NOTENKRAKER

'Naming and Shaming' door de OPTA: kunnen nog niet onherroepelijk geworden boetes openbaar worden gemaakt?

ABRvS 10 november 2010, LJN BO3468

A. Danopoulos & D. van Tilborg

1 Inleidende opmerkingen

De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) is bevoegd om ten aanzien van een groot aantal overtredingen van de regelgeving op het gebied van telecommunicatie een bestuurlijke boete op te leggen. Een bestuurlijke boete is een bestraffende sanctie. Deze sanctie bestaat uit de onvoorwaardelijke betaling van een geldsom.

In toenemende mate gaan de OPTA en andere toezichthouders niet alleen over tot het opleggen van een boete, maar tevens tot het openbaar maken van niet geanonimiseerde boetebesluiten. Dat wil zeggen boetebesluiten waarin de overtreders, ondernemingen of natuurlijke personen met naam genoemd zijn. De achterliggende gedachte hierbij is het afschrikken van toekomstige overtreders en het waarschuwen van consumenten.

De openbaarmaking van een boetebesluit kan vanzelfsprekend verstrekkende nadelige gevolgen hebben voor de betrokken bedrijven en personen. De publicatie van boetebesluiten zal potentiële klanten en bestaande relaties mogelijk afschrikken om zaken met de betrokkenen te doen. Het risico bestaat bovendien dat later door een rechter wordt vastgesteld dat er geen sprake is geweest van een overtreding en dat er geen boete opgelegd had kunnen worden. Het leed (beschadiging van het imago) is dan echter vaak al geleden.

Rondom het publiceren van boetebesluiten spelen verschillende vragen. Een van die vragen is of een bestuursorgaan (zoals de OPTA) wel tot publicatie van een boetebesluit kan overgaan als niet expliciet in de wet is geregeld dat boetebesluiten openbaar gemaakt kunnen worden. Verder speelt de vraag of het integraal publiceren van boetebesluiten wel kan voordat die besluiten onherroepelijk zijn geworden of dat daar de belangen van de overtreders aan in de weg staan. Op die vragen biedt deze uitspraak een (gedeeltelijk) antwoord.

2 De casus

De OPTA heeft bij besluit van 5 november 2007 aan drie rechtspersonen en aan twee natuurlijke personen een boete opgelegd met een gezamenlijke hoogte van € 1.000.000,00 voor overtreding van artikel 4.1 lid 1, aanhef en onder a en b, van het Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen (Bude). Artikel 4.1 Bude regelt het verbod om zonder toestemming van de gebruiker kwaadaardige software op een computer te plaatsen en privacygevoelige gegevens van een computer af te halen, of juist gegevens te plaatsen.

Bij besluit van 16 november 2007 heeft de OPTA een versie van het boetebesluit waarin wel de namen van de rechtspersonen aan welke de boete is opgelegd, maar niet de namen van de natuurlijke personen worden genoemd, gepubliceerd.

Tegen dit openbaarmakingsbesluit is door de vermeende overtreders bezwaar gemaakt bij de OPTA. De OPTA heeft de bezwaren ongegrond verklaard, en het publicatiebesluit in stand gelaten. De vermeende overtreders (eisers) hebben vervolgens tegen het publicatiebesluit beroep ingesteld bij de Rechtbank Amsterdam.

Eisers hebben voor de rechtbank onder meer aangevoerd dat zij onherstelbare imagoschade leiden en dat de Wet openbaarmaking bestuur (Wob) geen grondslag biedt voor het publicatiebesluit. Volgens de OPTA biedt de Wob voldoende grondslag, en houdt deze zelfs een wettelijke plicht in om tot publicatie van het boetebesluit over te gaan.

De discussie tussen partijen spitst zich met name toe op de artikelen 8 en 10 van de Wob. In artikel 8 lid 2 Wob is bepaald dat het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, uit eigen beweging informatie verschaft over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dit in het belang is van een goede en democratische bestuursvorming. Op grond van artikel 10 lid 2, aanhef en onder g, Wob, blijft het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden.

Over de toepasselijkheid van de Wob oordeelt de rechtbank dat voorop staat dat de artikelen 8 en 10 van de Wob voor de OPTA in het algemeen de wettelijke basis bieden om boetebesluiten volledig en met inbegrip van de namen van de betrokkenen te publiceren. De rechtbank geeft aan dat in het geval van een openbaarmaking op grond van artikel 8 een nadere afweging van belangen als bedoeld in artikel 10 Wob geboden is.

