

**JOR 2011/37, Raad van State, 10-11-2010, BO3468,
201002051/1/H3 (annotatie)**

Instantie: Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
Datum uitspraak: 10-11-2010
Publicatie: JOR 2011/37 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 1, 2011
Annotator: <ul style="list-style-type: none">• mr. S.M. Peek
ECLI: ECLI:NL:RVS:2010:BO3468
Zaaknummer: 201002051/1/H3
LJN: LJN:BO3468
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none">• JB 2010/276 met annotatie van L.J. Wildeboer• JIN 2011/84• JIN 2011/65• AB 2010/319 met annotatie van A.C. Beijering-Beck, V.H. Affourtit• NJB 2011, 67• BA 2011/8
Rechtsgebied:
Rubriek: Varia
Rechters: <ul style="list-style-type: none">• mr. Slump• mr. Vermeulen• mr. Borman
Partijen: Het College van de Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit, appelland, advocaat: mr. E.J. Daalder, tegen E.C.S. International BV te Ubach over Worms, gemeente Landgraaf, en anderen, verweerders, advocaat: mr. H.J.W. Lambers.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none">• Wob - 8• Wob - 10

- [Awb - 8:81](#)

Inhoudsindicatie

Onverkorte publicatie boetebesluit geoorloofd nu geen voorlopige voorziening ter voorkoming daarvan bij bevoegde rechter is gevraagd, Verwijzing naar ABRvS 31 mei 2006, LJN AX6362, Vervolg op Rb. Amsterdam 19 januari 2010, «JOR» 2010/176, m.nt. Affourtit en Beck

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Het boetebesluit is een bevoegd genomen besluit in het kader van een aan het college door de wetgever toegekende taak om toezicht te houden op de naleving van regelgeving en de daarmee samenhangende bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtreding van die regelgeving. In het kader van deze toezichthoudende taak past dat boetebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. Art. 8 en 10 Wob bieden in het algemeen de basis 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, [LJN AX6362](#) heeft overwogen, is ook in geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking ingevolge art. 8 lid 1 Wob een nadere afweging van belangen geboden. Deze nadere belangenafweging houdt in dat het algemene belang dat door onverkorte openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van verweerders 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 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 af van een oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. De rechter die bevoegd is daarover te oordelen is in eerste instantie de Rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het College van beroep voor het bedrijfsleven. Ingevolge art. 8:81 Awb bestaat de mogelijkheid om, hangende bezwaar, beroep of hoger beroep met

betrekking tot het boetebesluit, bij de voorzieningenrechter van de rechtbank of 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'n getroffen voorziening het belang van het verstrekken van informatie als bedoeld in art. 8: lid 1 Wob niet dient te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van de beboete rechtspersonen of hiertoe te herleiden natuurlijke personen.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. Overwegingen

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

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

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

2.2. Het college heeft zich op het in bezwaar gehandhaafde standpunt gesteld dat vanuit het oogpunt van generale preventie alsmede vanwege het belang van de bescherming van internetgebruikers het boetebesluit op een zo kort mogelijke termijn zo volledig mogelijk moet worden gepubliceerd op zijn website. Aan het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer heeft het college een doorslaggevend gewicht toegekend voor wat betreft de namen en e-mailadressen van de genoemde natuurlijke personen. Het college heeft geen reden gezien de gegevens van de rechtspersonen weg te laten omdat de persoonlijke levenssfeer niet in geding is bij

beroepsmatig handelen en ook andere toezichthoudende instanties een dergelijke openbaarmakingspraktijk hanteren. Van onevenredige benadeling is volgens het college niet gebleken.

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

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

2.5. Zoals ter zitting in hoger beroep is bevestigd, is nog slechts in geschil of het college de namen van de betrokken rechtspersonen niet openbaar had mogen maken zolang het boetebesluit nog niet onherroepelijk was. Het geschil beperkt zich derhalve tot de vraag op welk moment de in het boetebesluit genoemde namen van de betrokken rechtspersonen mogen worden gepubliceerd.

