

**JOR 2014/101 CBB, 30-01-2014, AWB 12/394, ECLI:NL:CBB:2014:24**  
**Misleidende handelspraktijken, Openbaarmaking van handhavingsbesluiten op grond van de Whc, Rechtbank heeft openbaarmakingsbeslissing AFM ten onrechte herroepen, AFM moet zelf een nieuwe beslissing op bezwaar nemen, Tussenuitspraak, Hoger beroep van Rb. Rotterdam 8 maart 2012, «JOR» 2012/119, m.nt. Lieveise en verband met CBb 30 januari 2014, «JOR» 2014/102, m.nt. Doets**

<b>Publicatie</b>	JOR 2014 afl. 4
<b>Publicatiedatum</b>	04 april 2014
<b>College</b>	CBB
<b>Uitspraakdatum</b>	30 januari 2014
<b>Rolnummer</b>	AWB 12/394 LJN ECLI:NL:CBB:2014:24
<b>Rechter(s)</b>	mr. Aerts mr. Doolaard mr. Smorenburg
<b>Partijen</b>	Stichting Autoriteit Financiële Markten te Amsterdam, gemachtigden: mr. P.L. Reeser Cuperus en mr. H.J. Sachse, tegen Onderneming, gemachtigden: mr. G.P. Roth en mr. M. van Eersel.
<b>Noot</b>	mr. S.M.C. Nuyten
<b>Trefwoorden</b>	Misleidende handelspraktijken, Openbaarmaking van handhavingsbesluiten op grond van de Whc, Rechtbank heeft openbaarmakingsbeslissing AFM ten onrechte herroepen, AFM moet zelf een nieuwe beslissing op bezwaar nemen, Tussenuitspraak, Hoger beroep van Rb. Rotterdam 8 maart 2012, «JOR» 2012/119, m.nt. Lieveise en verband met CBb 30 januari 2014, «JOR» 2014/102, m.nt. Doets,
<b>Regelgeving</b>	Whc - 8.8 BW Boek 6 - 193c

» **Samenvatting**

Bij uitspraak van heden («JOR» 2014/102, m.nt. Doets) heeft het College beslist op het hoger beroep dat de onderneming tegen de uitspraak van de rechtbank heeft ingesteld. Het College heeft de aangevallen uitspraak bevestigd. Dit betekent dat vaststaat dat de onderneming, doordat zij misleidende handelspraktijken heeft verricht waardoor collectieve belangen van consumenten zijn geschaad, art. 8.8 Whc in verbinding met art. 6:193c lid 1, aanhef en onder b, BW heeft overtreden. Voorts staat vast dat AFM aan de onderneming vanwege deze overtreding in redelijkheid een last onder dwangsom heeft kunnen opleggen.

Het hoger beroep van AFM is gericht tegen hetgeen de rechtbank ten aanzien van de beslissingen tot openbaarmaking van de last onder dwangsom en de boete heeft overwogen en beslist. De rechtbank heeft geoordeeld dat, omdat een deel van de feitelijke grondslag van de bestreden besluiten geen stand kan houden, ook de beslissingen tot publicatie geen stand kunnen houden, zodat die besluiten in zoverre voor vernietiging in aanmerking komen. Onder toepassing van art. 8:72 lid 4 Awb heeft de rechtbank aanleiding gezien de primaire deelbesluiten tot openbaarmaking van de last en de boete te herroepen. AFM kan zich hiermee niet verenigen en stelt dat de rechtbank ofwel AFM had moeten opdragen zelf tot een heroverweging van de publicatiebeslissingen te komen ofwel de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten op dit punt in stand had moeten laten voor zover de beslissing tot openbaarmaking zag op de overtreding van art. 8.8 Whc in verband met art. 6:193c lid 1, aanhef en onder b, BW.

Het College stelt voorop dat de Whc, anders dan de Wft, geen verplichting kent tot publicatie van de onderhavige besluiten. Ingevolge art. 2.23 lid 4 en 5 (nu: lid 3 en 4) Whc in verbinding met art. 2.23 Whc is AFM bevoegd om een beschikking omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete openbaar te maken. Het College is van oordeel dat AFM het belang bij het openbaar maken van de beschikkingen omtrent het opleggen van een last onder dwangsom en een boete zwaarder heeft mogen wegen dan het belang van de onderneming om niet tot openbaarmaking daarvan over te gaan.

