bevel tot preventieve stillegging maar ook om gegevens over een afgerond onderzoek waarbij geen overtreding is geconstateerd. Twee uitzonderingsgronden uit artikel 10 van de Wob zijn van toepassing verklaard: bedrijfs- en fabricagegegevens en bijzondere persoonsgegevens. De openbaarmakingsbesluiten hebben een hoge mate van gebondenheid: behoudens de hiervoor geschetste uitzonderingsgronden is openbaarmaking verplicht. Er vindt geen individuele belangenafweging plaats. De

<sup>37</sup> Kamerstukken II 2012/13 33622, nr. 4.

<sup>38</sup> Zie bijvoorbeeld CBB 11-02-2013, LJN BZ1864.

<sup>39</sup> Kamerstukken II 2012/13 33622, nr. 4.

<sup>40</sup> Het wetsvoorstel is op 3 maart 2015 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Het voorbereidend onderzoek door de Eerste Kamercommissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) vindt plaats op 31 maart 2015.

<sup>41</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108, nr. 2, 3 en 4.

openbaarmaking geschiedt niet eerder dan nadat tien werkdagen zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan belanghebbende bekend is gemaakt. Verder wordt geregeld dat een voorlopige voorziening schorsende werking heeft. De verschillende oogmerken voor openbaarmaking die in het wetsvoorstel worden genoemd zijn: het verschaffen van transparantie over de toezichtuitoefening, het bevorderen van de naleving van de wetten, het bijdragen aan de legitimering van het handelen van de toezichthouder en het informeren van het publiek bij wijze van waarschuwing.

De Afdeling advisering heeft met betrekking tot de procedure van openbaarmaking opgemerkt dat er inmiddels op verschillende beleidsterreinen regelingen gelden voor openbaarmaking van bepaalde sanctiebesluiten en andere gegevens door toezichthouders waarbij het openbaarmakingsregime per regeling verschilt.<sup>42</sup> De Afdeling advisering geeft in overweging om – in het bijzonder ten aanzien van de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten – een algemene regeling te treffen.<sup>43</sup> Voorts maakt de Afdeling advisering opmerkingen over het ontbreken van een individuele belangenafweging omtrent publicatie. Artikel 8 EVRM en de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie vereisen voor inmenging in de persoonlijke levenssfeer een specifieke bij wet voorziene afweging in termen van proportionaliteit. Voorts blijkt uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens dat niet alleen natuurlijke personen, maar onder omstandigheden ook rechtspersonen een beroep kunnen doen op artikel 8 EVRM.<sup>44</sup> Voor de openbaarmaking van sanctiebesluiten zou daarom in elk geval aan de uitzonderingsgronden van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g, van de Wob moeten kunnen worden getoetst. Bovendien zou gezien het ingrijpende karakter van openbaarmaking van besluiten van punitieve aard de openbaarmaking de uitkomst moeten zijn van een belangenafweging in het concrete geval, die uiteindelijk door de rechter kan worden getoetst. In een dergelijke belangenafweging dient het beginsel dat een maatregel gelijke maat houdt met de normschending (evenredigheidsbeginsel) in acht te worden genomen, mede in verband met de mogelijke toepasselijkheid van artikel 8 EVRM. De rechter kan een besluit tot openbaarmaking vanzelfsprekend te allen tijde toetsen aan artikel 8 EVRM, zo merkt de Afdeling advisering nog op.<sup>45</sup> Verder stelt de Afdeling advisering dat gelet op de in acht te nemen zorgvuldigheid bij de openbaarmaking van informatie die belastend kan zijn voor de onder toezicht gestelde, dat onder de openbaar te maken gegevens tevens de reactie van de onder toezicht gestelde moet vallen. Dit is in het bijzonder van belang indien wordt vastgehouden aan een openbaarmakingsregime waarbij geen individuele belangenafweging plaatsvindt. Tot slot maakt de Afdeling advisering opmerkingen over het besluitkarakter van de beslissing tot openbaarmaking van gegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd.

<sup>42</sup> Zie voor een overzicht van de verschillende regimes noten 53 en 54 van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State W12.14.0261/III.

<sup>43</sup> De Afdeling verwoordt het als volgt: De Afdeling ziet niet in waarom voor de openbaarmaking van gegevens die dezelfde aard hebben en waarmee dezelfde doelen worden beoogd, uiteenlopende openbaarmakingsregimes zouden moeten gelden. Vanuit de wens onnodige verschillen te vermijden en vanuit het oogpunt de uniforme toepassing van regels omtrent openbaarmaking te bevorderen, geeft de Afdeling advisering in overweging om – in het bijzonder ten aanzien van de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten – een algemene regeling te treffen.

<sup>44</sup> Zie o.m. EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz vs. Duitsland), EHRM 16 februari 2000, 27798/95 (Amann vs. Zwitserland) en EHRM 16 april 2002, nr. 37971/97 (Société Colas Est e.a. vs. Frankrijk). Zie ook HvJ EU 22 oktober 2002 (Roquette Frères), C-94/00 en HvJ EU 9 november 2010 (Volker und Markus Schecke GbR en Hartmut Eifert), gevoegde zaken C-92/09 en C-93/09.

<sup>45</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108, nr. 4.

Opgemerkt wordt dat in de huidige bestuursrechtelijke jurisprudentie<sup>46</sup> de beslissing om toezichtgegevens al dan niet openbaar te maken wordt aangemerkt als een besluit in de zin van de Awb terwijl de toelichting lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat de beslissing tot openbaarmaking van gegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd, geen besluit is in de zin van de Awb.

