

University of Groningen

## De roep om transparantie over toezicht brengt ook het recht in beweging de Vries, Femke

*Published in:*  
Jurisprudentie Bestuursrecht Plus

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

*Publication date:*  
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
de Vries, F. (2017). De roep om transparantie over toezicht brengt ook het recht in beweging. *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus*, 2017(3), [1].

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# JBPLUS 2017(3) De roep om transparantie over toezicht brengt ook het recht in beweging

20-11-2017

Auteur(s): de Vries, Prof. mr. dr. F.

Sinds de jaren '90 van de vorige eeuw is vanuit de maatschappij en de politiek sprake van een toenemende roep om transparantie van overheden en toezichthouders. Er wordt steeds meer openheid verwacht van toezichthouders over zowel de resultaten van het toezicht als over het functioneren van de toezichthouders zelf. De wetgever toont zich gevoelig voor de roep om verdere transparantie. Dat resulteert in diverse voorstellen voor wijzigingen van wet- en regelgeving die meer transparantie in het toezicht mogelijk maken. Zelfs op een terrein waar traditioneel sprake is van een zeer strikte geheimhoudingsplicht: het financieel toezicht.

Deze wetswijzigingen leiden ertoe dat het wettelijk kader voor transparantie in het toezicht volop in beweging is. Uit jurisprudentie blijkt dat de vraag of bekendmaking van toezichtresultaten gerechtvaardigd is, nu nog veelal afhankelijk is van de kenmerken van het individuele geval. De toezichthouder moet daarbij op basis van de huidige wetgeving vaak een individuele afweging maken. In deze bijdrage wordt een aantal belangrijke juridische ontwikkelingen besproken die invloed zullen hebben op de openbaarmaking van toezichtgegevens. Daarbij zal duidelijk worden dat sprake is van een trend richting meer wettelijke mogelijkheden voor transparantie, maar dat het wettelijk kader tussen de verschillende toezichthouders niet eenduidig is. Dat roept de vraag op of de wetgever zou moeten streven naar een meer uniform kader voor openbaarmaking van toezichtresultaten.

## 1. Achtergronden van de roep om transparantie

Toezicht houden achter de schermen is uit de tijd.<sup>2</sup> De roep om transparantie over toezichtresultaten is de afgelopen jaren steeds verder toegenomen. Transparantie zou de naleving van wet- en regelgeving door onder toezicht staande partijen bevorderen en bovendien de burger in staat stellen om zijn keuzes te baseren op toezichtinformatie. Een groot aantal toezichthouders sprak inmiddels de ambitie uit om meer toezichtinformatie openbaar te maken. Zo nam de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit (NVWA) zich voor in 2020 alle informatie over het toezicht en de uitvoering daarvan openbaar te maken. Transparantie is een 'hoera-woord', je kunt er bijna niet tegen zijn, zo merkte de Tilburgse hoogleraar Paul Frissen kritisch op in zijn boek *Het geheim van de laatste staat*. Transparantie zou tegenkracht moeten opleveren, maar leidt volgens Frissen vooral tot veel bureaucratie en controledwang: "De transparante samenleving is een volmaakte controlesamenleving."<sup>3</sup> Tegenstanders van transparantie wijzen erop dat transparantie mogelijk leidt tot meer onzekerheid en dat door grote openheid het gevaar bestaat dat de overheid voortdurend kleine vergissingen worden aangerekend. Ook door onder toezicht staande ondernemingen wordt de toegenomen roep om transparantie nauwellettend gevolgd. In de reacties op het wetsvoorstel *Transparant toezicht financiële markten* bijvoorbeeld, worden kritische opmerkingen geplaatst bij de toegenomen wettelijke mogelijkheden om toezichtresultaten te delen met het publiek en over het ontbreken van de benodigde rechtsbescherming die met die bevoegdheden gepaard zou moeten gaan.<sup>4</sup>

Ondanks deze tegengeluiden houdt de roep om transparantie over toezichtresultaten en toezichthouders aan. Daarbij valt op dat er grote verschillen zijn tussen de wettelijke kaders waarop de bekendmaking van toezichtresultaten op verschillende terreinen gebaseerd is. Daarnaast blijkt ook in de rechtspraak nog sprake te zijn van verschillende inzichten over de omstandigheden waaronder openbaarmaking van toezichtresultaten is toegestaan. Dat maakt dat niet altijd helder is wat nu precies de normen zijn voor openbaarmaking. Dit lijkt een onwenselijke situatie. Het is voor een onder toezicht staande onderneming van belang om te weten welke toezichtinformatie bekend kan worden gemaakt en wanneer. Daarbij zal ook voldoende duidelijk moeten zijn welke rechtswaarborgen gelden. Onduidelijkheid over die vragen en verschillen in de rechtsbescherming tussen sectoren kunnen leiden tot aantasting van het gevoel van 'procedurele rechtvaardigheid', het gevoel dat de toezichthouder zich houdt aan een zorgvuldig proces. Juist dat gevoel van procedurele rechtvaardigheid speelt een belangrijke rol bij de bereidheid tot naleving van normen door onder toezicht gestelden.<sup>5</sup> Daarnaast kunnen verschillen in wetgeving tussen sectoren ertoe leiden dat verkeerde verwachtingen ontstaan bij het publiek. Toezichtresultaten zullen immers door de ene toezichthouder wel en door de andere juist niet openbaar gemaakt kunnen worden.

