

BIJLAGE 2

ANALYSE VAN HET JURIDISCH KADER VAN OPENBAARMAKING

1. Inleiding

Vanaf 2006 maakt de Voedsel en Waren Autoriteit controlegegevens openbaar. In een algemeen overleg op 25 juni 2009 heeft u geïnformeerd naar het juridisch kader van de openbaarmaking van de inspectiegegevens. In het bijzonder is aandacht gevraagd voor de gedachte dat volgens de Wet openbaarheid van bestuur, het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens en de Wet op de economische delicten het juridisch kader van de openbaarmaking niet zou voldoen. Bezwaren op die onderdelen hebben de Minister van LNV en de Minister van VWS ook bereikt van de kant van het bedrijfsleven. Die bezwaren sluiten aan bij kanttekeningen die in de literatuur zijn waar te nemen.

Meer specifiek zijn de bezwaren dat artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) niet als wettelijke grondslag kan dienen voor openbaarmaking van controlegegevens, dat openbaarmaking van controlegegevens in strijd is met artikel 5 van de Wet op de economische delicten (Wed) en dat ten onrechte de waarborgen van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) niet worden gerespecteerd.

2. Openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob

2.1 Achtergrond

Met enige regelmaat worden inspectiegegevens, boetebesluiten, waarschuwingen van toezichthouders aan marktpartijen met naam en toenaam van de betrokkenen openbaar gemaakt. Verschillende toezichthouders maken van dit instrument gebruik. Gedacht kan worden aan de Autoriteit Financiële Markten, De Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Consumentenautoriteit, de onderwijsinspectie, de OPTA, de onderwijsinspectie, de Voedsel- en Waren Autoriteit en de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Veelal geschiedt openbaarmaking van dit soort gegevens op basis van een specifieke wettelijke bepaling. Zie bijvoorbeeld artikel 1: 94 van de Wet op het financieel toezicht, artikel 65 van de Mededingingswet, artikel 2.23 van de Wet handhaving consumentenbescherming en artikel 20 van de Wet op het onderwijstoezicht. Met de OPTA en IGZ heeft de VWA gemeen dat openbaarmaking plaatsvindt op basis van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Ook op Europees niveau zijn er regels op het gebied van de openbaarmaking. Een voorbeeld daarvan is te vinden in artikel 28 van de Wet havenstaatcontrole. De daar opgenomen verplichting betreft de implementatie van artikel 15 van richtlijn 95/21/EG van de Raad van 19 juni 1995 betreffende de naleving, met betrekking tot de schepen die gebruik maken van havens in de Gemeenschap en varen in de onder de jurisdictie van de Lid-Staten vallende wateren, van internationale normen op het gebied van de veiligheid van schepen, voorkoming van verontreiniging en leef- en werkomstandigheden aan boord (havenstaatcontrole) (PbEG L 157). De Wet havenstaatcontrole draagt de Minister van Verkeer en Waterstaat op gegevens te publiceren over bepaalde schepen die zijn aangehouden in, of die onderworpen zijn aan een weigering van toegang tot een haven.

De actieve openbaarmaking van controlegegevens door de VWA, en het juridisch kader, heeft geleidelijk vorm gekregen. Met een brief van 23 juni 2005¹ werd de Kamer als volgt over het juridisch kader geïnformeerd.

Op het actief openbaar maken van controlegegevens is een uitgebreid en complex juridisch kader van toepassing. Er gelden verschillende normen op Europees en nationaal niveau die enerzijds tot openbaarmaking van gegevens noodzaken of zelfs verplichten, maar anderzijds ook beperkingen op de openbaarmaking aanbrengen. Welk samenstel van verplichtingen en beperkingen van toepassing is, kan per geval verschillen. Daarbij kunnen onder meer de aard en de hoeveelheid van de te publiceren gegevens alsmede het moment

¹ Kamerstukken II 2005/06, 26991, nr. 122.

van publicatie een rol spelen. Of een wettelijke grondslag zal dienen te worden gecreëerd of aangepast, hangt daarmee sterk af van de manier waarop openbaarmaking plaatsvindt. Het onderzoek richt zich er – wat de juridische aspecten betreft – met name op in hoeverre deze grenzen, uitzonderingen en voorwaarden nadere regelgeving noodzakelijk maken. Of dit laatste al dan niet nodig is, is een vraag die mede aan de hand van de situatie per case dient te worden beantwoord

In een brief van 23 februari 2006² werd aangekondigd dat de Wob in eerste instantie als grondslag voor openbaarmaking zou dienen.