Het boetebesluit is een bevoegd genomen besluit in het kader van een aan het college door de wetgever toegekende taak om toezicht te houden op de naleving van regelgeving en de daarmee samenhangende bevoegdheid om handhavend op te treden tegen overtreding van die regelgeving. In het kader van deze toezichthoudende taak past dat boetebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. Met de

rechtbank is de Afdeling van oordeel dat artikel 8 en artikel 10 van de Wob in het algemeen de basis bieden om sanctiebesluiten volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen, te publiceren. Zoals de rechtbank terecht met een verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2006 (in zaak nr. 200505388/1; www.raadvanstate.nl) heeft overwogen, is ook in geval van een voorgenomen spontane openbaarmaking ingevolge artikel 8, eerste lid, van de Wob een nadere afweging van belangen geboden. Deze nadere afweging houdt in dit geval in dat het algemene belang dat door onverkorte openbaarmaking wordt gediend, wordt afgewogen tegen het belang van ECS geen onevenredig nadeel te lijden als gevolg van de publicatie, waarbij aan het algemeen belang een groot gewicht moet worden toegekend.

Van een onevenredige benadeling zal in gevallen als de onderhavige naar het oordeel van de Afdeling sprake kunnen zijn als het boetebesluit uiteindelijk in rechte geen stand houdt en de betrokken rechtspersoon ten onrechte als overtreder kenbaar is gemaakt. Of sprake is van onevenredige benadeling hangt dan af van een oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. De rechter die bevoegd is daarover te oordelen is in eerste aanleg de rechtbank Rotterdam en in hoger beroep het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb). Ingevolge artikel 8:81 van de Awb bestaat de mogelijkheid om, hangende bezwaar, beroep of hoger beroep met betrekking tot het boetebesluit, bij de voorzieningenrechter van de rechtbank of de voorzieningenrechter van het CBb een voorlopige voorziening te vragen, met als argument dat het boetebesluit in bezwaar of beroep naar verwachting geen stand zal houden. Als voorlopige voorziening kan worden gevraagd dat het boetebesluit niet of op een bepaalde wijze openbaar wordt gemaakt. Dat voor beboete ondernemingen aldus de mogelijkheid bestaat om bij de ter zake van de boete bevoegde rechter een dergelijke voorlopige voorziening te vragen, brengt met zich dat bij gebreke van zo een getroffen voorziening het belang van het verstrekken van informatie als bedoeld in artikel 8, eerste lid, van de Wob niet dient te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van de beboete rechtspersonen of hiertoe te herleiden natuurlijke personen. Hierbij acht de Afdeling van belang dat het college ter zitting heeft bevestigd dat belanghebbenden bij een boetebesluit de gelegenheid wordt geboden een voorlopige voorziening te vragen alvorens daadwerkelijk tot publicatie wordt overgegaan.

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

2.6. Het hoger beroep is gegrond. De 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.

2.7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

3. Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Recht doende in naam der Koningin:

I. verklaart het hoger beroep gegrond;

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

III. verklaart het bij de rechtbank ingestelde beroep ongegrond.

Noot

1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft hier geoordeeld dat telecomwaakhond OPTA de namen van ondernemingen waaraan zij een boete oplegt, mag publiceren in het stadium waarin het boetebesluit nog niet onherroepelijk is. Dit oordeel lijkt aansluiting te zoeken bij de rechtspraak omtrent de publicatie van sanctiebesluiten door de financiële toezichthouders en is van belang voor de wijze van opkomen tegen het gebruik van *naming and shaming* in het markttoezicht.