In dit artikel wordt een aantal recente ontwikkelingen op het gebied van transparantie over toezichtinformatie besproken. Daarbij wordt zowel ingegaan op een tweetal recente uitspraken op het gebied van de openbaarmaking van toezichtinformatie als op de huidige stand van zaken en aanstaande wijzigingen in de wetgeving. Er zijn meerdere interessante uitspraken op het gebied van openbaarmaking. Het voert te ver deze in het kader van dit artikel allemaal te bespreken. De twee te bespreken uitspraken illustreren echter goed dat de vraag of het openbaarmaking van toezichtresultaten is toegestaan in belangrijke mate afhangt van de kenmerken van het individuele geval. De bespreking daarvan geeft een illustratie van de diversiteit aan overwegingen die in rechterlijke uitspraken over dit onderwerp naar voren komt.

Uit ontwikkelingen in wet- en regelgeving blijkt dat de wetgever in antwoord op de aanhoudende roep om transparantie op een tweetal belangrijke toezichtterreinen het wetgevend kader wijzigt. In de conclusie van dit artikel (par. 4) wordt kort besproken of de verschillen die de huidige stand van de wetgeving en jurisprudentie kenmerken, door de nieuwe ontwikkelingen worden verkleind. Over de vraag of het bekendmaken van toezichtinformatie kwalificeert als punitieve sanctie, vindt in de literatuur al lange tijd een debat plaats. Een aantal auteurs stelt, kort gezegd, dat met bekendmaking van toezichtinformatie leed wordt toegevoegd en dat daarom de (rechts-)waarborgen die gelden voor het opleggen van punitieve sancties van toepassing zouden moeten zijn. De wetgever stelt nadrukkelijk dat met de publicatie van toezichtinformatie niet wordt beoogd leed toe te voegen. Dit debat zal hier buiten beschouwing worden gelaten gezien de vele beschouwingen die op dit vlak al zijn verschenen.<sup>6</sup>

In de volgende paragraaf zal eerst worden ingegaan op een tweetal recente rechterlijke uitspraken op grond van de Wet openbaarheid bestuur (Wob) die de huidige discussie over de openbaarmaking van toezichtgegevens illustreren. In paragraaf 3.1 wordt ingegaan op het

huidige wettelijk kader voor openbaarmaking en in paragraaf 3.2 op een aantal wijzigingen in de Gezondheidswet en voorgenomen wijzigingen in het financieel toezichtrecht.

## 2. Twee recente uitspraken inzake openbaarmaking van toezichtinformatie bezien

### 2.1 De openbaarmaking van inspectieresultaten in de horeca door de NVWA

In september 2016 deed de voorzieningenrechter in Amsterdam uitspraak in een zaak die was aangespannen door een aantal restauranthouders tegen de NVWA.<sup>7</sup> Aanleiding was het besluit dat de NVWA had genomen om inspectierapporten van horecagelegenheden die onder verscherpt toezicht staan openbaar te maken. De betrokken ondernemers maakten bezwaar tegen het feit dat het daarbij ging om niet-anonieme openbaarmaking. Dat wil zeggen dat in de inspectierapporten de namen en adressen van de betrokken horecaondernemingen evenals het inspectieresultaat werden genoemd. De grondslag voor de openbaarmaking door de NVWA was artikel 3 van de Wob. Dit artikel ziet op openbaarmaking op verzoek. In dat geval was het verzoek afkomstig van RTL Nederland (RTL). Op grond van de Wob wordt van openbaarmaking afgezien indien sprake is van een of meer absolute weigeringsgronden die zijn opgesomd in artikel 10 eerste lid van de Wob. Absolute weigeringsgronden zijn bijvoorbeeld de situatie waarin sprake is van persoonsgegevens of bedrijfs- of fabricagegegevens. Indien sprake is van een van de relatieve uitzonderingsgronden uit artikel 10 tweede lid van de Wob, dan zal het bestuursorgaan het belang van openbaarmaking moeten afwegen tegen de andere betrokken belangen. Relatieve uitzonderingsgronden zijn bijvoorbeeld het belang van opsporing en vervolging of de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Bij de afweging van de relatieve uitzonderingsgronden tegen het belang van openbaarmaking moet overigens het uitgangspunt van de Wob: openbaarheid is de regel, zwaar wegen. De voorzieningenrechter toetst vervolgens of het bestuursorgaan in redelijkheid tot zijn afweging heeft kunnen komen.

Na het Wob-verzoek in eerste instantie te hebben afgewezen besloot de NVWA in de bezwaarfase alsnog het verzoek van RTL in te willigen. Tijdens de voorlopigevoorzieningenprocedure werd door de betrokken ondernemingen een beroep gedaan op zowel een absolute als twee relatieve weigeringsgronden. De absolute weigeringsgrond waarop een beroep werd gedaan was die van artikel 10 eerste lid onderdeel d, dat bepaalt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft als sprake is van persoonsgegevens.<sup>8</sup> De voorzieningenrechter schuift dit terzijde door te stellen dat ondernemingen geen natuurlijke personen zijn en dus niet onder de reikwijdte van de uitzonderingsgrond vallen. Interessanter is de behandeling van het verweer op basis van de relatieve uitzonderingsgronden. De betrokken ondernemingen beroepen zich op twee relatieve uitzonderingsgronden: het feit dat het belang van openbaarmaking niet zou opwegen tegen dat van inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen (art. 10, tweede lid onderdeel d) en het feit dat openbaarmaking zou leiden tot onevenredige benadeling van bij de aangelegenheid betrokken ondernemingen (art. 10, tweede lid onderdeel g). Het inroepen van de relatieve uitzonderingsgrond die ziet op het belang van de effectiviteit van het toezicht door de ondernemingen, in plaats van door de toezichthouder, is opvallend. De ondernemingen stellen dat niet-anonieme openbaarmaking in ernstige mate afbreuk doet aan de effectiviteit van inspectie, controle en toezicht door de NVWA.