De openbaarmaking van de controlegegevens in de geselecteerde cases zal in de eerste periode gebeuren binnen het algemene juridische kader voor actieve openbaarmaking, zoals dat is vastgelegd in de Wet openbaarheid van bestuur. De in deze wet vervatte uitzonderingsgronden en beperkingen zijn daarmee van toepassing. In dit verband is tevens van belang dat de openbaarmaking geen punitief maar louter een informatief karakter zal dragen. Ten behoeve van de openbaarmaking van een serie controlegegevens zal telkens een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht worden genomen, waardoor de hieraan verbonden waarborgen – onder meer in de sfeer van een adequate rechtsbescherming – van kracht zijn.

De openbaarmaking van controlegegevens door de VWA is gebaseerd op artikel 8 van de Wob. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt:

Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

Met dit artikel(lid) wordt beoogd transparantie te bieden en inzicht te geven in het overheidsbeleid. Het gaat hier ondermeer om de totstandkoming van beleid, maar ook om de uitvoering van beleid. In de memorie van toelichting is daaromtrent het volgende opgenomen:

Voorlichting heeft ook een functie als instrument bij het effectueren van het aanvaarde beleid. Het motief is dan, betrokkenen nauwkeurig op de hoogte te stellen van de getroffen regelingen en om de doeleinden die daarbij voorop hebben gestaan zo goed mogelijk te bereiken. Daarbij kan de verstrekte informatie mede tot doel hebben om houding en/of gedrag van degenen op wie dat beleid is gericht te beïnvloeden.

2.2. Literatuur

In de literatuur worden bezwaren geuit tegen het gebruik van artikel 8 van de Wob voor het openbaar maken van controlegegevens. Al wat oudere kritiek, uit 2005, komt van Freriks en Van de Meulen³. In de eerder genoemde brief aan de Tweede Kamer van 23 juni 2005 staan twee doelen van openbaarmaking door de VWA genoemd: het bieden van transparantie en het verhogen van het nalevingsniveau. Daaruit en uit een door de VWA opgesteld visie-document Zicht op toezicht I, Effectief toezichthouden hoe doe je dat?, maken Freriks en Van der Meulen op dat openbaarmaking van controlegegevens moet worden beschouwd als een vorm van (alternatief) correctief instrument. Het gaat dan, concluderen ze, om een sanctie. Omdat het openbaar maken van toezichtsinformatie om het nalevingsniveau te verhogen vooral een bestraffend (punitief) karakter lijkt te hebben, is een belangrijke juridische randvoorwaarde dat er een wettelijke grondslag is aan te wijzen voor het opleggen van de sanctie. Freriks en Van der Meulen constateren dat een specifieke grondslag voor sanctionering door middel van 'naming en shaming' ontbreekt. Zij geven vervolgens aan dat de Wob niet erg geschikt is als voertuig voor openbaarmaking van toezichtinformatie. De Wob biedt in hun ogen geen grondslag voor sanctionering. Doel van de Wob is het bevorderen van een goede en democratische

² Kamerstukken II 2005/06, 26991, nr. 138.

³ Annelies Freriks & Bernd van der Meulen, Naming en Shaming, Onderweg naar openbaarmaking van individuele controlegegevens door de VWA?, Journaal Warenwet, 2005, afl. 10.

bestuursvoering. Transparantie in die zin dat iedereen kan zien wat de overheid doet. Freriks en Van der Meulen, concluderen dat voor openbaarheid als handhavingsinstrument, een daarop toegesneden regeling nodig is. Zij nemen als uitgangspunt dat openbaarmaking moet worden beschouwd als een vorm van een correctief instrument. Michiels kijkt vooral naar het effect van de openbaarmaking (van overtredingen of sanctiebesluiten) en stelt dat met het openbaar maken van (vermeende) overtredingen en/of een sanctiebeschikking in combinatie met de naam van de (vermeende) overtreder de (vermeende) overtredders in een kwaad daglicht worden gesteld. Het gaat hier volgens Michiels dan om een belastende maatregel jegens iemand die door de overheid wordt getroffen op niet-naleving. Er is daarmee sprake van een sanctie. Dat de openbaarmaking ook informerend of waarschuwend kan werken doet aan het sanctiekarakter niet af.⁴