Volgens de rechtbank betekent dit dat in het onderhavige geschil de vraag beantwoord moet worden of het algemene belang dat gemoeid is met de openbaarmaking opweegt tegen het belang van eisers om niet onevenredig te worden benadeeld door het openbaar maken van het besluit met hun namen daarin vermeld. De rechtbank merkt op dat bij deze afweging een groot gewicht toekomt aan het algemeen belang dat door openbaarmaking wordt gediend. Het uitgangspunt van

de Wob is immers dat informatie betreffende bestuurlijke aangelegenheden in beginsel voor alle burgers toegankelijk is.

De rechtbank komt tot de conclusie dat indien tegen het boetebesluit nog beroep bij de rechter openstaat, slechts in uitzonderlijke gevallen tot openbaarmaking van het boetebesluit met daarin de namen van de betrokkenen kan worden overgegaan. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen in het onderhavige geval de rechtszekerheid en de generale preventie voldoende worden gediend door publicatie van het besluit zonder vermelding van de namen van de betrokkenen.

Het publicatiebesluit wordt door de rechtbank vernietigd, en de OPTA moet een nieuw besluit nemen met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank. Tegen deze uitspraak heeft de OPTA hoger beroep ingesteld bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

3 De belangrijkste overwegingen van de Afdeling

'2.5. (.....) 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) 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 aangevallen 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.'

4. Analyse

Bovenstaande uitspraak is van belang voor de mogelijkheid voor bestuursorganen om nog niet onherroepelijk geworden boetebesluiten te publiceren inclusief de naam van de betrokken (rechts)personen.

Veel bestuursorganen publiceren de door hen genomen boetebesluiten ook als daar nog de mogelijkheden van bezwaar en beroep tegen openstaan. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op de praktijken van de NMa, de AFM, de Consumentenautoriteit en de OPTA.

In sommige gevallen is de bevoegdheid om een boetebesluit te publiceren expliciet in de (specifieke) wet geregeld. Een voorbeeld is de Wet handhaving consumentenbescherming. In artikel 2.23 van die wet is de bevoegdheid voor de Consumentenautoriteit opgenomen om een boetebesluit openbaar te maken. In het betreffende artikel is tevens voorzien in een aantal procedurele waarborgen. Het voornemen om een boetebesluit openbaar te maken dient van tevoren aan de overtreder bekend te worden gemaakt, waarbij de overtreder in de gelegenheid dient te worden gesteld om een zienswijze naar voren te brengen. Bovendien mag de Consumentenautoriteit het boetebesluit niet openbaar maken gedurende een termijn van twee weken na de bekendmaking van dat besluit.

In andere gevallen ontbreekt een specifieke wettelijke grondslag om boetebesluiten openbaar te maken. Desondanks zijn bestuursorganen (waaronder de OPTA) overgegaan tot het openbaar maken van boetebesluiten. De bestuursorganen baseren zich bij de openbaarmaking op artikel 8 Wob.

Rondom de publicatie van nog niet onherroepelijk geworden boetebesluiten speelt een aantal vragen.[1] Een eerste vraag is of de publicatie van boetebesluiten, bij het ontbreken van een specifieke wettelijke grondslag, kan worden gebaseerd op artikel 8 Wob. Een tweede vraag is of de openbaarmaking moet worden gezien als een (punitieve) sanctie. Tot slot speelt de vraag hoe beslissingen om boetebesluiten te openbaren door de rechter getoetst moeten worden. Bovenstaande uitspraak geeft gedeeltelijk antwoord op deze vragen.

Artikel 8 Wob als grondslag voor openbaarmaking?
Over de mogelijkheid om de openbaarmaking van boetebesluiten te kunnen baseren op het bepaalde in artikel 8 Wob wordt verschillend gedacht. Doornbos heeft bijvoorbeeld bepleit dat artikel 8 Wob een voorlichtingsartikel is en niet bedoeld is (geweest) voor het publiceren van (nog niet onherroepelijk geworden) boetebesluiten.[2] Het standpunt van Doornbos lijkt ondersteund te worden door de parlementaire geschiedenis bij de Wob. Ten aanzien van artikel 8 Wob is daarin namelijk overwogen dat het artikel ziet op voorlichting door de overheid in de vorm van persberichten, folders, brochures en dergelijke. Deze voorlichting is gericht op een zo groot mogelijke participatie van de samenleving bij de besluitvorming, dienstverlening aan de burgers en het effectueren van het aanvaarde beleid.[3] Het publiceren van boetebesluiten lijkt daar niet zonder meer onder te vallen. Andere schrijvers zijn echter tot de conclusie gekomen dat artikel 8 Wob wel degelijk kan dienen als basis voor de openbaarmaking van boetebesluiten.[4]

De Afdeling heeft in bovenstaande uitspraak de knoop doorgehakt en geoordeeld dat artikel 8 en 10 Wob in het algemeen de basis bieden om sanctiebesluiten volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen, te publiceren.