“Deze gegevens zijn (...) niet actueel en voeden slechts sensatiejournalistiek, zonder de consument adequaat te informeren.”<sup>9</sup>

De voorzieningenrechter oordeelt vervolgens dat het primair aan de toezichthouder is om dit belang in te roepen nu hij ervoor zal willen zorgen dat de uitoefening van zijn taak niet wordt bemoeilijkt door openbaarmaking. Dat openbaarmaking de effectiviteit van het toezicht zou belemmeren is door de NVWA niet aangevoerd en door de betrokken ondernemingen niet aannemelijk gemaakt, zo overweegt de voorzieningenrechter.

Ten aanzien van het argument dat openbaarmaking zou leiden tot onevenredige benadeling voeren de betrokken ondernemingen aan, dat de informatie uit de inspectierapporten gedateerd is, dat het gaat om kleine kwetsbare ondernemingen, dat inmiddels orde op zaken is gesteld en dat in sommige gevallen de horecaonderneming zelfs een nieuwe eigenaar heeft. Openbaarmaking zou zorgen voor ernstige reputatieschade, verlies van klanten en forse omzetsdaling.

De NVWA stelt dat uit de inspectierapporten voldoende duidelijk blijkt dat sprake is van een specifiek tijdvak. Zij zegt te hebben stilgestaan bij de mogelijkheid dat een horeca-aangelegenheid een nieuwe eigenaar heeft gekregen en dat de hygiënevoorschriften nu wel goed worden nageleefd. Bovendien overweegt de NVWA dat het gaat om een specifieke groep van notoire overtreders. Zij concludeert dat het op basis van deze contextinformatie mogelijk is om de inhoud van de rapporten op waarde te schatten en deze informatie zorgvuldig te gebruiken. Daarmee zijn naar het oordeel van de NVWA de belangen van de ondernemingen voldoende gewaarborgd. Zij erkent overigens dat consumenten op basis van de inspectierapporten zouden kunnen besluiten niet bij de betrokken onderneming te gaan eten, maar stelt dat de benadeling die ondernemingen hiervan ondervinden niet zodanig onevenredig is dat dit aan openbaarmaking in de weg staat. De voorzieningenrechter volgt de NVWA in deze redenering.

Daarbij speelt een belangrijke rol dat de inspectierapporten feitelijk juist zijn en voldoende zogenaamde contextinformatie bevatten. In een eerdere situatie waarbij in 2015 een zaak over bekendmaking van inspectierapporten van de NVWA aan de Rechtbank Amsterdam werd voorgelegd, oordeelde de rechtbank juist dat openbaarmaking wél tot onevenredige benadeling van de betrokken ondernemingen leidde.<sup>10</sup> Daarbij speelde een belangrijke rol dat de inspectierapporten geen contextinformatie, dat wil zeggen informatie over de ernst en de omvang van de overtreding, bevatten en het in een aantal gevallen ging om verouderde inspectieresultaten. De NVWA voerde in deze zaak uit 2015 nog aan dat openbaarmaking de betrokken ondernemers onevenredig zou schaden en dat voorkomen moest worden dat onjuiste conclusies zouden worden getrokken en risico's worden gezien waar die niet aanwezig zijn.

“De betrokken ondernemers hebben veelal maatregelen genomen naar aanleiding van de controleresultaten en de (eventuele nieuwe) eigenaren kunnen zich niet verweren tegen de inhoud van de beoordelingen.”

De voorzieningenrechter besteedt in de uitspraak uit 2016 expliciet aandacht aan het mogelijke nadelige effect van openbaarmaking door te stellen:

*“Dat potentiële klanten ondanks vermelding dat het gedateerde informatie is toch nog kunnen worden afgeschrikt en alleen het plaatje dat er wat mis is zal blijven hangen bij het grote publiek (...) hoefde voor verweerder geen reden te vormen om van openbaarmaking af te zien.”*

Daarbij gaat hij, in tegenstelling tot de uitspraak uit 2015, ook in op de wijze waarop RTL in een eerdere situatie is omgegaan met de inspectierapporten. Daarbij worden onder andere reacties van de betrokken ondernemingen op de website van RTL weergegeven en het wordt vermeld wanneer er een nieuwe eigenaar is. Hij concludeert vervolgens dat:

*“Hun gestelde vrees voor onzorgvuldige berichtgeving en het ontbreken van contextinformatie (...) niet bevestigd [is].”*

Uit de uitspraken kan echter niet goed worden afgeleid welke contextinformatie precies in de inspectierapporten ontbrak in 2015, maar nu wel aanwezig is. Mogelijk gaat het hierbij om de vermelding van een specifiek tijdvak waarin de inspectie heeft plaatsgevonden, waaruit blijkt dat de informatie niet actueel hoeft te zijn. Opvallend is wel dat de rechter in de zaak uit 2015 de wijze van openbaarmaking niet meeweegt, terwijl dit in de zaak uit 2016 een argument lijkt te zijn geweest om te oordelen dat de nadelige gevolgen konden worden beperkt door onder andere het publiceren van een reactie van de ondernemer op de website van RTL. De NVWA voert in de zaak uit 2016 ook nog aan dat het informatie betreft over een specifieke groep 'notoire overtreders'. Het blijft overigens onduidelijk waarom volgens de NVWA het zijn van een 'notoire overtreder' een zelfstandig argument zou zijn voor de rechtvaardiging van de openbaarmaking. De openbaarmaking heeft volgens de NVWA niet tot doel om (notoire) overtreders te straffen en het publiceren lijkt dus niet de volgende stap op de handhavingspiramide die het gevolg is van herhaald overtreden van de regels. Wellicht is de overweging van de AFM dat het waarschuwen van het publiek voor notoire overtreders meer noodzakelijk is dan het waarschuwen voor incidentele overtreders. Het wordt uit de uitspraak in elk geval niet duidelijk of de NVWA heeft bedoeld dat wie meermalen de wet overtreedt niet raar moet opkijken wanneer zijn belangen minder zwaar worden gewogen dan het belang van openbaarmaking.