Wat betreft het bestreden besluit van 17 maart 2011 (besluit 1) is het College van oordeel dat de rechtbank de handhaving in bezwaar van de beslissing tot openbaarmaking van de last onder dwangsom gedeeltelijk in stand had kunnen laten, aangezien zij de rechtsgevolgen van het bestreden besluit, voor zover de gehandhaafde last ziet op het staken en gestaakt houden van de overtreding van art. 8.8 Whc in verbinding met art. 6:193c lid 1, aanhef en onder b, BW, in stand heeft gelaten.

Ten aanzien van de beslissing tot openbaarmaking van de boete onderschrijft het College het betoog van AFM dat de rechtbank het niet heeft kunnen laten bij het na het vernietigen van het bestreden besluit van 24 augustus 2011 (besluit 2) herroepen van het boetebesluit in de plaats daarvan bepalen van de boete op een bedrag van € 50.000. Gezien het feit dat de constatering van de overtreding van art. 8.8 Whc in verbinding met art. 6:139c lid 1, aanhef en onder b, BW in beroep in stand is gebleven, is het College van oordeel dat de rechtbank AFM had moeten opdragen ten aanzien van de beslissing tot openbaarmaking van de last onder dwangsom en de boete een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen dan wel had zij omtrent de openbaarmaking zelf in de zaak moeten voorzien.

De conclusie uit het voorgaande is dat de aangevallen uitspraak geen stand kan houden.

Het College draagt AFM op om binnen zes weken na verzending van deze uitspraak de bestreden besluiten, voor zover het de beslissing tot openbaar maken van de beschikkingen omtrent het opleggen van een last onder dwangsom en een boete betreft, te herstellen op de wijze zoals aangegeven in de uitspraak.

#### » Uitspraak

##### **1. Het procesverloop in hoger beroep**

Op 17 april 2012 heeft het College van AFM een beroepschrift ontvangen, waarbij hoger beroep wordt ingesteld tegen de hiervoor vermelde, op 8 maart 2012 aan partijen verzonden, uitspraak van de rechtbank (ECLI:NL:RBROT:2012:BV8617 («JOR» 2012/119, m.nt. Lieveerse; *red.*)).

AFM heeft bij brief van 16 mei 2012 de gronden van het hoger beroep ingediend en bij brief van 18 juni 2012 heeft [onderneming] hierop gereageerd.

Op 10 september 2013 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Het hoger beroep van AFM is behandeld tezamen met het hoger beroep dat [onderneming] tegen de hiervoor vermelde uitspraak heeft ingesteld en dat bij het College is geregistreerd onder nummer 12/368. AFM heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. Reeser Cuperus, voornoemd. Van de zijde van AFM is tevens verschenen mr. R. Meijer, werkzaam bij AFM. [onderneming] werd vertegenwoordigd door mr. Roth, voornoemd, en [naam], directeur van [Holding], welke vennootschap bestuurder is van [onderneming].

Ter zitting heeft [onderneming] het College verzocht met toepassing van artikel 8:62, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) te bepalen dat het onderzoek ter zitting met gesloten deuren zal plaatshebben. Het College heeft dit verzoek afgewezen.

##### **2. De beoordeling van het geschil in hoger beroep**

2.1. Voor een uitgebreide weergave van het feitenverloop en het juridisch kader, voor zover hier van belang, verwijst het College naar zijn uitspraak van heden in de zaak 12/368 («JOR» 2014/103, m.nt. Doets; *red.*) die, zoals in het voorgaande is aangegeven, tezamen met deze zaak ter zitting is behandeld. Dit geldt ook voor de motivering van de beslissing om geen toepassing te geven aan artikel 8:62, tweede lid, Awb.

Het College ziet aanleiding hier te volstaan met aanhaling van de volgende bepalingen van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc), die – voor zover hier van belang – als volgt luiden:

“Artikel 2.23

1. De Consumentenautoriteit kan een beschikking openbaar maken omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete, met inbegrip van een beschikking dat geen last onder dwangsom of bestuurlijke boete wordt opgelegd of een toezegging door de overtreder dat een overtreding zal worden gestaakt.