Michiels merkt op dat de betekenis van artikel 8 van de Wob wel heel ver wordt opgerekt wanneer men daaronder informatie over overtredingen of sancties van specifieke overtredders begrijpt. Dergelijke informatie kan volgens Michiels bovendien bezwaarlijk worden aangemerkt als te zijn gegeven in het belang van een goede en democratische bestuursvoering.⁵ Daalder en Pietermaat geven aan er niet van overtuigd te zijn dat artikel 8 Wob op voorhand moet worden afgewezen als voldoende wettelijke grondslag om sanctiebesluiten openbaar te maken.⁶ Zij vragen zich af of sanctiebesluiten nou zoveel anders zijn dan andere overheidsbesluiten en vragen zich ook af waarom het niet in het belang van een goede en democratische besluitvorming zou zijn dat bestuursorganen het publiek informeren over de wijze waarop zij van de aan hen toegekende sanctiebevoegdheden gebruik maken. Pietermaat zegt hierover in een recent artikel dat artikel 8 van Wob uitdrukkelijk bepaalt dat ook informatie kan worden verschaft over de uitvoering van beleid. Uitvoering kan, vervolgt zij, naar haar aard ook betrekking hebben op specifieke personen en bedrijven en daarom valt niet in te zien waarom artikel 8 van de Wob niet een voldoende wettelijke grondslag zou zijn voor het uit eigen beweging openbaar maken van sanctiebesluiten.⁷ In 2006 is een Voorontwerp Algemene wet overheidsinformatie gepubliceerd. Hierin wordt met minder stelligheid over de reikwijdte van artikel 8 van de Wob gesproken. Geconstateerd werd dat op dat moment onhelder was of de Wob voldoende grondslag bood voor een praktijk van 'naming en shaming' of dat daarvoor een bijzondere wettelijke grondslag vereist zou zijn. Gekozen werd voor de tweede mogelijkheid. In het voorontwerp is een bepaling opgenomen die inhoudt dat voor openbaarmaking met het oogmerk van bestraffing een specifieke wettelijke grondslag vereist is. Hoewel dit niet zo expliciet wordt gesteld in de literatuur, vindt de vraag naar artikel 8 Wob als wettelijke grondslag haar oorsprong in de eis van artikel 7 van het EVRM. Artikel 7, eerste lid, EVRM luidt: "Niemand mag worden veroordeeld wegens een handelen of nalaten, dat geen strafbaar feit naar nationaal of internationaal recht uitmaakte ten tijde dat het handelen of nalaten geschiedde. Evenmin mag een zwaardere straf worden opgelegd dan die, die ten tijde van het begaan van het strafbare feit van toepassing was.". Kort gezegd geen straf zonder wet.

2.3 Jurisprudentie

In haar uitspraak van 31 mei 2006⁸ sprak de de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS zich uit over een kwestie waar een ambtenaar zich verzette tegen de niet-geanonimiseerde openbaarmaking van een met betrekking tot die ambtenaar uitgevoerd integriteitsonderzoek. In dit geschil was niet expliciet aan de orde of artikel 8 van de Wob voor een bestuursorgaan een voldoende basis biedt om onderzoeksrapporten openbaar te maken. Het geschil betrof de vraag of openbaarmaking in niet-geanonimiseerde vorm mocht plaatsvinden. De uitspraak impliceert echter dat de Afdeling van oordeel is dat openbaarmaking van onderzoeksrapporten op basis van artikel 8 Wob geoorloofd is. De Afdeling heeft tevens niet op voorhand geoordeeld dat openbaarmaking van onderzoeksgegevens punitief van aard is. De Afdeling oordeelde dat een belangenafweging moest plaatsvinden, zoals in de Wob is bepaald. Zou de Afdeling van oordeel zijn geweest dat sprake is

⁴ F.C.M.A. Michiels, Naming and shaming in het markttoezicht, NTB, 2007, nr. 3, p. 85 e.v., in vergelijkbare zin Mr. D.R. Doorenbos, Naming en Shaming, Serie Onderneming en Recht, 2007, deel 38, pag. 79.

⁵ F.C.M.A. Michiels, Naming and shaming in het markttoezicht, NTB, 2007, nr. 3, p. 85 e.v.

⁶ Eric Daalder en Elisabeth Pietermaat, Actieve openbaarmaking van besluiten, www.pelsrijcken.nl

⁷ Mr. E.C. Pietermaat, Actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten, Jurisprudentie Bestuursrecht plus, 2009, afl. 4.

⁸ ABRvS 31 mei 2006, LJN AX6362

van een punitieve sanctie, dan zou voor een belangenafweging in het kader van de Wob geen plaats zijn geweest.

Uit de (beperkte) jurisprudentie over het gebruik van artikel 8 van de Wob in enigszins vergelijkbare omstandigheden blijkt verder dat de rechter het gebruik van dit artikel accepteert als grondslag voor openbaarmaking van sanctiebesluiten. Op 27 mei 2008 deed de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam uitspraak over een geschil betreffende de publicatie van sanctiebesluiten door de OPTA⁹ op basis van artikel 8 van de Wob. De rechter wees er op dat publicatie van boetebesluiten door toezichthouders algemeen aanvaard is en bijdraagt aan de informatie aan het publiek en tevens tegemoet komt aan de behoefte van het publiek aan informatie over overheidsoptreden. De rechter overwoog als volgt.