## 2.2 Publicatie inspectiegegevens door de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid

De vraag welke informatie wordt gepubliceerd speelde eveneens een belangrijke rol in een recente uitspraak inzake publicatie van inspectiegegevens van de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ISZW).<sup>11</sup> In deze casus legde de ISZW werkzaamheden stil bij een bedrijf waar illegaal asbest werd verwerkt. Daarnaast werd een boete opgelegd en werden een aantal gegevens over de onderneming bekendgemaakt, waaronder de naam en vestigingsplaats van de onderneming, de datum van de overtreding en de locatie waarop asbest aanwezig was.

De ISZW stelt in haar beleid inzake de openbaarmaking van inspectiegegevens dat openbaarmaking tot doel heeft om transparant te zijn over de inzet, de werkwijze en de resultaten van de inspectie en daarnaast het informeren van het publiek. Dit stelt het publiek volgens de ISZW in staat om rekening te houden met het feit dat ondernemingen een overtreding hebben begaan. Bekendmaking van inspectiegegevens heeft volgens de ISZW geen punitief doel. De ISZW baseerde de openbaarmaking van inspectiegegevens in deze casus in de eerste plaats op artikel 8 van de Wob.<sup>12</sup> Op grond van een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uit 2010 geldt dat artikel 8 van de Wob als basis kan dienen voor het volledig openbaar maken van sanctiebesluiten met inbegrip van namen. Daarbij overwoog de ABRS dat het doel van de openbaarmaking is het bekendheid geven aan de wijze waarop door het betreffende bestuursorgaan toezicht wordt gehouden op de naleving van de regelgeving.<sup>13</sup> De voorzieningenrechter stelt in deze casus echter dat nu de ISZW niet het volledige boeterapport en boetebesluit publiceert, de openbaarmaking voorbij lijkt te schieten aan het doel van de Wob, te weten inzage bieden in overheidshandelen voor het publiek.<sup>14</sup>

*“(...) inspectiegegevens die worden openbaar gemaakt op de website van de Inspectie SZW [bieden] gelet op het summiere karakter ervan, geen of althans zeer beperkt inzicht in de wijze waarop (...) toezicht wordt gehouden op de naleving van de asbestregelgeving.”*

Het is daarom volgens de voorzieningenrechter de vraag of artikel 8 van de Wob wel een deugdelijke, wettelijke grondslag biedt voor actieve openbaarmaking van alleen de genoemde inspectiegegevens. Bovendien wijst hij erop dat de ISZW in haar beleidsregel wel degelijk aangeeft dat zij verwacht dat door openbaarmaking overtreders hun leven beteren. Dat roept volgens de rechter de vraag op of 'naming and shaming' niet mede het doel is van de openbaarmaking en of die openbaarmaking daarom moet worden aangemerkt als een punitieve sanctie die alleen kan worden opgelegd als daarvoor een wettelijke grondslag is. In de bodemprocedure zal daarom volgens de voorzieningenrechter onder meer de vraag moeten worden beantwoord of de openbaarmaking een punitieve sanctie is, of hiervoor een deugdelijke wettelijke grondslag bestaat en of artikel 8 van de Wob die grondslag biedt.

Uit deze en de in de vorige paragraaf besproken uitspraak blijkt dat de vraag of openbaarmaking van toezichtgegevens op grond van de Wob is toegestaan sterk afhankelijk is van de kenmerken van het individuele geval. Dit draagt niet bij aan de voorspelbaarheid voor zowel de onder toezicht gestelde als de toezichthouder. Dat effect wordt nog versterkt doordat het wettelijk kader voor openbaarmaking van toezichtgegevens veel breder is dan alleen de Wob. Verschillende toezichthouders hebben of krijgen te maken met een specifiek kader voor openbaarmaking. Dat de rechter wel hecht aan die voorspelbaarheid waar het gaat om het optreden van de toezichthouder bleek overigens uit een recente uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb).<sup>15</sup> Daarin oordeelde het Cbb dat de AFM haar interne boetebeleid openbaar moet maken. Eerder verzoeken daartoe, ook in andere zaken, waren door de AFM afgewezen. In het interne beleid wordt gedetailleerd uiteengezet hoe de AFM de hoogte van de op te leggen boete bepaalt en hoe zij daarbij rekening houdt met bijvoorbeeld de draagkracht van de belanghebbende.

In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de diversiteit in het wettelijk kader en een aantal recente ontwikkelingen die deze diversiteit verder beïnvloeden.

## 3. Huidig wettelijk kader voor openbaarmaking inspectiegegevens is een lappendeken

Het openbaar maken van informatie over toezicht staat al lang hoog op de agenda van toezichthouders. Transparantie is sinds 2001 een van

de elementen van goed toezicht uit de Kaderstellende visie op toezicht van het kabinet. Toch is het huidige wettelijk kader voor openbaarmaking van inspectiegegevens bepaald niet uniform. De wettelijke bevoegdheden voor openbaarmaking door toezichthouders, de afwegingsgronden die daarbij gelden en de keuzevrijheid voor de toezichthouder lopen sterk uiteen.<sup>16</sup>