(...)

3. De Consumentenautoriteit maakt een beschikking als bedoeld in het eerste lid niet eigener beweging openbaar gedurende twee weken nadat het besluit op de in artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, tenzij de overtreder de beschikking zelf heeft openbaar gemaakt, heeft doen openbaar maken of openbaarmaking met de overtreder is overeengekomen.

Artikel 3.4

(...)

4. De Stichting Autoriteit Financiële Markten kan, indien zij van oordeel is dat een overtreding van een van de wettelijke bepalingen, bedoeld in onderdeel d van de bijlage bij deze wet heeft plaatsgevonden:

- a. een bestuurlijke boete opleggen;
- b. een last onder dwangsom opleggen.

5. Met betrekking tot de toepassing van het derde en vierde lid zijn de artikelen 2.10, eerste lid, 2.15, 2.23 (...) van overeenkomstige toepassing.”

2.2. Bij de hiervoor genoemde uitspraak van heden heeft het College beslist op het hoger beroep dat [onderneming] tegen de uitspraak van de rechtbank heeft ingesteld. Het College heeft de aangevallen uitspraak, voor zover in dat hoger beroep betwist, bevestigd.

Dit betekent dat vaststaat dat [onderneming], doordat zij in de periode van november 2009 tot maart 2010 misleidende handelspraktijken heeft verricht waardoor collectieve belangen van consumenten zijn geschaad, artikel 8.8 Whc in verbinding met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, van het Burgerlijk Wetboek (BW) heeft overtreden. Voorts staat vast dat AFM aan [onderneming] vanwege deze overtreding in redelijkheid een last heeft kunnen opleggen om, kort gezegd, binnen vijf dagen de met artikel 8.8 Whc in verbinding met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW strijdige activiteiten te staken en gestaakt te houden, en dat schriftelijk aan AFM te bevestigen, bij gebreke waarvan zij een dwangsom verbeurt van € 4.000 per dag met een maximum van € 80.000. De bevestiging in hoger beroep van de uitspraak van de rechtbank betekent bovendien dat [onderneming] wegens de overtreding van voornoemde bepalingen een boete verschuldigd is van € 50.000.

Voor de overwegingen die tot dit oordeel hebben geleid, verwijst het College naar meergenoemde uitspraak.

2.3. Het hoger beroep van AFM is gericht tegen hetgeen de rechtbank ten aanzien van de beslissingen tot openbaarmaking van de last onder dwangsom en de boete heeft overwogen en beslist.

Bij besluit van 17 november 2010 heeft AFM aan [onderneming] meegedeeld dat tot openbaarmaking van dit besluit zal worden overgegaan indien een dwangsom wordt verbeurt. Bij de beslissing op bezwaar van 17 maart 2011 heeft AFM die beslissing gehandhaafd.

Bij besluit van 17 maart 2011 (ook: boetebesluit) heeft AFM meegedeeld dat zij dit besluit openbaar zal maken. De voorzieningenrechter van de rechtbank heeft het boetebesluit bij uitspraak van 12 mei 2011 (ECLI:NL:RBROT:2011:BQ4829) geschorst tot en met zes weken na de bekendmaking van de beslissing op bezwaar. In het bestreden besluit van 24 augustus

2011 heeft AFM ten aanzien van de openbaarmaking overwogen dat na het definitief worden van dit besluit aan haar eerdere beslissing tot publicatie van de boete uitvoering zal worden gegeven.

De rechtbank heeft geoordeeld dat, omdat een deel van de feitelijke grondslag van de bestreden besluiten geen stand kan houden, ook de beslissingen tot publicatie geen stand kunnen houden, zodat die besluiten in zoverre voor vernietiging in aanmerking komen. Onder toepassing van artikel 8:72, vierde lid, Awb heeft de rechtbank aanleiding gezien de primaire deelbesluiten tot openbaarmaking van de last en de boete te herroepen.

AFM kan zich hiermee niet verenigen en stelt, samengevat, dat de rechtbank ofwel AFM had moeten opdragen zelf tot een heroverweging van de publicatiebeslissingen te komen ofwel de rechtsgevolgen van de bestreden besluiten op dit punt in stand had moeten laten voor zover de beslissing tot openbaarmaking zag op de overtreding van artikel 8.8 Whc in verbinding met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW.