2.6 Gelet op de uitspraak van de Afdeling van 31 mei 2006, UN AX6362, dient een afweging op grond van artikel 10 Wob plaats te vinden indien een bestuursorgaan eigener beweging voornemens is tot het openbaar maken, op voet van artikel 8, eerste lid, Wob, van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, waarbij in artikel 10 van de Wob vermelde belangen zijn betrokken. Ook in dat geval dient derhalve met het oog op die belangen een afgewogen besluitvorming plaats te vinden. Ingevolge die rechtspraak biedt artikel 8, eerste lid, van de Wob, in zoverre het gaat om het openbaar maken van informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid waarbij belangen als vermeld in artikel 10 van de Wob zijn betrokken, de grondslag voor het nemen van besluiten.

2.8 Oordelend met inachtneming van bovenstaand toetsingskader is de rechter van oordeel dat verweerder het belang van volledige, niet-geanonimiseerde openbaarmaking van namen van de ondernemingen aan welke een boete is opgelegd, heeft mogen laten prevaleren boven de belangen van de verzoekers bij anonimisering. Het is allereerst aan verweerder om in het geding zijnde belangen af te wegen. De uitkomst van die afweging acht de rechter niet onredelijk. Verweerder heeft naar het oordeel van de rechter er daarbij terecht op gewezen dat publicatie van boetebesluiten door toezichthouders algemeen aanvaard is en bijdraagt aan de informatie aan het publiek en tevens tegemoet komt aan de behoefte van het publiek aan informatie over overheidsoptreden.

De in de literatuur genoemde bezwaren tegen het gebruik van artikel 8 van de Wob als grondslag zijn sterk gebaseerd op het vermeende punitieve karakter van de publicatie. Uit een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 9 februari 2006¹⁰ kan worden afgeleid welk criterium moet worden gehanteerd om vast te stellen of daadwerkelijke sprake is van een punitieve sanctie. De rechter oordeelt dat de openbaarmaking van in het kader van de Wet toezicht effectenverkeer openbaargemaakte boetebesluiten niet als punitief moet worden beoordeeld. Dat de betrokkene door de openbaarmaking mogelijk reputatieschade zou lijden en de publicatie zou ervaren als straf, maakte de openbaarmaking van het boetebesluit niet bestraffend van aard. Het hof overwoog:

Door de publicatie zal [Y] mogelijk reputatieschade lijden en de publicatie ervaren als een straf. Nu naar het voorlopig oordeel van het hof doel van de openbaarmaking niet is bestraffing maar waarschuwing, wordt door de openbaarmaking niet tweemaal een bestuurlijke punitieve maatregel getroffen ten aanzien van een en dezelfde overtreding. De incidentele grief I slaagt dus niet.

⁹ Voorzitter Rechtbank Amsterdam, 27 mei 2008, LJN BD3014.

¹⁰ Gerechtshof Amsterdam, 9 februari 2006, LJN AV1424

Het doel van de openbaarmaking is kennelijk een belangrijk criterium voor het al dan niet punitieve karakter van openbaarmaking. Tot een soortgelijk oordeel in een andere zaak kwam de rechtbank Rotterdam¹¹.

Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter artikel 8 van de Wob accepteert als grondslag voor het openbaar maken van boetebesluiten. Als het punitieve karakter van de publicatie het voornaamste bezwaar is in verband met het gebruik van artikel 8 van de Wob als basis voor openbaarmaking, dan moet uit de jurisprudentie worden afgeleid dat dat vooral het oogmerk van de openbaarmaking bepalend is voor het al dan niet punitieve karakter van de openbaarmaking.

3. Artikel 5 WED

3.1 Achtergrond

De VWA publiceert op haar website controlegegevens die betrekking hebben op controles op residuen van bestrijdingsmiddelen, op het gebruik van vloeibaar frituurvet, de toepassing van HACCP-beginselen, de veiligheid van te verhuuren doe-het-zelf apparatuur, de toepassing in formulebedrijven van productveiligheidsregels en -eisen, voedselveiligheidsregels en -eisen, en eisen ten aanzien van alcohol- en tabaksgebruik. Bij de controle op het gebruik van vloeibaar frituurvet controleert de VWA of een ondernemer die deelneemt aan de campagne 'Verantwoord Frituren' vloeibaar frituurvet gebruikt dat aan de norm voldoet. De campagne 'Verantwoord Frituren' is een initiatief van Koninklijke Horeca Nederland en het Voorlichtingsbureau Margarine, Vetten en Oliën. Horecaondernemers kunnen deelnemen aan de campagne als ze vloeibaar frituurvet gebruiken dat aan de normering voldoet. Bij deze controle worden in principe geen overtredingen van wettelijke normen geconstateerd. Voor de overige controles geldt dat overtredingen kunnen worden geconstateerd van wettelijke regels. Zowel constatering dat wel als constatering dat niet aan de eisen wordt voldaan, worden gepubliceerd.