2. In deze zaak had OPTA een boete van 1 miljoen euro opgelegd aan een aantal partijen waaronder ECS International BV vanwege het verspreiden van zogenaamde spyware. Spyware is software die geplaatst wordt op een computer van een gebruiker, op die computer informatie vergaart en deze via het internet doorspeelt aan anderen. Op grond van art. 4.1 van het Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen is het niet toegestaan zich met spy-ware toegang te verschaffen tot de computers van eindgebruikers zonder deze te informeren over de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen en zonder deze de mogelijkheid te geven om toegang te weigeren. In dit geval ging het om een samenwerkingsverband met de naam DollarRevenue dat ten doel had inkomsten te

verwerven door het plaatsen van zo veel mogelijk reclamesoftware op computers van eindgebruikers; ruim 22 miljoen computers van eindgebruikers werden besmet.

3. Bij afzonderlijk besluit had OPTA beslist het boetebesluit te publiceren en daarin weliswaar niet de namen van de directeuren betrokken bij DollarRevenue te noemen maar wel de namen van de betrokken ondernemingen te vermelden. ECS heeft tegen dit publicatiebesluit bezwaar gemaakt en beroep ingesteld vanwege strijd met de Wob. Waar het verzoek om een voorlopige voorziening tot schorsing van de openbaarmaking na een redelijkheidstoetsing nog was afgewezen (Vzngr. Rb. Amsterdam 27 mei 2008, LJN BD3014), is ECS bij vonnis van 19 januari 2010 door de Rechtbank Amsterdam in het gelijk gesteld («JOR» 2010/176, m.nt. Affourtit en Beck, AB 2010/81, m.nt. Michiels; zie ook D.R. Doorenbos, 'OPTA moet boetebesluiten anonimiseren', OR 2010/101 en B. Nijs, 'Boetebeschikkingen – paal en perk aan 'naming and shaming'?', AM 2010/1, p. 3-4).

4. De rechtbank stelde voorop dat, als een toezichthouder geen specifieke publicatiebevoegdheid heeft (zoals de financiële toezichthouders in de zin van art. 1:97 Wft), de art. 8 en 10 van de Wob in het algemeen de basis bieden om boetebesluiten volledig en met inbegrip van de namen van betrokkenen te publiceren. Daarbij geldt dat ook indien de toezichthouder van plan is uit eigen beweging informatie te verstrekken, alle in art. 10 Wob vermelde belangen moeten worden afgewogen (ABRvS 31 mei 2006, AB 2006/329, m.nt. Stolk, «JB» 2006/218; zie ook F.C.M.A. Michiels, 'Naming and shaming' in het markttoezicht', NTB 2007/3, p. 85-95).

Omdat het boetebesluit in kwestie nog voorwerp was van beroep bij de Rechtbank Rotterdam en dus (nog) niet in rechte vast stond, was de rechtbank van oordeel dat de uitzonderingssituatie van art. 10 lid 2 onder g Wob – het algemeen belang van openbaarmaking weegt niet op tegen het belang van betrokkenen om onevenredige benadeling te voorkomen – zich alleen dan niet voordoet als aannemelijk is dat sprake is van een zodanig dringend algemeen belang dat de schade die door integrale publicatie zal worden veroorzaakt daartegen niet opweegt. Dat was volgens de rechtbank evenwel niet het geval. Naar het oordeel van de rechtbank kon het door OPTA gestelde belang van rechtszekerheid en (generale) preventie in dit stadium voldoende worden gediend met geanonimiseerde publicatie van de boete. Gezien het gevaar voor ernstige en wellicht onherstelbare schade als het besluit niet of slechts gedeeltelijk juist zou zijn, legde de rechtbank de lat voor volledige publicatie van het nog niet onherroepelijke boetebesluit hoog.

5. In tegenstelling tot de rechtbank kiest de Afdeling een zeer formele benadering. Of van onevenredige benadeling door onverkorte publicatie sprake is, hangt volgens de Afdeling af van een oordeel over de rechtmatigheid van het boetebesluit. Bij de rechter die bevoegd is over de rechtmatigheid van het boetebesluit te oordelen (in dit geval de Rechtbank Rotterdam en vervolgens het College van Beroep voor het bedrijfsleven) kan een voorlopige voorziening worden gevraagd om het boetebesluit niet of op een bepaalde wijze openbaar te maken. Heb je als beboete onderneming zoals ECS niet een dergelijke voorlopige voorziening gevraagd? Pech gehad! Het algemeen belang van openbaarmaking dient dan niet te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van betrokkenen, aldus de Afdeling.

Op twee aspecten van de overweging van de Afdeling wordt hierna nader ingegaan: (1) het toetsingskader dat de Afdeling voor openbaarmaking van boetebesluiten hanteert en (2) de rechtsgang die beboete ondernemingen volgens de Afdeling dienen te volgen om openbaarmaking van boetebesluiten te kunnen voorkomen.

6. Wat het eerste aspect betreft knoopt de Afdeling als het ware aan bij het toetsingskader voor publicatie van sanctiebesluiten uit de vaste jurisprudentie van de Rechtbank Rotterdam en het College in AFM-zaken: kan de boete naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter in rechte stand houden? (vgl. Vzng. Rb. Rotterdam 21 juli 2008, «JOR» 2008/273, m.nt. Hoff, Vzng. Rb. Rotterdam 3 september 2008, «JOR» 2008/274, m.nt. Hoff, AB 2008, 346, m.nt. Peek, Vzng. 28 januari 2010, «JOR» 2010/155, m.nt. Affourtit en Beck, Vzng. Rb. Rotterdam 12 februari 2010, «JOR» 2010/104, m.nt. CMGvdK, Vzng. Rb. Rotterdam 8 april 2010, «JOR» 2010/159, m.nt. Voerman).

In haar artikel 'Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten' («JBplus» 2009/4, p. 245-256) gaf Pietermaat nog aan dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag op welke wijze een besluit tot actieve openbaarmaking van een sanctiebesluit wordt getoetst: ofwel aan de hand van een voorlopige rechtmatigheidstoets van het onderliggende sanctiebesluit (wel gehanteerd door de voorzieningenrechter in Rotterdam voor publicatie van door de AFM genomen sanctiebesluiten) ofwel aan de hand van een toets aan de Wob waarbij openbaarheid uitgangspunt is tenzij zich een of meer van de uitzonderingsgronden van art. 10 Wob voordoen (wel gehanteerd door de voorzieningenrechters in Amsterdam en Den Haag bij de beoordeling van publicatiebesluiten van OPTA). Daarbij is het volgens Pietermaat mogelijk dat publicatie van een onrechtmatig sanctiebesluit als onevenredig benadelend in de zin van art. 10 lid 2 onder g Wob wordt aangemerkt. In de onderhavige uitspraak lijkt de Afdeling te hebben getracht de twee mogelijke toetsingskaders op deze

gesuggereerde wijze samen te brengen.

Los van eventuele onrechtmatigheid van het onderliggende boetebesluit wordt in de uitspraak van de Afdeling geen ruimte gelaten voor andere redenen waarom het algemene belang van openbaarmaking zou moeten wijken, zoals bedrijfsvertrouwelijke gegevens (art. 10 lid 1 onder c Wob) of de persoonlijke levenssfeer (art. 10 lid 2 onder e Wob) waar in elk geval in het kader van het verzoek om een voorlopige voorziening een beroep op was gedaan. Weliswaar is het overgebleven art. 10 lid 2 onder g Wob de meest algemene uitzonderingsgrond en fungeert het als vangnet, maar in feite wordt de vereiste belangenafweging omschreven in de voormelde uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2006 een groot deel afgesnoept.

7. Wat het tweede aspect betreft dwingt de Afdeling ondernemingen eigenlijk om ter voorkoming van openbaarmaking van een boete niet alleen tegen het publicatiebesluit op te komen bij de rechtbank en vervolgens de Afdeling (het publicatiebesluit kan immers niet zomaar worden gelaten voor wat het is) maar ook een voorlopige voorziening te vragen bij de voorzieningenrechter van het gerecht dat bevoegd is over het boetebesluit te oordelen (een formele ongegrondverklaring zoals ECS hier overkomt moet immers worden voorkomen). Een en ander geldt ook voor derden die door het verstrekken van informatie zouden kunnen worden benadeeld, waarbij een verdere complicatie zou kunnen zijn dat een derde wel belanghebbende is bij het publicatiebesluit maar niet als zodanig kan worden aangemerkt waar het gaat om het boetebesluit.

Een voorlopig oordeel van de Afdeling over het onderliggende boetebesluit had hier vanuit proceseconomisch perspectief meer voor de hand gelegen, maar zou de bevoegdheid van het College om te oordelen over het boetebesluit mogelijk hebben doorkruist nu zou worden vooruitgelopen op het al of niet in stand blijven van het onderliggende besluit als hadden we al met het uiteindelijke besluit te maken. Niettemin zou het oordeel voorshands zijn gegeven.

8. De benadering van de Afdeling strookt op zich met een uitspraak van de voorzieningenrechter van het College over publicatie van bedrijfsnamen in verband met een boete vanwege overtreding van het spamverbod (Vzngr. CBb 5 juni 2008, AB 2009/88, m.nt. Cartigny). Ondanks het feit dat de publicatie was gebaseerd op art. 8 Wob en de Afdeling in principe de hoogste Wob-rechter is, achtte het College zich bevoegd over het besluit te oordelen; omdat de voorzieningenrechter een besluit waartegen bij zijn rechtscollège beroept loopt kan schorsen, kan hij ook een minder

vergaande maatregel treffen zoals het tijdelijk verbieden van de publicatie van het besluit.

De voorzieningenrechter van het College ging vervolgens echter niet over tot het (voorlopig) beoordelen van de rechtmatigheid van het onderliggende sanctiebesluit zoals de Afdeling hier voorstaat, maar woog de belangen die OPTA wilde dienen met publicatie af tegen het belang van verzoekster bij het voorkomen van mogelijke reputatieschade. Volgens de voorzieningenrechter waren de door OPTA aangevoerde belangen van rechtszekerheid en generale preventie voldoende gediend met geanonimiseerde publicatie (ter vergelijking: voor anonimisering van sanctiebesluiten van de AFM ziet het College vaak geen plaats; zie bijv. Vzngr. Rb. Rotterdam 3 september 2008, «JOR» 2008/274, m.nt. Hoff, AB 2008, 346, m.nt. Peek, Vzngr. Rb. Rotterdam 8 juli 2009, «JOR» 2009/234, m.nt. Hoff). Opvallend is dat de rechtbank in de onderhavige zaak op gelijke wijze oordeelde, welk oordeel volgens de Afdeling niet terecht was en aan de Rechtbank Rotterdam en het College had moeten worden voorgelegd. Gezien voornoemde uitspraak is het echter nog maar de vraag of die tot een ander oordeel waren gekomen.

Hierbij verdient vermelding dat de Rechtbank Rotterdam bij vonnis van 3 februari 2010 («JOR» 2010/177, m.nt. Affourtit en Beck) de beslissing op bezwaar ten aanzien van één van de drie beboete ondernemingen en één van de twee beboete directeuren heeft vernietigd. Voor het overige is het boetebesluit in stand gelaten.

9. De twee-rechtsgangen-kwestie zou kunnen worden opgelost door in de Telecommunicatiewet ook een specifieke publicatiebevoegdheid ten aanzien van sanctiebesluiten neer te leggen waarbij al of niet de bescherming van art. 10 Wob wordt geboden (zoals in art. 65 Mw). De rechter voor besluiten op grond van de Telecommunicatiewet (Rechtbank Rotterdam en het College) zou daardoor ook direct ten aanzien van openbaarmaking bevoegd zijn zodat daarover geen misverstanden meer kunnen ontstaan.

mr. S.M. Peek, advocaat bij Clifford Chance