2.4. Het College stelt voorop dat de Whc, anders dan de Wet op het financieel toezicht, geen verplichting kent tot publicatie van de onderhavige besluiten. Ingevolge artikel 3.4, vierde en vijfde lid (nu: derde en vierde lid), Whc in verbinding met artikel 2.23 Whc is AFM bevoegd om een beschikking omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete openbaar te maken. Het College is van oordeel dat AFM het belang bij het openbaar maken van de beschikkingen omtrent het opleggen van een last onder dwangsom en een boete zwaarder heeft mogen wegen dan het belang van [onderneming] om niet tot openbaarmaking daarvan over te gaan. Aan het feit dat [onderneming] de activiteiten – het verkopen van grond als belegging – heeft beëindigd en voor (verdere) financiële schade heeft te vrezen, heeft AFM geen doorslaggevende betekenis hoeven toekennen. Het waarschuwen van de markt uit een oogpunt van generale preventie en het informeren van consumenten omtrent hun rechtspositie zijn doelen die de openbaarmaking van bedoelde beschikkingen voldoende rechtvaardigen. Voor het oordeel dat AFM van haar bevoegdheid geen gebruik zou mogen maken, ziet het College dan ook geen grond.

2.5. Wat betreft het bestreden besluit van 17 maart 2011 (in de aangevallen uitspraak aangeduid als besluit 1) is het College van oordeel dat de rechtbank de handhaving in bezwaar van de beslissing tot openbaarmaking van de last onder dwangsom gedeeltelijk in stand had kunnen laten, aangezien zij de rechtsgevolgen van het bestreden besluit van 17 maart 2011, voor zover de gehandhaafde last ziet op het staken en gestaakt houden van de overtreding van artikel 8.8 Whc in verbinding met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW, in stand heeft gelaten.

Ten aanzien van de beslissing tot openbaarmaking van de boete onderschrijft het College het betoog van AFM dat de rechtbank het niet heeft kunnen laten bij het na het vernietigen van het bestreden besluit van 24 augustus 2011 (in de aangevallen uitspraak aangeduid als besluit 2) herroepen van het boetebesluit en in de plaats daarvan bepalen van de boete op een bedrag van € 50.000. Gezien het feit dat de constatering van de overtreding van artikel 8.8 Whc in verbinding met artikel 6:193c, eerste lid, aanhef en onder b, BW in beroep in stand is gebleven, is het College van oordeel dat de rechtbank AFM had moeten opdragen ten aanzien van de beslissing tot openbaarmaking van de last onder dwangsom en de boete een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen dan wel had zij omtrent de openbaarmaking zelf in de zaak moeten voorzien.

De conclusie uit het voorgaande is dat de aangevallen uitspraak, voor zover in onderhavig hoger beroep bestreden, geen stand kan houden.

2.6. Het College constateert dat AFM in hoger beroep primair heeft verzocht haar op te dragen omtrent de hier aan de orde zijnde publicatiebeslissingen nieuwe besluiten op bezwaar te nemen. Tegen dit verzoek heeft [onderneming] geen verweer gevoerd.

Ingevolge artikel 22, zesde lid, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, zoals deze wet luidde vóór 1 januari 2013, kan het College het bestuursorgaan opdragen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen of te laten herstellen. In het principiële karakter van de voorliggende kwestie, waarin de wetgever niet heeft voorzien, en het belang bij een spoedige beëindiging van het geschil, ziet het College aanleiding AFM op grond van deze bepaling op te dragen het gebrek, voor zover het de beslissing tot openbaar maken van de beschikkingen omtrent het opleggen van een last onder dwangsom en een boete betreft, in de bestreden besluiten van 17 maart 2011 en 24 augustus 2011 te herstellen. AFM dient met inachtneming

van hetgeen het College in deze uitspraak en de uitspraak van heden in zaak 12/368 heeft overwogen de publicatiebeslissingen te heroverwogen in het licht van al hetgeen tot op heden is gepasseerd. In de heroverwogen besluiten dient AFM in samengevatte vorm op schrift te stellen welke informatie zij in de plaats van de oorspronkelijke besluiten openbaar zal maken. Hiertoe zal een termijn van zes weken worden gesteld.