De recente uitspraak van de Afdeling stelt buiten twijfel dat bestuursorganen, ook als er een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt, in beginsel bevoegd zijn om boetebesluiten integraal (dus inclusief de namen van de betrokken personen) openbaar te maken. Deze overweging van de Afdeling stelt dus buiten twijfel dat toezichthouders (zoals de OPTA) aan de Wob de bevoegdheid kunnen ontlenen om tot publicatie van boetebesluiten over te gaan. Deze toezichthouders zijn voor de publicatie dus niet afhankelijk van een specifieke wettelijke grondslag.

Openbaarmaking als punitieve sanctie?
Een andere in de praktijk levende vraag betreft het karakter van de openbaarmaking van een boetebesluit. Ook hier lopen de standpunten uiteen. Sommige schrijvers bepleiten dat met de openbaarmaking van boetebesluiten met name

1 Zie daarover bijv. F.C.M.A. Michiels, Aansprakelijkheid bij naming & shaming, Overheid en Aansprakelijkheid 2008, 74, p. 190-199; E.C. Pietermaat, Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten, JBplus 2009, p. 245-256 en F.C.M.A. Michiels, "Naming and shaming" in het markttoezicht, NTB 2007, 16, p. 85-95.
2 D.R. Doornbos, OPTA moet boetebesluiten anonimiseren, Ondernemingsrecht 2010, 101, p. 465-471.
3 Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, p. 29-30.
4 E.C. Pietermaat, Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten, JBplus 2009, p. 245-256.

wordt beoogd om aan de overtreder leed toe te voegen en dat er dus sprake is van een punitieve sanctie.[5] Aan de andere kant van het spectrum staan schrijvers die benadrukken dat boetebesluiten worden gepubliceerd om het publiek te informeren en verbinden daar de conclusie aan dat er van een (punitieve) sanctie geen sprake is.[6]

Het al dan niet punitieve karakter van de openbaarmaking is van belang voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces). In dat kader is dan met name de zogenoemde onschuldpresumptie uit lid 2 van belang. Deze presumptie houdt in dat iemand voor onschuldig moet worden gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.[7] Welke gevolgen deze onschuldpresumptie precies zou moeten hebben, is overigens niet duidelijk. Sommigen bepleiten dat openbaarmaking pas aan de orde kan zijn nadat het boetebesluit onherroepelijk is geworden, terwijl anderen menen dat het voldoende is als bepaalde extra procedurele waarborgen in acht worden genomen. Bij procedurele waarborgen kan daarbij gedacht worden aan de mogelijkheid om van te voren een zienswijze te kunnen geven en aan de mogelijkheid om bij de rechter de publicatie effectief te kunnen voorkomen.

De Afdeling beantwoordt in deze uitspraak niet expliciet de vraag of de openbaarmaking een punitief karakter heeft en daarmee onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt. De Afdeling stelt in de uitspraak wel voorop dat het in het kader van de aan het bestuursorgaan toegekende toezichthoudende taak past dat boetebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. Het cursief gedrukte gedeelte van deze overweging lijkt erop te wijzen dat de Afdeling de openbaarmaking met name ziet als een manier om het publiek te informeren en niet (zozeer) als een vorm van leedtoevoeging aan de overtreder. Dat laatste vormt een aanwijzing dat de Afdeling in de openbaarmaking geen (punitieve) sanctie ziet en dat de openbaarmaking niet onder het beschermingsbereik van artikel 6 EVRM valt. Dat laat onverlet dat de Afdeling wel oog heeft voor de positie van degene die in een nog niet onherroepelijk boetebesluit als overtreder wordt aangemerkt (zie hierna).

Wijze van toetsing door de rechter?

Indien een specifieke wettelijke grondslag ontbreekt, kunnen boetebesluiten openbaar worden gemaakt op grond van het bepaalde in artikel 8 Wob. Dat betekent volgens de Afdeling dat een nadere afweging van belangen dient te worden gemaakt voordat een boetebesluit openbaar kan worden gemaakt.[8]

5 D.R. Doornbos, OPTA moet boetebesluiten anonimiseren, Ondernemingsrecht 2010, 101, p. 465-471.

6 L.J.J. Rogier, De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht, in: Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme, 2007, VAR-reeks 138, p. 31 e.v.