In het nader rapport is aangegeven dat een algemene regeling in de Awb in overweging wordt genomen. Het advies om in ieder geval voor sanctiebesluiten te voorzien in individuele belangenafweging wordt niet overgenomen. Uit het nader rapport komt naar voren dat een individuele belangenafweging de doelstelling van het voorstel ondermijnt. Het belang van transparantie, het informeren en beschermen van anderen, dient te prevaleren boven het individuele belang van mogelijk door de werkgever te lijden reputatieschade. Het niet openbaar maken van op een bepaald bedrijf betrekking hebbende informatie betekent dat juist een extra benadeling ontstaat van bedrijven die zich niet aan de openbaarmaking kunnen onttrekken. Wanneer vooraf aan de openbaarmaking wel een belangenafweging zou moeten worden gemaakt op grond van artikel 10, tweede lid, onderdeel g, van de Wob, zoals de Afdeling voorstelt, dan zou dat niet tot een andere uitkomst leiden omdat deze specifieke belangen, het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling, aan de keuzen voor de wijze van openbaarmaking in dit wetsvoorstel ten grondslag liggen. Wel wordt verduidelijkt dat sprake is van een besluit bij de beslissing tot openbaarmaking van gegevens waarbij geen overtreding is geconstateerd. Voorts wordt bevestigd dat onder de openbaar te maken gegevens tevens de reactie van de onder toezicht gestelde valt.<sup>47</sup>

### **Wijziging van o.a. de Gezondheidswet m.b.t. actieve openbaarmaking**

Het wetsvoorstel<sup>48</sup> creëert een specifieke grondslag en verplichting voor het actief openbaar maken van toezichtgegevens en sanctiebesluiten door de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA), de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Inspectie Jeugdzorg (IJZ).<sup>49</sup> Bij algemene maatregel van bestuur zal de informatie die de toezichthouders openbaar moeten maken worden aangewezen. De categorieën informatie die voor openbaarmaking in aanmerking komen zijn in het wetsvoorstel opgesomd. Een uitzondering is opgenomen voor vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens, persoonsgegevens voor zover niet gerelateerd aan het beroeps- of bedrijfsmatig functioneren of handelen van de personen die onderwerp zijn van het toezicht en informatie, waarvoor de verstrekker van die informatie uit hoofde van zijn beroep tot geheimhouding is verplicht. De openbaarmaking vindt plaats bij besluit. De besluiten hebben een hoge mate van gebondenheid: behoudens de hiervoor geschetste uitzonderingsgronden is openbaarmaking verplicht. Er vindt geen individuele belangenafweging plaats. De openbaarmaking geschiedt niet eerder dan nadat twee weken zijn verstreken na de dag waarop het besluit aan belanghebbende bekend is gemaakt. In limitatief opgesomde uitzonderingsgevallen is de termijn van twee weken niet van toepassing. Het gaat om bepaalde sanctiebesluiten (bevelen en aanwijzingen die een beperkende maatregel inhouden, last onder bestuursdwang) en het instellen van

<sup>46</sup> Zie o.m. ABRvS 31 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AX6362, JB 2006 en AB 2006, 329, m.nt. P.J. Stolk, ABRvS 2 februari 2011.

<sup>47</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108, nr. 4.

<sup>48</sup> Op 11 februari 2015 heeft de kamer het verslag uitgebracht.

<sup>49</sup> Wijziging van de Gezondheidswet en de Wet op de jeugdzorg teneinde een mogelijkheid op te nemen tot openbaarmaking van informatie over de naleving en uitvoering van regelgeving, besluiten tot het opleggen van sancties daarbij inbegrepen, Kamerstukken II 2014/15, 34111, nrs. 2, 3 en 4.



verscherpt toezicht. De wachtermijn van twee weken kan in die gevallen niet worden afgewacht, omdat er een noodzaak is het publiek zo snel mogelijk te informeren. Verder wordt onder meer geregeld dat een voorlopige voorziening schorsende werking heeft. Met de actieve openbaarmaking wordt beoogd de naleving van regelgeving te bevorderen en transparantie te bieden aan partijen, inclusief aan de consument. Specifiek is vermeld dat leedtoevoeging niet het oogmerk is van de openbaarmaking van sanctiebesluiten.

In haar advies maakt de Afdeling advisering vrijwel gelijklopende opmerkingen met betrekking tot de uiteenlopende publicatieregimes, de gebonden beschikkingen omtrent publicatie van met name sanctiebesluiten en de publicatie van de reactie van de ondertoezichtgestelden als in haar advies inzake de Wet schijnconstructies.<sup>50</sup> Daarnaast maakt zij opmerkingen over de uitzonderingsgevallen waarvoor de wachtermijn niet geldt. De Afdeling advisering stelt dat onmiddellijke openbaarmaking gereserveerd dient te worden voor de zeer uitzonderlijke gevallen waar sprake is van acuut gevaar voor de volksgezondheid. De Afdeling advisering maakt ten slotte opmerkingen over de effectiviteit van de openbaarmaking bij de publicatie van dergelijke grote hoeveelheid informatie.<sup>51</sup>

In het nader rapport is aangegeven dat een algemene regeling in de Awb in overweging wordt genomen. De regering kiest met het voorstel bewust voor een gebonden karakter van openbaarmaking. De individuele belangen van instellingen, bedrijven en beroepsbeoefenaren wegen niet op tegen het belang van burgers en bedrijven om juist en volledig geïnformeerd te worden, bijvoorbeeld in situaties waarbij de volksgezondheid, de diergezondheid of de bescherming van het milieu in het geding is. Het mogelijk maken van uitzonderingen in individuele gevallen leidt enerzijds tot rechtsongelijkheid tussen beroepsbeoefenaren, instellingen en bedrijven, anderzijds ondermijnt het de waarde van de wel beschikbare informatie omdat daar geen eenduidige betekenis aan kan worden toegekend.<sup>52</sup> Om die reden wordt niet voorzien in een individuele afweging. De uitzondering op de wachtermijn zal volgens het nader rapport alleen in zeer uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn. Per casus zal een afweging plaatsvinden omtrent een passende wachtermijn van nul tot twee weken. Wat betreft de effectiviteit van openbaarmaking bij enorme hoeveelheden openbaar te maken stukken wordt in het nader rapport aangegeven dat inderdaad aanzienlijk meer informatie openbaar zal worden gemaakt dan in de huidige situatie maar dat gezien de technologische ontwikkelingen altijd een passend en overzichtelijk beeld zal kunnen worden gegeven.