Nadat de bestreden besluiten van 17 maart 2011 en 24 augustus 2011 zijn hersteld of vervangen zal [onderneming] in de gelegenheid worden gesteld schriftelijk te reageren. Vervolgens zal op het hoger beroep van AFM worden beslist.

### 3. De beslissing

Het College draagt AFM op om binnen zes weken na verzending van deze uitspraak:

– de bestreden besluiten van 17 maart 2011 en 24 augustus 2011, voor zover het de beslissing tot openbaar maken van de beschikkingen omtrent het opleggen van een last onder dwangsom en een boete betreft, te herstellen op de wijze zoals aangegeven in overweging 2.6 van deze uitspraak, en

– bedoelde besluiten aan het College toe te zenden.

#### » Noot

1. De hiervoor gepubliceerde uitspraak heeft betrekking op de openbaarmaking van handhavingsbesluiten op grond van de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) door de AFM. Het is een tussenuitspraak op het hoger beroep van de AFM. In diezelfde procedure en op dezelfde datum deed het CBB al een einduitspraak op het hoger beroep van de betrokken onderneming. Deze uitspraak is hierna opgenomen onder «JOR» 2014/102, m.nt. Doets. Voor de feiten en omstandigheden van deze procedure verwijs ik naar deze **annotatie** van mr. Doets. Hierna geef ik alleen – na een schets van het wettelijk kader – een kort overzicht van de voor de beslissingen over openbaarmaking relevante feiten.

2. Op grond van de Whc is de AFM bevoegd, maar niet verplicht een besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom openbaar te maken (art 3.4, tweede lid jo. 2.23 Whc, vaak aangeduid als publiceren). Het voornemen tot openbaarmaking moet vooraf aan de geadresseerde van het boete- of dwangsombesluit bekend worden gemaakt en hij moet in de gelegenheid worden gesteld daartegen een zienswijze te geven. De AFM moet met het openbaar maken wachten totdat twee weken zijn verstreken na de bekendmaking van het besluit aan de geadresseerde (art 2.23, derde lid Whc). Die wachperiode kan de geadresseerde gebruiken om de voorzieningenrechter te verzoeken het openbaarmakingsbesluit te schorsen (Vzngr. Rb. Rotterdam 6 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BK9798). Deze openbaarmakingsbepalingen dienen ter implementatie van art 4, zesde lid, sub e en f van Verordening 2006/2004: de bevoegde autoriteit moet ten minste het recht krijgen beslissingen gericht op beëindiging van inbreuken waar passend openbaar te maken.

3. Het openbaarmakingsstelsel onder de Whc wijkt daarmee af van de openbaarmaking die in de Wet op het financieel toezicht (Wft) is voorzien. De Wft *verplicht* de AFM tot openbaarmaking van boetebesluiten na het onherroepelijk worden daarvan (art. 1:98 Wft) en voorts, in bij wet bepaalde gevallen, ook reeds na bekendmaking van het boetebesluit (art. 1:97 Wft). Besluiten tot oplegging van een last onder dwangsom moet de AFM bekendmaken indien en zodra een dwangsom wordt verbeurd (art. 1:99 Wft). Van die verplichting mag de AFM slechts afwijken als de openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het toezichtdoel van de Wft. Het stelsel van de Whc kent geen openbaarmakingsverplichting maar een openbaarmakingsbevoegdheid en sluit daardoor meer aan bij de openbaarmaking van handhavingsbesluiten op grond van art. 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob): de actieve openbaarmakingsplicht die voor veel andere toezichthouders de grondslag vormt voor de openbaarmaking van handhavingsbesluiten. Hoewel de Wob niet op de AFM van toepassing is bij de uitoefening van Wft-bevoegdheden (art. 1, aanhef en sub c Besluit bestuursorganen WNo en Wob), is deze wel van toepassing bij de uitoefening van Whc-bevoegdheden, zodat de bevoegdheid tot openbaarmaking ook hierop gebaseerd had kunnen worden. Toch heeft de expliciete grondslag in de Whc toegevoegde waarde: deze leidt ertoe dat de rechter die over het handhavingsbesluit oordeelt ook bevoegd is te oordelen over de openbaarmaking en geeft een verplichting vooraf een zienswijze aan betrokkene te vragen.