7 F.C.M.A. Michiels, Aansprakelijkheid bij naming & shaming, Overheid en Aansprakelijkheid 2008, 74, p. 190-199.

8 Zie ook ABRvS 2 februari 2011, zaaknr. 201004547/1/H3, Gst. 2011, 29 m.nt. C.N.

In deze uitspraak ging het om de vraag of het boetebesluit inclusief de namen van de betrokken rechtspersonen mocht worden gepubliceerd. Volgens de Afdeling had in dat verband een afweging moeten worden gemaakt tussen het algemeen belang dat met onverkorte openbaarmaking wordt gediend en het belang van de betrokken onderneming om geen onevenredig nadeel te lijden.[9] Daarbij dient volgens de Afdeling aan het algemeen belang een groot gewicht te worden toegekend. De openbaarmaking van het boetebesluit is dus het uitgangspunt.

Van een onevenredige benadeling is volgens de Afdeling sprake indien het boetebesluit uiteindelijk in rechte geen stand houdt en de betrokken rechtspersoon ten onrechte als overtreder kenbaar is gemaakt. De vraag of er van een onevenredige benadeling sprake is, hangt dus af van een beoordeling van de rechtmatigheid van het boetebesluit. In het economisch bestuursrecht wordt het boetebesluit vaak niet door de Afdeling getoetst, maar door de Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Het is mogelijk om hangende de procedure bij de voorzieningenrechter van de rechtbank of het CBb een voorlopige voorziening te vragen, die inhoudt dat het boetebesluit niet of niet op een bepaalde wijze openbaar wordt gemaakt. Dat verzoek kan volgens de Afdeling worden gebaseerd op de stelling dat het boetebesluit naar verwachting geen stand zal houden. Indien zo'n voorlopige voorziening niet is gevraagd of niet is getroffen is er volgens de Afdeling van een onevenredige benadeling geen sprake en kan het boetebesluit (dus) openbaar worden gemaakt. Een onderneming die openbaarmaking van een boetebesluit wil voorkomen, zal zich dus tot de voorzieningenrechter moeten wenden en moeten beargumenteren dat publicatie achterwege moet blijven omdat het boetebesluit waarschijnlijk niet in stand zal blijven.

De uitspraak roept onder andere de vraag op of in de belangenafweging ook ruimte bestaat om, naast het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling, nog andere belangen mee te laten wegen. In artikel 10 Wob is een aantal gronden genoemd op basis waarvan de openbaarmaking van documenten achterwege moet worden gelaten (de absolute weigeringsgronden) of achterwege kan worden gelaten (de relatieve weigeringsgronden). Het voorkomen van onevenredige benadeling is een van de in artikel 10 Wob genoemde gronden op grond waarvan de openbaarmaking van documenten achterwege kan worden gelaten. Uit de uitspraak blijkt niet of de Afdeling het ook mogelijk acht dat openbaarmaking op een andere grond achterwege dient te worden gelaten. Daarbij kan gedacht worden aan het belang dat is gediend met de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of de bescherming van vertrouwelijke bedrijfs- en fabricagegegevens. Wij menen dat alle in artikel 10 Wob genoemde gronden in de belangenafweging dienen te worden betrokken. Dit vloeit overigens ook rechtstreeks voort uit artikel 2 Wob, waarin is bepaald dat een bestuursorgaan informatie verstrekt *overeenkomstig* deze wet.

9 Zie ook: E.J. Daalder, Openbaarheid en behoorlijkheid, NTB 2011/1-2, p. 23-30.

Uitgangspunt is derhalve dat bestuursorganen nog niet onherroepelijke boetebesluiten mogen publiceren, tenzij er klemmende redenen zijn die zich daartegen verzetten. Een van die redenen betreft de onevenredige benadeling van de betrokkenen. Zo'n onevenredige benadeling lijkt uitsluitend te worden aangenomen indien door de betrokkenen met succes een voorlopige voorziening wordt gevraagd omdat het boetebesluit zelf niet in stand zal kunnen blijven. Kort en goed, toezichthouders kunnen in feite tot openbaarmaking van het boetebesluit overgaan. Indien een ondernemer dat wenst te voorkomen ligt het initiatief uitdrukkelijk bij hem of haar.