3.2 Literatuur

Doorenbos wijst er op dat de door de VWA geconstateerde overtredingen in beginsel overtredingen zijn waarvan de strafbaarstelling geregeld is in de Wet op de economische delicten.¹² Als de openbaarmaking een sanctie betreft, dan is de openbaarmaking volgens hem in strijd met artikel 5 van de Wed. Artikel 5 van de Wed luidt:

Tenzij bij de wet anders is bepaald, kunnen ter zake van economische delicten geen andere voorzieningen met de strekking van straf of tuchtmaatregel worden getroffen dan de straffen en maatregelen, overeenkomstig deze wet op te leggen.

Doorenbos constateert dat de Wed hiermee geen ruimte biedt voor straffen anders dan in de Wed geregeld of bij wet anders bepaald.

Doorenbos is van mening dat de openbaarmaking van controlegegevens een voorziening inhoudt die een strekking heeft die materieel (in voldoende mate) gelijk is aan de bijkomende straf van openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak als voorzien in artikel 7 onder g van de Wed. De Wob is in de ogen van Doorenbos niet aan te merken als een wet waarbij anders is bepaald dan de Wed.

3.3 Jurisprudentie

Uit het eerder aangehaalde oordeel van het Gerechtshof Amsterdam blijkt dat een niet als punitief bedoelde openbaarmaking ook niet als straf moet worden aangemerkt. Dat betekent dat eerst

¹¹ Voorzitter Rechtbank Rotterdam, 3 september 2008, LJN BF1175

¹² Mr. D.R. Doorenbos, Naming en Shaming, Serie Onderneming en Recht, 2007, deel 38.

strijdigheid met de Wed kan ontstaan, indien de openbaarmaking punitief bedoeld is. Zoals hierna zal blijken, strookt dat oordeel met dat van de Raad van State.

De Raad van State was bekend met de opvatting van Doorenbos zoals hij die al in 2003 verwoordde¹³, en besteedde in zijn advies van 7 april 2005 over de Wet op het financieel toezicht aandacht aan het al dan niet punitieve karakter van een publicatie van een toezichthouder en de relatie met artikel 7, onderdeel g, van de Wed.¹⁴ Het gaat hier dus niet om jurisprudentie; het betreft de Raad van State in zijn rol van wetgevingsadviseur. De Raad merkte het volgende op:

f. In de toelichting op artikel 1:78 wordt onder meer ingegaan op de vraag of de waarschuwing in de vorm van de publicatie moet worden aangemerkt als een punitieve sanctie. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Het trok de aandacht van de Raad dat daarmee een standpunt wordt ingenomen dat diametraal staat tegenover het tot onlangs ingenomen standpunt.

De Raad adviseert deze verandering van opvatting in de toelichting een meer uitdrukkelijke motivering te geven dan thans het geval is. Daarbij ware tevens in te gaan op de aard en de kwalificatie van overeenkomstige publicaties door andere «grote» toezichthouders, zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

g. 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 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 zogenoemde 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.

De Raad van State beantwoordt de vraag of een publicatie een punitieve sanctie betreft op basis van het oogmerk van de publicatie. De Raad geeft aan dat een eventueel schandpaaleffect niet afdoet aan het feit dat een publicatie met als oogmerk informeren geen punitieve sanctie is. Ook als een bestuurlijke boete wordt opgelegd, hetgeen een punitieve sanctie is, is de publicatie van het opleggen van de boete slechts een punitieve sanctie voor zover leedtoevoeging het oogmerk van de publicatie is.

¹³ Mr. D.R. Doorenbos, Schandpaal en onschuldpresumptie, NJB, 2003, nr. 42, pag. 2193.

¹⁴ Kamerstukken 2005/06, 29708, nr. 20, pag. 28-29.

4. Artikel 6 EVRM

4.1 Achtergrond

In 2006 is aan de Kamer aangegeven dat een belangrijk aspect van de openbaarmaking zorgvuldigheid is. Bedrijven krijgen zes weken van tevoren het besluit tot openbaarmaking met de openbaar te maken gegevens toegestuurd. Tegen een besluit tot openbaarmaking kan iedere belanghebbende bezwaar maken. Verder kunnen de bedrijven hun reactie op de bevindingen kenbaar maken. Deze reactie wordt tezamen met de openbaarmaking van de bevindingen gepubliceerd. Verder wordt bij de gepubliceerde gegevens achtergrondinformatie gegeven. Deze informatie bevat per case de algemene betekenis van de gegevens, de context waarin die gegevens moeten worden beoordeeld en uitleg over de wijze waarop controles en toezicht plaatsvinden. Met betrekking tot het besluit om gegevens openbaar te maken, geldt de rechtsbescherming in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