#### Algemene regeling in Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Inmiddels is n.a.v. de twee laatst genoemde adviezen van de Afdeling advisering een interdepartementale werkgroep gestart met het schetsen van de contouren van een uniform openbaarmakingsregime voor toezichtgevens en sanctiebesluiten in de Awb.

---

<sup>50</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108, nr. 4

<sup>51</sup> Stcrt. 2011, nr. 20845 en kamerstukken II 2014/15, 34111, nr. 4.

<sup>52</sup> In het nader rapport wordt dit als volgt verwoord: Indien het mogelijk zou worden gemaakt in individuele gevallen uitzonderingen te maken op de openbaarmaking van sanctiebesluiten, kan de omstandigheid dat niet openbaar is gemaakt dat een sanctiebesluit is genomen, niet alleen betekenen dat überhaupt geen sanctiebesluit is genomen, maar ook dat er wel een dergelijk besluit is genomen, maar dat dat op grond van andere belangen niet aan de openbaarheid is prijsgegeven. Aspecten als de zwaarte van de opgelegde maatregelen en de aard van de overtreding, kunnen dus geen reden zijn om tot een oordeel te komen om van publicatie af te zien in een individueel geval, zonder daarmee de doelstellingen van de wet in gevaar te brengen.

Dit ter vervanging en uniformering van de, inhoudelijk net, verschillende procedurele regels vervat in de sectorale wetten voor het openbaar maken van toezichtsgegevens en sanctiebesluiten waarbij het uitdrukkelijk niet de bedoeling is dat dat openbaar maken als (additionele) sanctie geldt. Uitgangspunt is dat in de Awb louter de procedurele regels worden opgenomen. De sectorale wetten of de Wob zullen moeten blijven voorzien in een grondslag als ook in de nadere afwegingen en weigeringsgronden waaraan het betrokken bestuursorgaan de bevoegdheid, dan wel de plicht, ontleent om over te (kunnen) gaan tot actief openbaar maken. Als op basis van die sectorale wetgeving of de Wob openbaar wordt gemaakt, bepaalt vervolgens de Awb hoe dat openbaar maken procedureel in zijn werk dient te gaan.

### 3. Waarborgen

#### Inleiding

Bij actieve openbaarmaking van toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten of sanctiebesluiten kan sprake zijn van openbaarmaking van persoonsgegevens, gegevens over bedrijven of van informatie die mogelijk naar personen of bedrijven herleidbaar is. Kenmerk van al deze gegevens is dat zij steeds betrekking hebben op burgers, instellingen of ondernemingen en de publicatie door hen mogelijk als belastend kan worden ervaren. Daarom en met het oog op de hiervoor besproken adviezen van de Afdeling advisering over actieve openbaarmaking is het bij de vormgeving van een regeling die stekt tot openbaarmaking van overheidsgegevens raadzaam de onderstaande waarborgen te overwegen.

#### Procedurale aspecten

##### Besluitbegrip

Op zichzelf is het openbaarmaken van overheidsinformatie op grond van een wettelijke verplichting daartoe een feitelijke handeling.<sup>53</sup> Dat hangt samen met het feit dat een beslissing tot openbaarmaking bij een verplichting tot publicatie niet hoeft te worden genomen; de plicht tot openbaarmaking vloeit in zo'n geval rechtstreeks voort uit de wet. Er is met andere woorden geen op rechtgevolg gericht besluit dat aan de publicatie ten grondslag ligt. In de jurisprudentie inzake de Wft is echter bepaald dat actieve openbaarmaking van (boete)besluiten – ook indien daar een specifieke wettelijke verplichting toe bestaat – moet worden aangemerkt als besluit.<sup>54</sup> Gezien de rechtseenheid en de concentratie van rechtsmacht is het te verkiezen deze jurisprudentie te volgen bij het opstellen van nieuwe wetgeving die strekt tot actieve openbaarmaking van overheidsinformatie, zo stelt de Afdeling advisering in haar advies omtrent Wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming (uitbreiding van bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden).<sup>55</sup> Dat geldt ook bij de actieve openbaarmaking van overheidsinformatie niet zijnde besluiten zoals de Afdeling advisering adviseert bij het wetsvoorstel Wet aanpak schijnconstructies.<sup>56</sup> Voordeel is dat de bestuursrechter kan oordelen over zowel de rechtmatigheid van het besluit als over de openbaarmaking ervan. Ook kan de overweging dat de civiele rechtsgang minder toegankelijk en kostbaarder is dan de bestuursrechtelijke rechtsgang (onder meer vanwege de verplichte procesvertegenwoordiging) daarbij een rol spelen.

##### Wachttermijn

Door in de wet vast te leggen dat bij de openbaarmaking een wachttermijn in acht wordt genomen voordat tot publicatie wordt overgegaan, wordt bereikt dat eventuele fouten buiten de rechter om kunnen worden gecorrigeerd. Dat voorkomt druk op het rechtsbeschermingsstelsel en schadevergoedingszaken. Als de publicatie immers al heeft plaatsgevonden, is het kwaad (de reputatieschade of de inmenging in de persoonlijke levenssfeer) al geschied. In de bestaande wettelijke regelingen komen verschillende wachttermijnen voor. In de meeste bestaande wettelijke regelingen is gekozen voor wachttermijnen van vijf dagen of twee weken. Een wachttermijn van twee dagen is door de Afdeling advisering als te kort bestempeld in haar advies omtrent de

---

<sup>53</sup> Daalder, Actieve openbaarmaking van overheidsinformatie en de Awb, 2012, NTB 2012, nr. 7

<sup>54</sup> Zie blz. 8 van deze handreiking.

<sup>55</sup> Stcrt. 2011, nr. 20845.

<sup>56</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108, nr. 4.

wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming (uitbreiding van bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden).<sup>57</sup> Onmiddellijke openbaarmaking dient volgens de Afdeling advisering in haar advies omtrent het wetsvoorstel wijziging van o.a. de Gezondheidswet m.b.t. actieve openbaarmaking gereserveerd te worden voor de zeer uitzonderlijke gevallen waar sprake is van acuut gevaar.<sup>58</sup>

#### Schorsende werking van de voorlopige voorziening

In veel van de hier besproken wettelijke regelingen of voorgestelde regelingen is een wachttermijn voorzien in schorsende werking van een verzoek om een voorlopige voorziening. Indien een verzoek om voorlopige voorziening is gedaan, wordt de openbaarmaking opgeschort tot de voorzieningenrechter een oordeel heeft geveld. Dat verzoek moet dan wel binnen de wachttermijn worden gedaan want anders heeft de publicatie reeds plaatsgevonden. Daarmee wordt de termijn om een verzoek om een voorlopige voorziening te treffen uit de Awb van zes weken feitelijk wel ingeperkt. Overigens wordt naast de wachttermijn meestal ook voorzien in een mogelijkheid tot directe publicatie van besluiten die vanuit waarschuwingsoptiek geen uitstel kunnen verdragen.

#### Publicatie van de reactie van betrokkene

Gelet op de zorgvuldigheid is het bij de publicatie van toezichtgegevens van belang tevens de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens (controlegegevens of inspectierapport) openbaar te maken. Dit is in het bijzonder van belang indien wordt vastgehouden aan een openbaarmakingsregime waarbij geen individuele belangenafweging plaatsvindt, zo stelt de Afdeling advisering in verschillende hiervoor besproken adviezen.<sup>59</sup> Ook in beleidsregels op grond van de Wob is vaak voorzien in de mogelijkheid dat belanghebbenden een schriftelijke reactie kunnen geven die tezamen met de toezichtsgegevens wordt gepubliceerd.<sup>60</sup> Zoals hiervoor bij het publicatieregime van de Wob beschreven heeft de Afdeling bestuursrechtsspraak n.a.v. de openbaarmaking van een onderzoeksrapport op grond van de Wob niet onevenredig geacht mede omdat daarbij ook de zienswijze van de vermeende overtreder openbaar was gemaakt.<sup>61</sup>

#### **Aandachtspunten grond van artikel 8 EVRM**

Bij actieve openbaarmaking van toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten en sanctiebesluiten kan sprake zijn van inmenging in de persoonlijke levenssfeer<sup>62</sup> van de onder toezichtgestelden. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer volgt uit artikel 8 van het EVRM. De term persoonlijke levenssfeer zoals gehanteerd in artikel 8 van het EVRM (maar ook in de Grondwet en de Wob) is ruimer dan het begrip 'persoonsgegevens' uit de Wet bescherming persoonsgegevens dat alleen op natuurlijke personen betrekking heeft. Het omvat ook de bescherming van het recht op identiteit, persoonlijke ontwikkeling en het recht om relaties aan te gaan en te ontwikkelen met andere mensen. Er bestaat geen principiële reden waarom het begrip persoonlijke

---

<sup>57</sup> Stcrt. 2011, nr. 20845.

<sup>58</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108, nr. 4.

<sup>59</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108 en 34111, nr. 4.

<sup>60</sup> Zie bijvoorbeeld het Besluit houdende beleidsregels omtrent openbaarmaking van controlegegevens door de VWA, Stcrt. 2013, 11672.

<sup>61</sup> ABRvS van 7 september 2011, LJN: BR6938, zaaknr. 201100335/1//H3.

<sup>62</sup> De persoonlijke levenssfeer heeft dezelfde betekenis als de term privéleven in de Grondwet en de Wob.

levenssfeer geen beroeps- of handelsactiviteiten zou omvatten.<sup>63</sup> Van inmenging in de persoonlijke levenssfeer kan dus ook sprake zijn indien toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten en sanctiebesluiten slechts informatie over bedrijven bevatten. Artikel 8 van het EVRM eist dat bij inmenging in de persoonlijke levenssfeer sprake moet zijn van een inmenging die bij wet is voorzien. Bovendien moet de inmenging noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (artikel 8, tweede lid van het EVRM). Er is alleen sprake van noodzaak wanneer de inmenging beantwoordt aan een dringende maatschappelijke behoefte. Dat vergt een uitdrukkelijke motivering van de inmenging. In de Straatsburgse jurisprudentie ligt het accent bij de beoordeling of de maatregelen noodzakelijk zijn. Bij de beoordeling van de noodzakelijkheid spelen het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel een belangrijke rol. De inmenging mag niet onevenredig zijn in verhouding tot het belang van openbaarheid. In dat kader speelt een rol in hoeverre er is voorzien in een adequaat systeem van controle en rechtsbescherming om misbruik te voorkomen en, bij registratie van gegevens, in het bieden van een inzage- en eventueel correctiemogelijkheid.<sup>64</sup> Het doel van openbaarheid mag in redelijkheid niet op een andere, voor de betrokkene minder verstrekkende manier kunnen worden bereikt.