4. Het uitgangspunt ten aanzien van openbaarmaking zal in de Whc naar verwachting overigens op korte termijn wijzigen. Het voorstel voor de Stroomlijningswet voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM) (33 622, op 13 maart 2014 is het wetsvoorstel behandeld in de vaste commissie voor economische zaken van de Eerste Kamer) wijzigt de openbaarmakingsbepalingen van de Whc. Voor de ACM, als opvolger van de Consumentenautoriteit, zal een verplichting tot openbaarmaking van boete- en andere sanctiebesluiten gaan gelden (art. 12u-12v Instellingswet ACM), die ook van toepassing is op besluiten op grond van de Whc. Voor de AFM geldt die wijziging echter niet. In een voorgesteld nieuw art. 3.4a Whc wordt bepaald dat de AFM sanctiebesluiten en toezeggingen openbaar “kan” maken (artikel XVI, sub R voorstel Stroomlijningswet ACM). In theorie kan daardoor verschil optreden tussen het openbaarmakingsbeleid van de ACM en van de AFM. In de praktijk blijkt de AFM zo ruim gebruik te maken van haar bevoegdheid, dat verschillen niet te verwachten zijn.

5. In de hiervoor gepubliceerde uitspraak had de AFM aan de betrokken onderneming zowel een bestuurlijke boete als een last onder dwangsom opgelegd. De AFM besloot voorts op grond van art. 2.23 Whc de bestuurlijke boete openbaar te maken na bekendmaking aan de geadresseerde en de last onder dwangsom na verbeurte van een dwangsom. Ten aanzien van de openbaarmaking van het dwangsbesluit zocht de AFM aldus aansluiting bij de Wft. Op grond van de Wft mag een last onder dwangsom pas openbaar worden gemaakt na verbeurte van een dwangsom. De Whc maakt openbaarmaking al mogelijk nadat het besluit aan de geadresseerde bekend is gemaakt. Tegen beide handhavingsbesluiten en tegen beide openbaarmakingsbeslissingen is door de betrokken onderneming bezwaar gemaakt bij de AFM. Ten aanzien van het boetebesluit en de openbaarmaking daarvan is voorts een voorlopige voorziening verzocht aan de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam. De voorlopige voorziening is toegewezen: zowel het boetebesluit als de openbaarmakingsbeslissing zijn geschorst tot zes weken na de beslissing op bezwaar (Vzng. Rb. Rotterdam 12 mei 2011, «JOR» 2011/229, m.nt. Voerman en Reijmer). De AFM heeft vervolgens de bezwaren ongegrond verklaard. De AFM heeft de beslissing tot openbaarmaking van het dwangsbesluit bij verbeurte van een dwangsom gehandhaafd en besloten dat de bestuurlijke boete zal worden gepubliceerd nadat deze onherroepelijk is geworden. De onderneming heeft tegen deze beslissingen op bezwaar beroep ingesteld. De rechtbank heeft de beroepen gegrond verklaard, de boete met 75% verlaagd (van € 200.000 naar € 50.000) en de last onder dwangsom deels herroepen. Omdat een deel van de feitelijke grondslag van de besluiten geen stand houdt, heeft de rechtbank voorts de beslissingen tot openbaarmaking herroepen (Rb. Rotterdam 8 maart 2012, «JOR» 2012/119, m.nt. Lieveerse). De onderneming stelt hoger beroep in om de resterende delen van het boete- en dwangsbesluit aan te vechten. De AFM stelt hoger beroep in ten aanzien van de herroeping van de openbaarmakingsbeslissingen.