4.2 Literatuur

In artikel 6 van het EVRM is het recht op een eerlijk proces vastgelegd. Het tweede lid van artikel 6 bepaalt dat eenieder tegen wie vervolging is ingesteld voor onschuldig wordt gehouden tot zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Dit is de zogenaamde onschuldpresumptie. Als de openbaarmaking een 'vervolging' is, dan geldt de onschuldpresumptie van artikel 6, tweede lid, EVRM. Ondermeer Michiels wijst hierop.¹⁵ Met verwijzing naar jurisprudentie verbindt Michiels hier de consequentie aan dat overheidsfunctionarissen geen uitlatingen mogen doen met de strekking dat iemand schuldig is totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Michiels voegt hieraan twee mogelijke nuanceringen toe, maar vraagt zich daarbij wel af of artikel 6, tweede lid, EVRM zo beperkt mag worden uitgelegd. De eerste nuancing is dat het bij naming & shaming niet steeds om een sanctie gaat en als het een sanctie betreft niet altijd om een bestraffende sanctie. En verder kan een orgaan bij een overtreding en bij een sanctiebesluit duidelijk maken dat het slechts de opvatting van het orgaan betreft. Michiels geeft aan zich voor te kunnen stellen dat in elk geval bij openbaarmakingen met een hybride karakter (waarschuwing én sanctie) de combinatie van het gelegenheid geven tot het geven van een zienswijze naar aanleiding van een concept publicatie (correctiemogelijkheid), een wettelijke wachttijd, een schorsende werking van het vragen om een voorlopige voorziening én het vermelden van het voorlopige karakter van het oordeel in verband met de mogelijkheden de publicatie in rechte aan te vechten, voldoende is om de toets aan artikel 6, tweede lid, EVRM te doorstaan.

Doorenbos is stellig met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op het publiceren van (vermeende) overtredingen en sanctiebesluiten. De consequentie is naar zijn mening dat overtredingen en sanctiebesluiten niet gepubliceerd kunnen worden dan nadat de rechter hierover zijn oordeel heeft kunnen geven.¹⁶ Dat artikel 6 EVRM van toepassing is op publicatie van overtredingen volgt wat hem betreft al uit het feit dat de overtredingen in veel gevallen kwalificeren als economische delicten. Alleen daarom al moet de publicatie gelden als een 'criminal charge' (vervolging). Andere criteria voor de toepasselijkheid van artikel 6, EVRM, strekking, aard en zwaarte van de maatregel wijzen wat Doorenbos betreft eveneens op de toepasselijkheid van artikel 6. Doorenbos geeft in dit verband verder nog aan dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ook sancties met een gemengd karakter onder de reikwijdte van het begrip 'criminal charge' betreft en dat het EHRM het door een nationale wetgever gepropageerde doel van een maatregel niet van doorslaggevende betekenis acht.

4.3 Jurisprudentie

¹⁵ F.C.M.A Michiels, Aansprakelijkheid bij naming & shaming, Overheid en aansprakelijkheid, 2008, nr. 4, pag. 195 e.v.

¹⁶ Mr. D.R. Doorenbos, Naming en Shaming, Serie Onderneming en Recht, 2007, deel 38, pag. 86-94.

Voor de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM is van belang of sprake is van vervolging (of 'criminal charge'). Een belangrijke aanwijzing voor vervolging is dat er sprake is van een punitieve sanctie. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) bespreekt in de zaak Öztürk criteria die aan de orde zijn bij het bepalen of sprake is van een punitieve sanctie. Ondermeer is van belang of naar nationaal recht de gedraging tot het strafrecht behoort, de aard van de overtreding en de aard en zwaarte van de wijze waarop de overheid op het handelen van betrokkene reageert. Van belang is dat om punitief te zijn, een maatregel het oogmerk van afschrikken en straffen moet hebben.¹⁷

In de eerder aangehaalde uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam van 27 mei 2008 toetst de rechter de publicatie van een boetebesluit door de OPTA aan de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM. De rechter overweegt dat bij de publicatie van het boetebesluit voldoende duidelijk is dat de schuld van de beboete rechtspersonen pas is vastgesteld als dat besluit formele rechtskracht heeft en/of de rechter over het besluit onherroepelijk heeft beslist. De rechter vindt de mededeling bij de publicatie dat bezwaar en beroep kan worden ingesteld daarvoor voldoende duidelijk. De rechter oordeelde daarmee dat in ieder geval op dat onderdeel bij de openbaarmaking van het boetebesluit geen strijdigheid met artikel 6 EVRM bestaat. Daardoor mag ervan worden uitgegaan dat openbaarmaking op grond van artikel 8 van de Wob is toegestaan.

Ten slotte is de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 5 juni 2008¹⁸ van belang. Het CBB woog de belangen die de OPTA wilde dienen met publicatie van nieuwe besluiten op bezwaar af tegen het belang van de verzoeker die gevrijwaard wilde blijven van ongeanonimiseerde publicatie van die nieuwe besluiten. Het betrof de openbaarmaking van boetebesluiten in verband met overtreding van artikel 11.7, eerste en derde lid van de Telecommunicatiewet (spamverbod). Het CBB besliste in dit geval dat de nieuwe besluiten op bezwaar totdat op de ingestelde beroepen zou zijn beslist alleen geanonimiseerd op de website van de OPTA gepubliceerd mochten worden. Het CBB overwoog als volgt.

2.9 (...) Niet valt in te zien, en OPTA heeft dat ook niet concreet onderbouwd, waarom de rechtszekerheid is gediend met het bekendmaken van de identiteit van de overtreder en dat niet kan worden volstaan met geanonimiseerde publicatie. Op laatstbedoelde wijze kan aan allen die kennisnemen van de publicatie duidelijk worden gemaakt hoe OPTA in een geval als het onderhavige handelt ten aanzien van overtreders van het spamverbod. (...)

2.12 Gelet op het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat de belangen die OPTA wil dienen met publicatie van de beide nieuwe besluiten op bezwaar niet opwegen tegen het belang van verzoekster om voorlopig gevrijwaard te blijven van ongeanonimiseerde publicatie hiervan. (...)

Uit de uitspraak blijken in ieder geval twee dingen.

In de eerste plaats toetst de rechter kennelijk aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat blijkt doordat de rechter niet inziet waarom de vermelding van de identiteit van de overtreder noodzakelijk is. Ook zonder de vermelding van die identiteit kan het publiek kenbaar worden gemaakt hoe de OPTA handelt ten aanzien van overtreders van het spamverbod. In de tweede plaats blijkt dat de rechter bij de vraag of de boetebesluiten geanonimiseerd openbaar moeten worden gemaakt het belang van degene wiens identiteit bekend wordt gemaakt, afweegt tegen andere belangen.

Dat de rechter na afweging van belangen en toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit tot het oordeel komt dat identiteit van de overtreder niet bekend mag worden gemaakt totdat de beslissingen op bezwaar op de boetebesluiten zijn genomen, rechtvaardigt de

¹⁷ EHRM, 21 februari 1984, NJ 1988, 937

¹⁸ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 5 juni 2008, LJN: BD5277

conclusie dat de rechter de openbaarmaking van de boetebesluiten in niet geanonimiseerde vorm niet ziet als een punitieve sanctie waarop artikel 6 EVRM van toepassing is. De vraag of een punitieve sanctie moet worden opgelegd, kan immers niet afhankelijk zijn van de vraag of de betrokkene er belang bij heeft dat die sanctie niet wordt toegepast. Het feit dat overtreding van artikel 11.7, derde lid, van de Telecommunicatiewet, is aangewezen als economisch delict (art. 1, onder 2^o, van de Wet op de economische delicten) en daarmee tot het strafrecht behoort heeft er eveneens niet toe geleid dat de rechter artikel 6 EVRM van toepassing achtte op de openbaarmaking van de beslissing op bezwaar die met de overtreding verband hield.

5. Conclusies

De actieve openbaarmaking van controlegegevens door de VWA heeft geleidelijk vorm gekregen. Het juridisch kader heeft in deze ontwikkeling bijzondere aandacht gekregen. In 2006 is besloten om de controlegegevens voorlopig openbaar te maken binnen het juridische kader voor actieve openbaarmaking van de Wet openbaarheid van bestuur. Hierbij werd aangegeven dat een belangrijke overweging was dat de openbaarmaking geen punitief, maar louter een informerend karakter zou dragen.

In de literatuur worden bezwaren geuit tegen het baseren van de openbaarmaking op artikel 8 van de Wob. Hierbij wordt betoogd dat door het met name noemen van bedrijven waarvan bij een controle is geconstateerd dat niet aan een wettelijke eis wordt voldaan, deze bedrijven in een kwaad daglicht worden gesteld. Het openbaar maken van controleresultaten heeft daarmee een sanctie karakter. Om een dergelijke sanctie op te kunnen leggen is een expliciete wettelijke grondslag nodig, de algemene grondslag voor actieve openbaarmaking in de Wob volstaat daarvoor niet.

Uit de jurisprudentie tot dit moment is af te leiden dat artikel 8 kan dienen als grondslag voor het openbaar maken van onderzoeksgegevens.¹⁹ Verder kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat artikel 8 van de Wob ook als grondslag kan dienen voor niet-geanonimiseerde openbaarmaking van boetebesluiten.²⁰ De rechter overweegt daarbij ondermeer dat publicatie van boetebesluiten door toezichthouders algemeen aanvaard is en bijdraagt aan de informatie aan het publiek en tevens tegemoet komt aan de behoefte van het publiek aan informatie over overheidsoptreden. De VWA publiceert geen boetebesluiten, maar uitkomsten van onderzoeken. Echter waar niet geanonimiseerde boetebesluiten door een toezichthouder gepubliceerd mogen worden, is aannemelijk dat hetzelfde geldt voor publicatie van uitkomsten van onderzoeken. De in de literatuur geuite bezwaren tegen het gebruik van artikel 8 van de Wob als grondslag voor openbaarmaking van inspectiegegevens steunen vooral op het uitgangspunt dat deze openbaarmaking een punitieve sanctie is. De jurisprudentie wijst hier echter in een andere richting. Uit een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam en uit een advies van de Raad van State kan worden opgemaakt dat bij het vaststellen of bij publicatie sprake is van een punitieve sanctie vooral van belang is wat het doel is van de openbaarmaking.^{21 22} Zoals hiervoor ook is aangegeven, is de openbaarmaking door de VWA louter informerend bedoeld en niet punitief. Er is dan ook geen sprake van een punitieve sanctie.

Hoewel in de literatuur twijfels worden geuit over de legitimiteit van artikel 8 van de Wob als grondslag voor het openbaar maken van niet geanonimiseerde inspectiegegevens, kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat openbaarmaking van inspectiegegevens zoals dat door de VWA geschiedt kan worden gebaseerd op artikel 8 van de Wob.

In de literatuur wordt verder wel betoogd dat de openbaarmaking van inspectiegegevens strijd oplevert met artikel 5 van de Wed. Van strijd met artikel 5 Wed zou sprake zijn omdat daarin is bepaald dat ter zake van economische delicten geen voorzieningen met de strekking van straf

¹⁹ ABRvS 31 mei 2006, LJN AX6362

²⁰ Voorzitter Rechtbank Amsterdam, 27 mei 2008, LJN BD3014

²¹ Gerechtshof Amsterdam, 9 februari 2006, LJN AV1424

²² Kamerstukken 2005/06, 29708, nr. 20, pag. 28-29.

kunnen worden getroffen anders dan de straffen overeenkomstig de Wed, tenzij bij de wet anders is bepaald. De Wob is niet een zodanige wet, waarbij anders is bepaald dan de Wed. In deze redenering wordt als uitgangspunt genomen dat niet geanonimiseerde openbaarmaking van inspectiegegevens een punitieve sanctie is. De eerder aangehaalde jurisprudentie en de beschreven opvatting van de Raad van State bevestigen deze zienswijze niet en geven aanleiding om er vanuit te gaan dat de publicatie van inspectiegegevens zoals de VWA die verricht en zoals die beschreven is in de brief aan de Tweede Kamer van 23 februari 2006, geen punitieve sanctie betreft. Van strijd met artikel 5 Wed is in dat geval geen sprake.

Artikel 6 EVRM bevat in het tweede lid de zogenaamde onschuldpresumptie; eenieder tegen wie vervolging is ingesteld wordt voor onschuldig gehouden tot zijn schuld in rechte is komen vast te staan. In de literatuur wordt als meest vergaande consequentie aangegeven dat het publiceren van geconstateerde wetsovertredingen in dit verband prematuur en dus onrechtmatig zou zijn als de rechter hierover nog niet zijn oordeel heeft kunnen geven. Een minder vergaand standpunt dat in de literatuur opkomt, is dat aan de onschuldpresumptie inhoud kan worden gegeven door een zorgvuldige procedure te volgen, waarbij voorgaand gelegenheid wordt geboden voor correctie, waar een wettelijke wachttijd wordt gehanteerd, waar een voorlopige voorziening een schorsende werking ten aanzien van publicatie heeft en waarbij bij publicatie het voorlopige karakter van het oordeel wordt vermeld. In de jurisprudentie is met name voor dit laatste steun te vinden. Betrokken op de openbaarmaking van inspectiegegevens door de VWA geldt dat die openbaarmaking niet als oogmerk afschrikken en straffen heeft. De openbaarmaking kwalificeert daarmee niet direct als een vervolging in de zin van artikel 6 EVRM. Toetsing aan de voorwaarden voor een eerlijk proces die kunnen worden afgeleid uit artikel 6 is daarmee niet noodzakelijk. Niettemin is de openbaarmaking door de VWA met de nodige waarborgen omgeven. De betrokkenen worden zes weken voor de publicatie geïnformeerd, de rechtsbescherming van de Algemene wet bestuursrecht is van toepassing en de betrokkenen kunnen bij de publicatie van de gegevens een eigen reactie toevoegen. Ten slotte vermeldt de VWA bij de publicatie van de inspectiegegevens wat de status en betekenis van die gegevens is.

Samenvattend is de conclusie dat de procedure en het juridisch kader voor de openbaarmaking door de VWA geleidelijk en zorgvuldig is vastgesteld. De openbaarmaking is informerend en niet punitief bedoeld. Het juridisch kader is daarop afgestemd. De bezwaren die in de literatuur worden geopperd, berusten vooral daarop dat het publiceren van de naam van een bedrijf waar negatieve uitkomsten van een inspectie is geconstateerd, beschouwd wordt als een punitieve sanctie. In de jurisprudentie wordt geen steun voor het aannemen van deze van de bedoeling afwijkende kwalificatie gevonden.