Aan deze aspecten zal in de toelichting van een regeling aandacht moeten worden besteed. Door te voorzien in een specifieke wettelijke regeling met betrekking tot de openbaarmaking, met een besluit omtrent publicatie (waardoor rechtsbescherming bij de bestuursrechter wordt geboden) en het hanteren van een procedure met waarborgen (zoals een wachttermijn voor correcties en schorsende werking van de voorlopige voorziening) kan aan de genoemde eisen worden voldaan. In de toelichting moet dan aan de hand van het doel dat met de publicaties wordt nagestreefd worden gemotiveerd dat de gewenste publicaties noodzakelijk zijn gezien het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel en een in art. 8, tweede lid EVRM genoemd gerechtvaardigd doel dienen.<sup>65</sup>

Op grond van verschillende hiervoor besproken adviezen van Afdeling advisering ligt het daarnaast in de rede bij regelingen waarbij openbaarmaking van sanctiebesluiten aan de orde is te voorzien in een afweging op grond van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g van de Wob én in een individuele belangenafweging.<sup>66</sup> Op grond van die adviezen vergt de openbaarmaking van een sanctiebesluit een afzonderlijke afweging waarbij beoordelingsruimte dient te bestaan om te bepalen of gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval openbaarmaking evenredig is aan het

---

<sup>63</sup> Zie onder meer de CBP Richtsnoeren Actieve openbaarmaking en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, blz. 8, [www.cbp.nl](http://www.cbp.nl) en zie ook A.J. Sewnandan Mishre, Het belang van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voor rechtspersonen in Vennootschap en onderneming, 2012, nr. 10.

<sup>64</sup> Mr. T. Barkhuysen, Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht, paragraaf 3.7.4, [www.media.leidenuniv.nl](http://www.media.leidenuniv.nl).

<sup>65</sup> In een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

<sup>66</sup> Kamerstukken II 2014/15 34108 en 34111, nr. 4.

nagestreefde doel. Daar hoort bij het beginsel dat een maatregel gelijke maat houdt met de normschending (evenredigheidsbeginsel) mede in verband met de mogelijke toepasselijkheid van artikel 8 EVRM.

In dit kader wordt gewezen op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 4 maart 2015 waarin de Afdeling heeft geoordeeld dat het Centraal Bureau Rijvaardigheid (CBR) geen Alcoholslotprogramma (ASP) meer mag opleggen omdat de Regeling maatregelen rijvaardigheid en geschiktheid 2011 waarin wordt bepaald dat het CBR een ASP moet opleggen als aan deze regeling genoemde voorwaarden is voldaan, onverbindend is in verband met strijd met artikel 3:4, tweede lid, van de Awb. Oftewel strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel, aangezien daarbij geen rekening kan worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden en dus geen ruimte is voor het CBR een individuele belangenafweging te maken.<sup>67</sup>

### **Aandachtspunten op grond van artikel 6 EVRM**

Zoals hierboven bij de beschrijving van het publicatieregime van de Wft is weergegeven is men er in de literatuur over het algemeen van overtuigd dat bij publicatie van punitieve sanctiebesluiten sprake is van een criminal charge in de zin van artikel 6 van het EVRM (recht op een eerlijk proces) waardoor aan de onschuldpresumptie en de andere eisen van dat artikel moet worden voldaan. Het oogmerk van de verschillende wettelijke regelingen en voorgestelde regimes die hierboven zijn besproken is echter niet punitief. Als oogmerk wordt telkens aangemerkt het informeren over en inzicht verschaffen in de werkwijze van de inspectie (transparantie), het bevorderen van de naleving en/ of het waarschuwen van het publiek. In de jurisprudentie is dat oogmerk tot op heden doorslaggevend geacht.<sup>68</sup>

In een concreet geval is het voorstelbaar dat een rechter bepaalt dat de openbaarmaking van een sanctiebesluit toch moet worden gezien als een punitieve sanctie ook al was dat volgens het openbaarmakingsregime niet het oogmerk van de publicatie. Van belang is dat indien zou worden aangenomen dat wél sprake is van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM er aan de straf(proces)rechtelijke waarborgen uit het EVRM voldaan moet worden bij het opleggen van de sanctie. Bij de straf(proces)rechtelijke waarborgen uit het EVRM gaat het onder meer om het recht op een eerlijk proces en een aantal straf(proces)rechtelijke waarborgen zoals de onschuldpresumptie, het beginsel van hoor en wederhoor en het zwijgrecht. De eventuele toepasselijkheid van artikel 6 EVRM zou verder met zich brengen dat hogere eisen worden gesteld aan de (zorgvuldige) voorbereiding en motivering van het sanctiebesluit. Ook moet de bestuursrechter bestraffende bestuursrechtelijke sancties indringender toetsen aan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel en rekening houden met mogelijke cumulatie van sancties.

In de literatuur wordt wel gesuggereerd dat aan de onschuldpresumptie bij actieve openbaarmaking van boetebesluiten inhoud kan worden gegeven door een zorgvuldige procedure te volgen, waarbij voorafgaand aan de publicatie de gelegenheid wordt geboden voor correctie, waarbij een wettelijke wachttermijn wordt gehanteerd, waar een voorlopige voorziening schorsende werking heeft ten aanzien van de publicatie en waarbij bij publicatie van nog niet onherroepelijke besluiten in ieder geval het

<sup>67</sup> ABRvS 4 maart 2015, 201400944/1/A1.

<sup>68</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30658, nr. 4 of advies W06.06 0069/IV.



voorlopige karakter van het oordeel wordt vermeld. Gezien het voorgaande is openbaarmaking van een besluit na onherroepelijkheid een veiligere keuze indien men aanneemt dat mogelijk sprake is van een criminal charge.

### **Aandachtspunten op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp)**

Persoonsgegevens maken deel uit van de persoonlijke levenssfeer. Ieder heeft recht op bescherming tegen ongebreidelde vergaring, bewerking en verspreiding van zijn persoonsgegevens op grond van de Wbp. Verwerking van persoonsgegevens is onrechtmatig tenzij dit door de Wbp wordt toegestaan. Toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten en sanctiebesluiten kunnen verschillende persoonsgegevens (oftewel tot personen herleidbare gegevens) bevatten. Het verstrekken van die informatie valt dan ook onder de definitie van 'verwerking van persoonsgegevens' als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder b van de Wbp. Het verwerken van persoonsgegevens vormt steeds een inmenging in de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen. De eisen die gesteld worden aan de motivering zijn zwaarder naarmate de inmenging zwaarder is. Zie voor de aspecten waarmee rekening gehouden moet worden gezien bij inmenging in de onder het kopje 'aandachtspunten op grond van artikel 8 EVRM' hierboven.

Uit artikel 7 van de Wbp volgt voorts dat persoonsgegevens slechts mogen worden verzameld voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden. Om de consequenties van de toepasselijkheid van de Wet bescherming persoonsgegevens in beeld te brengen wordt verwezen naar de adviezen voor de wetgevingsjurist uit de Leidraad afstemmen van wetgeving op de Wbp.<sup>69</sup>

De verwerking dient te voldoen aan een van de gronden voor toelaatbare gegevensverwerking opgesomd in artikel 8 Wbp. Op grond van onderdeel c, van artikel 8 van de Wbp, kan verwerking van persoonsgegevens plaatsvinden indien de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is. Deze grond kan van toepassing zijn indien een wettelijke *verplichting* tot openbaarmaking wordt overwogen. Indien een discretionaire bevoegdheid tot openbaarmaking wordt overwogen zou verwerking van persoonsgegevens kunnen plaatsvinden op grond van artikel 8, onderdeel e, van de Wbp. Op grond van dat artikellid mag verwerking van persoonsgegevens plaatsvinden indien noodzakelijk voor de goede vervulling van een publieke taak.

Verder moet bij het vormgeven van een wettelijke regeling waarin wordt bepaald dat persoonsgegevens openbaar worden gemaakt in ieder geval het doel van de gegevensverwerking in de wet worden opgenomen. De verzameling van persoonsgegevens door toezichthouders vindt meestal al plaats ter uitvoering van toezicht en handhavingstaken. Daaraan moet dan een doel worden toegevoegd, bijvoorbeeld het verschaffen van inzicht aan het publiek in het functioneren van de toezichthouder. Daarbij moet in de memorie van toelichting een expliciete afweging van de in het geding zijnde belangen van betrokkenen en verantwoordelijken in relatie tot de doeleinden van de gegevensverwerking worden weergegeven.

Op grond van de Wbp moet ook worden nagedacht over de bewaartermijn van de gegevens. De Wbp geeft zelf geen concrete termijnen. Doeleinden van de verzameling en (verdere) verwerking zijn bepalend van de vaststelling van de bewaartermijn (art. 10 Wbp). Gezien artikel 11 van de Wbp mogen alleen gegevens worden verwerkt die

---

<sup>69</sup> Leidraad afstemmen van wetgeving op de Wet bescherming persoonsgegevens, [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

toereikend, ter zake dienend en niet bovenmatig zijn. Dat betekent dat slechts de uiterst noodzakelijke persoonsgegevens om het doel te bereiken in aanmerking komen voor publicatie. Ook hieraan zal in de memorie van toelichting aandacht moeten worden besteed.

### Bijzondere persoonsgegevens

Indien de kans bestaat dat met de verwerking en publicatie ook bijzondere persoonsgegevens zijn gemoeid worden op grond van de Wbp strengere eisen gesteld. In dat geval is verwerking alleen toegestaan indien dit kan worden gebaseerd op een van de artikelen met specifieke of algemene uitzonderingen op het verbod van verwerking van bijzondere persoonsgegevens (artikelen 17 tot en met 23 van de Wbp).<sup>70</sup> In geval van publicatie van toezichtsgegevens zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen zijn dat in de gevoerde bedrijfsnaam een bijzonder persoonsgegeven wordt uitgedragen (Islamitische slager). Openbaarmaking van het bijzondere persoonsgegeven kan in zo'n geval toegestaan zijn op grond van artikel 23, onderdeel b van de Wbp omdat de betrokkene de gegevens zelf duidelijk openbaar heeft gemaakt.

### Privacy Impact Assessment (PIA)

Bij vormgeving van regelingen waarin publicatie van persoonsgegevens wordt overwogen is het gezien de motie EK-motie Franken<sup>71</sup> aangewezen een PIA<sup>72</sup> uit te voeren. Een Privacy Impact Assessment is een aan een verwerking voorafgaande beoordeling van de effecten die de verwerking heeft op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen, om potentiële privacy risico's te identificeren en de negatieve gevolgen voor betrokkenen en verantwoordelijken zoveel mogelijk te beschermen. Een PIA is een corrigerend instrument. Het helpt om in de beleidsvorming voor een minder privacy-inperkende oplossing te kiezen.

## **Overige aandachtspunten**

### Effecten van openbaarmaking

Zoals hiervoor reeds besproken dient het doel van de openbaarmaking zo duidelijk mogelijk te worden gedefinieerd in de memorie van toelichting want daaruit moet de noodzakelijkheid van de regeling naar voren komen, die van belang is voor de toetsing aan EVRM en Wbp. De Afdeling advisering zal bij de beleids- analytische toets ook kritisch bezien of een beoogd publicatieregime strookt met het doel dat met de openbaarmaking wordt nagestreefd en of het beoogde effect te verwachten is. Een regime dat voorziet in het structureel openbaarmaken van alle in het toezicht gegenereerde gegevens (ook als er geen normovertreding is geconstateerd) is wellicht eerder te verdedigen indien men publiceert met het oog op legitimering van overheidshandelen dan vanuit waarschuwingsoogmerk. Vanuit waarschuwingsoptiek is het aan de andere kant verdedigbaar dat alleen ernstige overtredingen met gevolgen voor burgers en/of de markt openbaar worden gemaakt. Bij een publicatieregeling met als doel informatieverstrekking aan het publiek zodat het publiek goed geïnformeerd keuzes kan maken wordt wel ingeboet aan effectiviteit indien gewacht wordt totdat het

---

<sup>70</sup> Zie paragrafen 4.7.2 tot en met 4.7.6 van de Leidraad afstemmen van wetgeving op de Wet bescherming persoonsgegevens, [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

<sup>71</sup> Kamerstukken I 2010/2011, 31052, nr. D.

<sup>72</sup> PIA Toetsmodel Rijksdienst te vinden in het IAK.

besluit onherroepelijk is. Procedures kunnen immers gemakkelijk enkele jaren duren. Na het verstrijken van een dergelijke tijd heeft het openbaarmaken eigenlijk geen informatiefunctie voor het publiek meer. Een vergaande informatiebevoegdheid met als doel het publiek in een vroeg stadium te informeren over schadeveroorzakende handelspraktijken heeft volgens de Afdeling advisering bijvoorbeeld geen toegevoegde waarde als men reeds over een waarschuwingsbevoegdheid beschikt.<sup>73</sup> Uit onderzoek blijkt dat van openbaarmaking van toezichtsgegevens inderdaad enige preventieve werking uitgaat omdat het potentiële overtreders afschrikt, dit een opvoedkundige werking heeft en de opvatting over goed gedrag beïnvloedt.<sup>74</sup> Bedrijven vrezen negatieve publiciteit soms meer dan een boete omdat reputatieschade voor bedrijven zeer ernstige gevolgen kan hebben. De Afdeling advisering waarschuwt in haar adviezen ook steeds dat openbaarmaking van een sanctie diep kan ingrijpen in de betrokken onderneming en in de persoonlijke levenssfeer van de betrokken natuurlijke personen en tot aanzienlijke economische en reputatieschade leiden. Verder is uit onderzoek naar voren gekomen dat het openbaar maken van toezichtsgegevens met als doel het informeren en waarschuwen van het publiek niet in alle gevallen leidt tot substantiële gedragswijzigingen van consumenten en dus om die reden niet altijd effectief is.<sup>75</sup> Bij het motiveren van het publicatieregime in de toelichting van een regeling is het dan ook zeker raadzaam om in te gaan op het nut en te verwachten effecten van de gekozen publicatiebevoegdheden.<sup>76</sup>

#### Gevolgen voor toezichthouders

Naast de hiervoor geschetste juridische waarborgen en kaders waarbinnen het openbaar maken moet passen, zijn er natuurlijk ook tal van uitvoeringstechnische en beleidsmatige gevolgen verbonden aan een keuze om actief openbaar te mogen (of zelf moeten) maken. Hieronder worden enkele mogelijke gevolgen voor de toezichthouder beschreven, verder valt dat aspect buiten het bestek van deze handreiking.

Publicatie van sanctiebesluiten en toezichtsgegevens maakt duidelijk hoe de toezichthouder werkt en geeft inzicht in de resultaten van het toezicht. Het geboden inzicht kan leiden tot verhoging van vertrouwen in de overheid. Dat betekent wel dat de toezichthouder zijn zaken op orde moet hebben. Dergelijke publicaties geven inzicht in de kwaliteit van bijvoorbeeld toezichtsgegevens, maar maken ook de inspectiefrequenties openbaar en de doorlooptijden zichtbaar. Dit zou ook calculerend gedrag kunnen uitlokken in bepaalde gevallen. Verder kan het geboden inzicht kan ook juist vragen oproepen over de inhoud van de toezichtsgegevens (technische rapporten zonder duiding zeggen de leek immers waarschijnlijk niet veel) of over prioriteitenstelling van de toezichthouder. Als wordt gekozen voor structurele openbaarmaking van toezichtsgegevens betekent dat bovendien een grote werklust, daar moet een toezichthouder uitvoeringstechnisch op ingericht zijn.

---

<sup>73</sup> Zie het advies van de Afdeling advisering inzake de Wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming (uitbreiding van bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden), stcrt. 2011, nr. 20845.

<sup>74</sup> J.G. van Erp en A.G. van Mein, Evaluatie actieve openbaarmaking toezichtsrapporten IGZ, publicatie van het Verweij-Jonker Instituut, 2003.

<sup>75</sup> J. van Erp, Naming en shaming in het markttoezicht, Den Haag 2009, blz. 88, 89 en 160.

<sup>76</sup> De Afdeling advisering adviseert daarop in te gaan in haar advies inzake de wijziging van de Wet handhaving consumentenbescherming (uitbreiding van bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden) Stcrt. 2011, nr. 20845.

## 4. Stappenplan actieve openbaarmaking

Bij de vormgeving van nieuwe wetgeving waarin openbaarmaking van toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten en sanctiebesluiten wordt overwogen bestaat gezien het voorgaande aanleiding om het volgende stappen te doorlopen.

### 1) Is sprake van generieke gegevens?

Is slechts sprake van het publiceren van generieke, geaggregeerde gegevens die niet herleidbaar zijn tot personen of bedrijven? Dan kunnen onderstaande aspecten buiten beschouwing worden gelaten.

### 2) Is sprake van een Europese grondslag?

Wordt de openbaarmaking geregeld gezien een verplichting daartoe op grond van Europees recht? In dat geval dient de verplichting te worden gevolgd en kunnen onderstaande aspecten buiten beschouwing worden gelaten.

### 3) Gaat het om toezichtsgegevens, handhavings- of sanctiebesluiten?

Bestaat de wens sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens<sup>77</sup> met persoonsgegevens of gegevens over bedrijven danwel informatie die mogelijk naar personen of bedrijven herleidbaar is openbaar te maken? Sta dan stil bij de volgende aspecten.

### 4) Kies voor een besluit omtrent publicatie

Op grond van de jurisprudentie inzake de Wob en de Wft en gezien recente adviezen van de Afdeling advisering is het bezien vanuit de concentratie van rechtsmacht en de rechtseenheid wenselijk te kiezen voor een besluit omtrent publicatie bij openbaarmaking van toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten of sanctiebesluiten.<sup>78</sup>

### 5) Voorzie in een zorgvuldige procedure

Voorzie in een wachtermijn voordat tot publicatie wordt overgegaan en in de mogelijkheid van een voorlopige voorziening met schorsende werking. Bij de publicatie van toezichtgegevens is het van belang tevens de reactie van betrokkene op de toezichtgegevens openbaar te maken. Bij publicatie van nog niet onherroepelijke besluiten moet in ieder geval het voorlopige karakter van het oordeel worden vermeld.<sup>79</sup>

### 6) Motiveer in de MvT de noodzaak van de publicatie

Bij publicatie van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens kan sprake zijn van inmenging in de persoonlijke levenssfeer. In de toelichting moet aan de hand van het doel dat met de publicaties wordt nagestreefd worden gemotiveerd dat de gewenste publicaties noodzakelijk zijn gezien het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel alsmede een in art. 8, tweede lid EVRM genoemd gerechtvaardigd doel dienen.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Zie voor afbakening van de begrippen toezichtsgegevens, handhavingsbesluiten of sanctiebesluiten de inleiding van deze handreiking.

<sup>78</sup> Zie paragraaf 3 van deze handreiking, het besluitbegrip, onder procedurele aspecten.

<sup>79</sup> Zie paragraaf 3 van deze handreiking de procedurele aspecten en aandachtspunten gezien artikel 6 EVRM.

<sup>80</sup> Zie paragraaf 3 van deze handreiking de procedurele aspecten en aandachtspunten gezien artikel 8 EVRM

#### 7) Voorzie in belangenafweging bij openbaarmaking sanctiebesluit

Op grond van verschillende hiervoor besproken adviezen van de Afdeling advisering vergt de openbaarmaking van een sanctiebesluit een afzonderlijke afweging waarbij beoordelingsruimte dient te bestaan om te bepalen of gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval openbaarmaking evenredig is aan het nagestreefde doel. Bij de openbaarmaking van een sanctiebesluit dient daartoe een afweging te worden verricht op grond van artikel 10, tweede lid, onderdelen e en g van de Wob. Daarnaast dient een individuele belangenafweging mogelijk te zijn.<sup>81</sup>

#### 8) Wat als de openbaarmaking bedoeld is als punitieve sanctie?

Indien bij de publicatie van sanctie sprake is van een criminal charge in de zin van artikel 6 EVRM moet er aan de straf(proces)rechtelijke waarborgen uit het EVRM voldaan worden. Dat betekent onder meer het recht op een eerlijk proces en een aantal straf(proces)rechtelijke waarborgen zoals de onschuldpresumptie, het beginsel van hoor en wederhoor en het zwijgrecht. Verder worden hogere eisen gesteld aan de (zorgvuldige) voorbereiding en motivering van het sanctiebesluit. Ook moet de bestuursrechter bestraffende bestuursrechtelijke sancties indringender toetsen aan het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel en rekening houden met mogelijke cumulatie van sancties.<sup>82</sup> Het actief openbaar maken van bestuursrechtelijke sanctiebesluiten wordt op grond van de bestaande wetgeving en de daarop gebaseerde jurisprudentie echter nu niet aangemerkt als (punitieve) sanctie.<sup>83</sup>

#### 9) Wat als de publicatie persoonsgegevens bevat?

Als de publicatie van toezichtsgegevens, andere handhavingsbesluiten of sanctiebesluiten persoonsgegevens bevat moet de verwerking van die gegevens (die de publicatie is) voldoen aan een van de gronden voor toelaatbare gegevensverwerking opgesomd in artikel 8 Wbp.<sup>84</sup> Daarnaast moet het doel van de gegevensverwerking in de wet worden opgenomen en daarbij moet in de MvT een expliciete afweging van de in het geding zijnde belangen van betrokkenen en verantwoordelijken in relatie tot de doeleinden van de gegevensverwerking worden weergegeven. Alleen de uiterst noodzakelijke persoonsgegevens om het doel te bereiken komen in aanmerking voor publicatie. Ook moet worden voorzien in een maximale termijn van publicatie. Voorts is het aangewezen om een PIA uit te voeren.

#### 10) Effecten van openbaarmaking

Betrek bij de motivering van het publicatieregime in de MvT het nut en de te verwachten effecten van de gekozen publicatiebevoegdheden aangezien de openbaarmaking van sanctiebesluiten, andere handhavingsbesluiten en toezichtsgegevens zeer ernstige gevolgen kan hebben voor de onder toezichtgestelden. Verder verdient het aanbeveling ook uitvoeringsaspecten van de toezichthouder hierbij te betrekken.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> Zie paragraaf 3 van deze handreiking de procedurele aspecten en aandachtspunten gezien artikel 8 EVRM

<sup>82</sup> Zie paragraaf 3 van deze handreiking, aandachtspunten op grond van artikel 6 EVRM.

<sup>83</sup> Zie paragraaf 2 van deze handreiking, onder Publicatieregimes, Wet financieel toezicht, blz. 9.

<sup>84</sup> Zie ook de Leidraad afstemmen van wetgeving op de Wet bescherming persoonsgegevens, [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl) en CBP Richtsnoeren Actieve openbaarmaking en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, blz. 8, [www.cbp.nl](http://www.cbp.nl).

<sup>85</sup> Zie paragraaf 3 van deze handreiking, onder overige aandachtspunten.