Een aantal toezichthouders baseert de actieve openbaarmaking van inspectieresultaten op artikel 8 van de Wet openbaarheid bestuur. Op grond hiervan publiceerde de NVWA bijvoorbeeld de uitkomsten van inspecties van slachthuizen, visafslagen en horecagelegenheden.<sup>17</sup> De Wet marktordening gezondheidszorg biedt een juridische basis voor de Nederlandse Zorgautoriteit om, indien niet binnen de termijn aan een eerder gegeven aanwijzing is voldaan, bekend te maken dat een instelling de wetgeving overtreedt of dat een last onder dwangsom of een boete is opgelegd. Terwijl een aantal toezichthouders op grond van de Wob of specifieke wetgeving, ook in gevallen waarin geen sanctie is opgelegd, inspectierapporten integraal openbaar kan maken, geldt voor de financieel toezichthouders – De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) – op grond van artikel 1:89 Wft juist een strikte wettelijke geheimhoudingsplicht. Die geheimhoudingsplicht bepaalt dat informatie over (het toezicht op) individuele ondernemingen niet bekend mag worden gemaakt.<sup>18, 19</sup> De financieel toezichthouders zijn daarentegen wel verplicht om alle sanctiebesluiten die zij nemen te publiceren. Deze verplichting vloeit ook voort uit Europese regelgeving.<sup>20</sup> Daarop geldt slechts een uitzondering in het geval van bepaalde limitatief geformuleerde uitzonderingsgronden, zoals de situatie dat publicatie de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou kunnen brengen. De timing van de verplichte publicatie verschilt afhankelijk van de aard van de opgelegde sancties. Waar bijvoorbeeld boetes opgelegd voor zware overtredingen vrijwel onmiddellijk moeten worden gepubliceerd, geldt voor lichte boetes dat de bezwaar- en beroepsprocedure moet worden afgewacht. Er zijn dus ook toezichthouders die onder omstandigheden verplicht zijn om inspectie- of toezichtresultaten openbaar te maken. Zo ook de Inspectie van het Onderwijs bijvoorbeeld die op grond van artikel 21 van de Wet op het onderwijstoezicht verplicht is om een inspectierapport na vaststelling daarvan openbaar te maken.<sup>21</sup> Dit korte en geenszins volledige overzicht maakt duidelijk dat een uniforme regeling voor openbaarmaking van toezichtgegevens ontbreekt. De Raad van State wijst hier ook op in het advies bij de behandeling van de nieuwe Gezondheidswet en roept de regering op een algemene regeling voor openbaarmaking te treffen in de Awb.

*“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 in overweging om - in het bijzonder ten aanzien van de actieve openbaarmaking van sanctiebesluiten - een algemene regeling te treffen.”<sup>22</sup>*

De regering liet vervolgens weten dat de oorzaak voor de door de Raad van State geconstateerde verschillen ligt in de specifieke kenmerken van de verschillende onder toezicht staande sectoren. Zij stelt een algemene regeling eveneens wenselijk te vinden en de mogelijkheden daartoe te zullen verkennen maar zet het wetsvoorstel door “om vooruitlopend op een eventuele algemene regeling alvast zo spoedig mogelijk de beoogde transparantie te kunnen bieden en naleving van de regelgeving te bevorderen.”<sup>23</sup>

Inmiddels is mede onder invloed van de in de inleiding beschreven roep om transparantie de wetgeving ten aanzien van transparantie op verschillende terreinen sterk in beweging. In de volgende paragraaf zullen de gevolgen daarvan op hoofdlijnen uiteen worden gezet.

### 3.1. Ontwikkelingen in het wettelijke kader voor transparantie

De wijziging van de Gezondheidswet leidt tot enige uniformering maar laat ook ruimte voor verschillen. Met de recente wijziging van de Gezondheidswet wordt een algemene wettelijke grondslag gecreëerd voor openbaarmaking van gegevens door de Nederlandse Voedsel en Warenautoriteit, de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd en de Inspectie Veiligheid en Justitie. Daarmee wordt een eerste stap gezet naar een meer uniform wettelijk kader voor openbaarmaking door verschillende toezichthouders. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de wetgever met openbaarmaking beoogt de naleving van regelgeving te bevorderen en het publiek inzicht te geven in het toezicht en de uitvoering van het toezicht. Door de wijziging hoeven de toezichthouders die taken onder deze wet uitvoeren – anders dan bij publicatie op grond van de Wob – niet meer per individueel geval de afweging te maken of tot publicatie kan worden overgegaan. De gewijzigde wet schrijft generiek voor welke soorten informatie openbaar gemaakt worden. Het gaat bijvoorbeeld om uitkomsten van controles, indeling in nalevingscategorieën en kennisgevingen van intensivering van het toezicht. De regering stelt met dit voorstel bewust te kiezen 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.”<sup>24</sup>*

In een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) zal worden geregeld voor welke toezichthouder en voor welke regelgeving ‘de onder hem berustende informatie’ openbaar wordt gemaakt. Ondanks de ambitie om het kader voor openbaarmaking te uniformeren kondigde de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in een brief aan de Tweede Kamer aan dat met het oog op de verschillen in de inspectieproducten en de organisaties van de verschillende inspectiediensten de inspecties elk in hun eigen tempo en waar nodig elk op “eigen specifieke wijze” overgaan tot openbaarmaking van de verschillende categorieën informatie. Daardoor is dus, ondanks het uniforme wettelijk kader, allerminst gezegd dat de inspecties hiervan op dezelfde wijze gebruik gaan maken. Bovendien geldt dat de categorieën informatie waarvoor het nieuwe regime gaat gelden in een aparte AMvB worden aangewezen. Voor bekendmaking van overige toezichtinformatie kan nog altijd gebruik worden gemaakt van de Wob. Ondanks de goede voemens om te komen tot een meer uniform kader, laat de gewijzigde Gezondheidswet dus nog de nodige ruimte voor onderlinge verschillen en lijkt er ook beleidsmatig geen intentie tot uniformering over de betrokken toezichthouders heen.

### 3.2 Roep om transparantie bereikt zelfs het gesloten bastion van het financieel toezicht

Niet alleen de wetgeving op het gebied van het toezicht op de (gezondheids-)zorg en voedselveiligheid is in beweging. Ook ten aanzien van het traditioneel zeer gesloten financieel toezicht wordt gewerkt aan het vergroten van de wettelijke mogelijkheden tot openbaarmaking van toezichtgegevens. In 2016 consulteerde de minister van Financiën een wetsvoorstel met de titel Transparant toezicht financiële markten. In

de concept memorie van toelichting wordt gesteld dat de voorgestelde transparantie de effectiviteit van het toezicht kan vergroten en kan bijdragen aan het vertrouwen in de financiële sector en de toezichthouder.<sup>25</sup> Met de voorgestelde wetswijziging zou het voor de

financieel toezichthouders voor het eerst mogelijk worden om informatie over individuele, onder toezicht staande ondernemingen te publiceren in gevallen waarin geen sanctie is opgelegd of sprake is van een openbare waarschuwing.<sup>26</sup> Het concept wetsvoorstel regelde dat toezichthouders namen van onder toezicht staande ondernemingen kunnen noemen in rapporten waarin zij de prestaties van ondernemingen onderling met elkaar vergelijken. De voorgestelde bevoegdheid zag dus niet op de publicatie van toezichtrapporten in individuele gevallen wanneer die geen deel uitmaken van een groter onderzoek. Verder breidde het de mogelijkheden uit om het publiek te waarschuwen en regelde het dat toezichthouders kunnen reageren op informatie die door ondernemingen zelf naar buiten wordt gebracht. Belangrijke overwegingen voor de uitbreiding van de wettelijke bevoegdheden waren volgens de wetgever, dat het noemen van namen de naleving kan bevorderen doordat het bedrijven aanzet om zich te houden aan de norm of zelfs boven de norm te presteren, om zo bij een vergelijkend onderzoek als beste naar voren te komen.<sup>27</sup> Daarnaast kan het marktpartijen inzicht geven in de geldende verplichtingen en de wijze waarop de toezichthouder daar invulling aan geeft. Tot slot stelde de wetgever dat openbaarmaking het publiek beter in staat stelt om een keuze te maken tussen de verschillende aanbieders van financiële producten.<sup>28</sup>

Het feit dat het wetsvoorstel beoogde de mogelijkheid te creëren tot het publiceren van vergelijkbare toezichtresultaten was een belangrijke koerswijziging ten aanzien van transparantie in het financieel toezicht. Tot dan toe werd de uit Europese regelgeving voortvloeiende geheimhoudingsplicht zeer strikt geïnterpreteerd. Dit leidde ertoe dat de Parlementaire Enquêtecommissie Financiële Stelsel in 2012 pleitte voor meer duidelijkheid over welke informatie wel of niet onder de geheimhoudingsverplichting zou moeten vallen. De toezichthouders en de wetgever stelden zich namelijk op het standpunt dat alle informatie die is verstrekt door de onder toezicht staande onderneming onder de geheimhoudingsplicht viel, ongeacht de inhoud. De Commissie stelde daarom voor het begrip 'toezichtvertrouwelijk' in materiële zin in te vullen en daarnaast te kijken naar de termijnen voor vertrouwelijkheid. Momenteel heeft informatie voor onbepaalde tijd de status toezichtvertrouwelijk.<sup>29</sup> Met het conceptwetsvoorstel gaf de wetgever voor het eerst een minder vergaande interpretatie aan de uit de Europese regelgeving voortvloeiende geheimhoudingsplicht door te stellen dat informatie over vergelijkbare toezichtresultaten kan worden gepubliceerd. Daarbij leek de redenering te zijn dat informatie over de uitkomsten van het toezicht, anders dan informatie van ondernemingen die is gebruikt in het toezicht, niet valt onder de wettelijke geheimhoudingsplicht.

Het voorstel tot verruiming van de publicatiemogelijkheden voor de financieel toezichthouders leidde tot een sterke reactie uit de financiële sector. Die reactie betrof vooral de mogelijkheid om vergelijkende overzichten te publiceren met uitkomsten van het toezicht voor verschillende individuele ondernemingen.<sup>30</sup> Brancheorganisaties zoals de Nederlandse Vereniging van Banken wezen op het gevaar van een formalisering van de toezichtrelatie en het afnemen van de bereidheid om mee te werken aan onderzoek. Na de consultatie zijn de voorwaarden waaronder de toezichthouder vergelijkende toezichtresultaten kan publiceren in het conceptwetsvoorstel aangescherpt. Ten eerste werd toegevoegd dat de openbaarmaking moet zien op de naleving van wettelijke normen en geen betrekking kan hebben op toezichtbevindingen die geen verband houden met een wettelijke norm. Dit is een belangrijke nuance aangezien zowel DNB als AFM toezichtfilosofie mede baseren op de theorie van Harvard hoogleraar Malcolm Sparrow.<sup>31</sup> Dit betekent dat zij zich in hun toezicht niet alleen richten op de vraag welk gedrag illegaal is, maar ook op de vraag of sprake is van schadelijk gedrag. Dat laatste hoeft niet te betekenen dat tevens sprake is van de schending van een wettelijke norm. Belangrijke voorwaarden voor publicatie van toezichtresultaten zijn daarnaast dat de methode van onderzoek van de toezichthouder inzichtelijk moet zijn en dat sprake moet zijn van objectieve beoordelingscriteria. De toezichthouder zou bovendien alleen toezichtresultaten kunnen publiceren indien hij onderzoek heeft gedaan in een representatief deel van de markt. Daarmee komt de wetgever tegemoet aan het in de consultatie naar voren gebrachte bezwaar dat een vergelijking tussen verschillende instellingen een verkeerd beeld kan geven van de markt als de ondernemingen samen niet representatief zijn voor het marktsegment waarop het onderzoek zich richt. Het openbaar maken van toezichtresultaten door de financieel toezichthouders kwalificeert in het wetsvoorstel als besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Bovendien geldt een wachtermijn voor de toezichthouder alvorens hij tot publicatie kan overgaan. Binnen die wachtermijn kunnen belanghebbenden om een voorlopige voorziening verzoeken. De toezichthouder zou, zo blijkt uit de concept memorie van toelichting, verder bij de keuze om al of niet tot openbaarmaking over te gaan ook andere belangen moeten meewegen, zoals het belang van lopend onderzoek of financiële stabiliteit. Een waarschuwing mag alleen worden gegeven als het doel is het publiek snel en effectief te waarschuwen en hierdoor schade te voorkomen of te beperken. De toezichthouders zouden in geval van het publiceren van een waarschuwing dus moeten aantonen dat sprake is of zal zijn van schade. "De wetgever beoogde met de hier geschetste wijzigingen volgens de memorie van toelichting een verschuiving te realiseren in de balans tussen geheimhouding enerzijds en openbaarmaking anderzijds, in de richting van een grotere openheid. Het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel heeft echter geleid tot een fundamentele wijziging in het wetsvoorstel waardoor die balans beduidend minder wordt gewijzigd dan de minister beoogde. De Raad van State oordeelde namelijk dat een deel van het wetsvoorstel op gespannen voet staat met het Europese recht. Het ging daarbij in het bijzonder om het voornemen om de toezichthouders de bevoegdheid te geven om namen van onder toezicht staande ondernemingen te kunnen noemen in onderzoeksrapporten. De Raad van State wijst er op dat de hoofdregel in Europese richtlijnen en verordeningen ten aanzien van geheimhouding is dat vertrouwelijke gegevens niet bekend worden gemaakt, behalve in een samengevatte of geaggregeerde vorm, waarbij individuele instellingen niet kunnen worden geïdentificeerd. Uitzonderingen hierop kunnen slechts worden gemaakt voor zover ze uit de Europese regels voortvloeien. De voorgenomen bevoegdheid om namen van individuele ondernemingen te kunnen publiceren valt niet binnen een van die uitzonderingen en is daarom volgens de Raad van State in strijd met het gesloten stelsel van geheimhouding.

De minister heeft hierop besloten om de bevoegdheid tot het publiceren van onderzoeksrapporten met de namen van individuele ondernemingen uit het wetsvoorstel te schrappen. Het wetsvoorstel behelst hierdoor slechts een marginale uitbreiding van de bevoegdheden van de financieel toezichthouders om toezichtinformatie openbaar te maken. Het wetsvoorstel houdt na de wijziging nog in dat AFM en DNB kunnen waarschuwen bij alle overtredingen van de Wft als dat nodig is om schade te voorkomen of te beperken, dat AFM en DNB in spoedgevallen over kunnen gaan tot onverwijld publicatie van een waarschuwing of een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie in reactie op uitlatingen van een overtreder en dat DNB bepaalde kerngegevens openbaar kan maken die door banken worden gepubliceerd. Daarnaast wordt de rechtsbescherming van de belanghebbenden bij openbaarmaking in de Wft geïniformeerd en verhelderd en wordt deze rechtsbescherming ook van toepassing voor de openbaarmaking op grond van de Wta.

De overgebleven uitbreiding van de bevoegdheden van de toezichhouders is daarmee gering en lijkt maar beperkt te beantwoorden aan de oorspronkelijk door de minister aangehaalde behoefte van het publiek aan openheid en informatie. De minister zegt in het nader rapport Europese ontwikkelingen af te wachten."

#### 4. Conclusie

De roep om meer transparantie over de uitkomsten van toezicht is de afgelopen jaren eerder toe dan afgenomen. Een groot aantal toezichthouders publiceert op enigerlei wijze informatie over de uitkomsten van het toezicht, zowel op het niveau van individuele ondernemingen als op geaggregeerd niveau. Uit jurisprudentie blijkt dat de beoordeling van de vraag of openbaarmaking gerechtvaardigd is, nu nog in belangrijke mate afhankelijk is van de karakteristieken van de individuele casus. Dat ligt ook voor de hand nu de Wob vraagt om een afweging tussen een aantal meer individuele belangen van de onder toezicht gestelde en het belang van openbaarmaking. Een uniform wettelijk kader waaruit blijkt onder welke omstandigheden openbaarmaking gerechtvaardigd is zou uitkomst kunnen bieden. Het wettelijk kader voor de openbaarmaking van toezichtinformatie is op dit moment nog een lappendeken van verschillende regelingen.

De wetgever heeft met de nieuwe Gezondheidswet wel een stap gezet in het uniformeren van het wettelijk kader voor een aantal inspecties, maar laat daarbij nog altijd ruimte voor een verschil in uitvoering per toezichtsterrein. In de Gezondheidswet worden de mogelijkheden tot het publiceren van toezichtresultaten uitgebreid en wordt de ruimte voor individuele belangenafwegingen verkleind. Daarmee wordt een deel van de huidige onduidelijkheid over het normenkader voor openbaarmaking van toezichtresultaten verholpen. Er blijven echter ook de nodige verschillen en vragen bestaan. De Raad van State merkt terecht op dat nu de gegevens die bekend gemaakt worden door de verschillende toezichthouders dezelfde aard hebben en met die bekendmaking hetzelfde doel wordt beoogd, het voor de hand ligt om te verkennen of een algemene regeling voor openbaarmaking kan worden getroffen. Vooralsnog lijkt de regering echter geen concrete opvolging te geven aan dit advies. Daarmee wordt een kans gemist om duidelijkheid te scheppen over openbaarmaking over verschillende rechtsgebieden heen.

*Prof. mr. dr. F. de Vries*<sup>32</sup>

#### VOETNOTEN

- 1) Femke de Vries is bijzonder hoogleraar Toezicht aan de Rijksuniversiteit Groningen en tot 1 januari 2018 lid van het bestuur van de Autoriteit Financiële Markten. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel en geeft niet noodzakelijkerwijs het standpunt van de AFM weer.
- 2) A. Ottow, *Market and competition authorities. Good agency principles*, Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 100.
- 3) P. Frissen, *Het geheim van de laatste staat. Kritiek van de transparantie*, Den Haag: Boom, 2016, p. 63-64.
- 4) <https://www.internetconsultatie.nl/transparantiewet>
- 5) T. Tyler, *Why people obey the law*, Princeton: Princeton University Press, 2006.
- 6) Zie voor dit debat o.a. D.R. Doorenbos, *Naming and shaming*, (oratie, Utrecht), Deventer: Kluwer, 2006 en J.J. Reuven, A.C. Beijering-Beck, B.R.J. de Haan en M.C.T.M. Sonderegger, *Genoemd of gedoemd. Over actieve openbaarmaking door bestuursorganen*, Den Haag: Jonge VAR reeks, 2012.
- 7) Rb. Amsterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5665.
- 8) Uit eerdere jurisprudentie blijkt overigens dat een beroep op deze weigeringsgrond evenmin wordt toegewezen wanneer ondernemingen de naam van een natuurlijke persoon in hun handelsnaam voeren. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 26 juni 2012, ECLI:RBAMS:2012:BX5021.
- 9) Rb. Amsterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5665.
- 10) Rb. Amsterdam 26 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX5021.
- 11) Rb. Overijssel 15 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:470.
- 12) De ISZW voert daarnaast aan dat de informatie bekend wordt gemaakt op basis van art. 19a Wet milieubeheer.
- 13) ABRvS 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468.
- 14) Rechtsoverweging 3.6: "(...) doch slechts een beperkt gedeelte van de inspectiegegevens, te weten de naam van de overtreder, de geconstateerde overtredingen, de datum waarop de overtredingen zijn geconstateerd, de aard van het genomen bestuurlijk besluit, de locatie van de overtreding, of een rechtsgang openstaat en de eventuele reactie van de overtreder op de openbaarmaking."
- 15) <https://fd.nl/ondememen/1207718/rechter-dwingt-afm-boetebeleid-te-openbaren>, uitspraak CBB juni 2017, nog niet gepubliceerd.
- 16) F. de Vries, *Leidt transparantie tot meer vertrouwen in de toezichthouder?* (oratie Groningen) 2016.
- 17) Zie ook het kader actieve openbaarmaking controlegegevens bedrijven uit 2015, <https://www.nvwa.nl/over-de-nvwa/documenten/openbaarmakingen/algemeen/besluiten-openbaarmaking/2016m/kader-openbaarmaking-controlegegevens-nvwa-19-november-2015>
- 18) Informatie over individuele ondernemingen mag overigens wel bekend worden gemaakt in het kader van het toezicht op accountantsorganisaties op grond van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta). Deze wet valt niet onder het regime van de Europese geheimhoudingsbepaling.

- 19) Een uitzondering daarop is de bevoegdheid tot het doen van openbare waarschuwingen die is opgenomen in artikel 1:94 Wft.
- 20) Art. 1:94 en 1:97 van de Wet op het financieel toezicht. Deze artikelen zijn de implementatie van bepalingen uit de CRD IV en MIFID II richtlijnen, waarbij de wetgever ervoor heeft gekozen de werking van de bepalingen niet te beperken tot banken en beleggingsinstellingen maar toe te passen op de gehele reikwijdte van instellingen die onder de werking van de Wet op het financieel toezicht vallen. Zie ook A.A van Gelder en J. Dinant, 'Het handhavingsregime onder Mifid II', Tijdschrift voor financieel recht 2014, p. 508-514.
- 21) De bekendmaking vindt plaats in de vijfde week na vaststelling van het rapport.
- 22) Advies W 13.14.0245/III, <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken-in-adviezen/tekst-advies.html?id=11525>.
- 23) Nader rapport van 11 december 2014. <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken-in-adviezen/tekst-advies.html?id=11525>
- 24) Nader rapport van 11 december 2014 bij het advies van de Raad van State. <https://www.raadvanstate.nl/adviezen/zoeken-in-adviezen/tekst-advies.html?id=11525>
- 25) Concept memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Transparant toezicht financiële markten <https://www.internetconsultatie.nl/transparantiewet>.
- 26) De AFM beschikte al over deze bevoegdheid op grond van art. 48a van de Wet toezicht accountantsorganisaties, dat het mogelijk maakt om bevindingen en conclusies uit het accountantstoezicht openbaar te maken. Zie voor een voorbeeld van een dergelijke rapportage: <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/accountantsorganisaties/publicaties/dashboard>
- 27) Concept memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Transparant toezicht financiële markten, p. 4. <https://www.internetconsultatie.nl/transparantiewet>
- 28) Of de consument daadwerkelijk de informatie van toezichthouders gebruikt voor het maken van zijn keuzes is overigens niet geheel duidelijk. Zie daarvoor F. de Vries (2016) p. 13 e.v.
- 29) Commissie de Wit, Verloren Krediet II, Rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Financieel stelsel, Verloren Krediet II – De balans opgemaakt, Kamerstukken II 2011/12, 31980, nr. 61, blz. 60, 502.
- 30) Zie voor een voorbeeld van de beoogde wijze van publicatie de overzichten van toezichtresultaten van het toezicht op accountantsorganisaties door de AFM. <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/accountantsorganisaties/publicaties/dashboard>
- 31) M.K. Sparrow, The regulatory craft, Washington: Brookings Institutions Press, 2000.
- 32) Femke de Vries is bijzonder hoogleraar Toezicht aan de Rijksuniversiteit Groningen en tot 1 januari 2018 lid van het bestuur van de Autoriteit Financiële Markten. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel en geeft niet noodzakelijkerwijs het standpunt van de AFM weer.