6. In de uitspraak van 30 januari 2014 («JOR» 2014/102, m.nt. Doets) oordeelt het CBb het hoger beroep van de onderneming ongegrond en bevestigt de aangevallen uitspraak. Na die uitspraak oordeelt het CBb in de hiervoor gepubliceerde tussenuitspraak over het hoger beroep van de AFM. Het CBb overweegt dat vaststaat dat de onderneming de door de rechtbank omschreven overtreding heeft begaan – die beperkter was dan de overtredingen die de AFM aan de besluiten ten grondslag had gelegd – en dat de AFM daarvoor een last onder dwangsom en een boete heeft kunnen opleggen. Het CBb overweegt vervolgens dat de AFM bevoegd is een boete- of dwangsbesluit openbaar te maken en daartoe ook na afweging van de betrokken belangen in dit geval heeft mogen beslissen. Uit de uitspraak blijkt dat de onderneming de betrokken activiteiten inmiddels heeft gestaakt en (verdere) financiële schade heeft te vrezen, maar daarin ziet het CBb geen aanleiding te oordelen dat de AFM bij afweging van de belangen – hetgeen op grond van art. 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) moet gebeuren nu geen sprake is van een openbaarmakingsverplichting – had moeten afzien van openbaarmaking van de besluiten. Het CBb overweegt dat die gevolgen niet opwegen tegen de doelen van openbaarmaking: waarschuwing van de markt uit oogpunt van generale preventie en het informeren van consumenten over hun rechtspositie (r.o. 2.4). Daarmee sluit het CBb aan bij eerdere uitspraken over het doel van openbaarmaking. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam in een uitspraak over openbaarmaking van een boetebesluit op grond van de Pensioenwet, die net als de Whc geen openbaarmakingsverplichting bevat, dat zelfs als alle betrokkenen al zijn geïnformeerd een rechtmatig belang bij openbaarmaking kan bestaan in de bekendmaking in het algemeen dat de toezichthouder scherp toezicht houdt (Rb. Rotterdam 29 februari 2012, «JOR» 2012/215). De vraag kan worden gesteld of kan worden volgehouden dat openbaarmakingsbesluiten ook in zulke gevallen niet als punitieve sanctie aangemerkt mogen worden. Generale preventie is immers – in afwijking van waarschuwing van een specifieke groep betrokken belanghebbenden – juist een doel van punitieve sancties.

7. Het CBb overweegt vervolgens dat de rechtbank niet de volledige openbaarmakingsbesluiten had mogen herroepen, nu de AFM bevoegd was de door de rechtbank gewijzigde boete en last onder dwangsom openbaar te maken. De rechtbank had volgens het CBb de AFM moeten opdragen ten aanzien van de openbaarmaking een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen. Het CBb draagt vervolgens de AFM op – met toepassing van een bestuurlijke lus – alsnog de openbaarmakingsbesluiten te herstellen. Het CBb overweegt dat het principiële karakter van de voorliggende kwestie waarin de wetgever niet heeft voorzien en het belang bij spoedige beëindiging van het geschil daartoe aanleiding geven. Daarmee lijkt het CBb te impliceren dat de bestuurlijke lus niet snel mag worden ingezet in deze procedure. Dat uitgangspunt verbaast binnen de bestaande jurisprudentiële lijn die gericht is op finale geschilbeslechting (inmiddels vastgelegd in art. 8:41a Awb). Uit de opdracht aan de AFM “in samengevatte vorm op schrift te stellen welke informatie zij in de plaats van de oorspronkelijke besluiten openbaar zal maken” lijkt te volgen dat het CBb meent zelf onvoldoende in staat te zijn het geschil definitief af te doen. In zo’n situatie is toepassing van de bestuurlijke lus de eerstvolgende te overwegen methode om te komen tot finale geschilbeslechting. En daarvan is gebruikgemaakt. Wellicht heeft de overweging te maken met het feit dat het deels gaat om een openbaarmakingsbeslissing bij een boetebesluit. De wetgever heeft overwogen dat de bestuurlijke lus niet toegepast mag worden bij boetebesluiten. Het CBb heeft echter al in eerdere boetezaken toch aanleiding gezien de bestuurlijke lus toe te passen (CBb 14 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV9430). En het CBb past de bestuurlijke lus in dit geval niet toe ten aanzien van het boetebesluit, maar ten aanzien van het openbaarmakingsbesluit, dat als separaat besluit(onderdeel) wordt aangemerkt. Wellicht geeft het CBb in de einduitspraak op het hoger beroep van de AFM nog enige duiding aan deze opmerking.

mr. S.M.C. Nuyten, advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam