

JOR 2014/103 CBB, 06-02-2014, AWB 11/1163, ECLI:NL:CBB:2014:43
Overtreding van art. 4:23 Wft, Verzoek tot behandeling zaak met gesloten deuren afgewezen, Openbaarmaking van boetebesluit, Rechtbank heeft ten onrechte het openbaarmakingsbesluit herroepen, Hoger beroep van Rb. Rotterdam 17 november 2011, «JOR» 2012/17, m.nt. Voerman en Kuiper en verband met CBb 6 februari 2014, «JOR» 2014/73

Publicatie	JOR 2014 afl. 4
Publicatiedatum	04 april 2014
College	CBB
Uitspraakdatum	06 februari 2014
Rolnummer	AWB 11/1163 LJN ECLI:NL:CBB:2014:43
Rechter(s)	mr. Van Lierop mr. Bolt mr. Smorenburg
Partijen	Stichting Autoriteit Financiële Markten, gemachtigden: mr. E.J. Daalder en mr. M.L. Batting, tegen X BV, gemachtigde: mr. C.W.M. Lieverse.
Noot	mr. S.M.C. Nuyten
Trefwoorden	Overtreding van art. 4:23 Wft, Verzoek tot behandeling zaak met gesloten deuren afgewezen, Openbaarmaking van boetebesluit, Rechtbank heeft ten onrechte het openbaarmakingsbesluit herroepen, Hoger beroep van Rb. Rotterdam 17 november 2011, «JOR» 2012/17, m.nt. Voerman en Kuiper en verband met CBb 6 februari 2014, «JOR» 2014/73,
Regelgeving	Wft - 1:97 Wft - 1:98 Wft - 4:23

» **Samenvatting**

Het College heeft het verzoek van X BV de zaak te behandelen met gesloten deuren afgewezen. Daartoe is als volgt overwogen. In art. 8:62 lid 1 Awb is bepaald dat de zitting openbaar is. In lid 2 is bepaald dat het onderzoek ter zitting geheel of gedeeltelijk zal plaatshebben met gesloten deuren indien naar het oordeel van de rechter wordt voldaan aan een van de in lid 2 (limitatief) opgesomde criteria. X BV heeft als reden aangevoerd dat behandeling van de zaak in het openbaar de zin doet ontvallen aan de schorsing door de rechtbank van de publicatie op grond van art. 1:97 Wft en het (mogelijk) aanwenden van rechtsmiddelen tegen de publicatie op grond van art. 1:98 Wft. Uit de aangevallen uitspraak volgt dat de rechtbank de publicatie op grond van art. 1:97 Wft heeft herroepen, zodat ten tijde van de zitting van het College de door X BV aangevoerde reden alleen kan zien op de situatie van art. 1:98 Wft. Deze reden valt niet onder een van de in art. 8:62 lid 2 Awb genoemde criteria zodat deze niet kan leiden tot het maken van een uitzondering op de regel dat de zitting openbaar is.

Het College is van oordeel dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat AFM gehouden was haar beslissing tot vroegtijdige publicatie als bedoeld in art. 1:97 Wft, waartegen door X BV bezwaar was gemaakt, te heroverwegen. Nu die heroverweging niet heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank het beroep van X BV terecht in zoverre gegrond verklaard wegens schending van art. 7:11 Awb.

Het College is voorts van oordeel dat het hoger beroep slaagt voor zover de rechtbank aanleiding heeft gezien om op de voet van art. 8:72 lid 4 Awb zelf in de zaak te voorzien en om het besluit, voor zover het ziet op publicatie, te herroepen. Ten onrechte heeft de rechtbank overwogen dat het publicatiestelsel van afdeling 1.5.2 van de Wft meebrengt dat de door de

voorzieningenrechter uitgesproken schorsing van het besluit tot openbaarmaking van het boetebesluit op grond van art. 1:97 Wft niet meer kan leiden tot een openbaarmaking van dat besluit voordat het – in bezwaar gehandhaafde – boetebesluit onherroepelijk is geworden. Het College verwijst naar zijn uitspraken van 24 april 2012, «JOR» 2012/120, m.nt. Voerman en Tillema en 7 mei 2013, «JOR» 2013/211. In die uitspraken heeft het College overwogen dat hij – anders dan de rechtbank – niet inziet dat het stelsel van de Wft met betrekking tot de openbaarmaking van boetebesluiten zich ertegen zou verzetten dat, in een situatie waarin de voorzieningenrechter van de rechtbank de openbaarmaking van het boetebesluit heeft geschorst, openbaarmaking als bedoeld in art. 1:97 Wft (alsnog) plaatsvindt nadat de getroffen voorlopige voorziening is vervallen. In dit geval is de schorsing van het besluit tot openbaarmaking op grond van art. 8:85 lid 2 Awb vervallen op het moment dat de rechtbank uitspraak heeft gedaan. Daarmee herleeft het besluit tot openbaarmaking. Dit betekent dat de rechtbank ten onrechte aanleiding heeft gezien het primaire besluit, voor zover het ziet op publicatie, te herroepen.

Het College vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover het besluit, voor wat betreft de toepassing van art. 1:97 Wft, is herroepen.

» Uitspraak

1. Het procesverloop

Bij besluit van 27 oktober 2010 heeft AFM [bedrijfsnaam] een boete opgelegd van € 30.000,- omdat [bedrijfsnaam] in drie dossiers geen dan wel onvoldoende informatie heeft ingewonnen, waardoor zij haar advies in die dossiers niet mede heeft kunnen baseren op alle benodigde informatie. Volgens AFM heeft [bedrijfsnaam] daarmee artikel 4:23, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) overtreden. Voorts heeft AFM besloten tot openbaarmaking van het besluit tot het opleggen van de boete op grond van artikel 1:97 Wft.

De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam (hierna: voorzieningenrechter) heeft bij uitspraak van 23 december 2010 (AWB 10/4384) het verzoek van [bedrijfsnaam] om een voorlopige voorziening toegewezen, het besluit tot openbaarmaking op grond van artikel 1:97 Wft geschorst en aan deze schorsing geen termijn verbonden.

Het door [bedrijfsnaam] tegen het besluit van 27 oktober 2010 gemaakte bezwaar heeft AFM bij besluit van 25 maart 2011 ongegrond verklaard.

De rechtbank heeft het beroep tegen dit besluit bij bovengenoemde uitspraak (ECLI:NL:RBROT:2011:BU5317) gegrond verklaard voor zover het ziet op het besluit tot openbaarmaking als bedoeld in artikel 1:97 Wft, onder vernietiging van het besluit op bezwaar in zoverre en herroeping van het besluit van 27 oktober 2010 in zoverre, en het beroep voor het overige ongegrond verklaard.

AFM heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak.

Ook [bedrijfsnaam] heeft hoger beroep ingesteld tegen deze uitspraak. Op dit hoger beroep, geregistreerd onder zaaknummer 11/1161, wordt heden afzonderlijk uitspraak gedaan.

Bij brief van 20 januari 2012 heeft AFM de gronden van het hoger beroep ingediend. Daarop heeft [bedrijfsnaam] bij brief van 29 februari 2012 gereageerd.

Op 24 september 2013 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad. Partijen zijn verschenen bij hun gemachtigden. Namens AFM zijn tevens verschenen R.E.P. van Leeuwen, M.S. Snijder en S.J.G. Janssen, allen werkzaam bij AFM. Namens [bedrijfsnaam] zijn tevens verschenen [naam 1] en [naam 2], beiden werkzaam bij [bedrijfsnaam].

Ter zitting heeft [bedrijfsnaam] het College verzocht te bepalen dat het onderzoek zal plaatshebben met gesloten deuren. Het College heeft dit verzoek afgewezen.

2. De beoordeling van het geschil in hoger beroep

2.1. Het College heeft het verzoek van [bedrijfsnaam] de zaak te behandelen met gesloten deuren afgewezen. Daartoe is als volgt overwogen.

In artikel 8:62, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is bepaald dat de zitting openbaar is. In het tweede lid van genoemd artikel is bepaald dat het onderzoek ter zitting

geheel of gedeeltelijk zal plaatshebben met gesloten deuren indien naar het oordeel van de rechter wordt voldaan aan een van de in het tweede lid (limitatief) opgesomde criteria. [bedrijfsnaam] heeft als reden aangevoerd dat behandeling van de zaak in het openbaar de zin doet ontvallen aan de schorsing door de rechtbank van de publicatie op grond van artikel 1:97 Wft en het (mogelijk) aanwenden van rechtsmiddelen tegen de publicatie op grond van artikel 1:98 Wft. Uit de aangevallen uitspraak volgt dat de rechtbank de publicatie op grond van artikel 1:97 Wft heeft herroepen, zodat ten tijde van de zitting van het College de door [bedrijfsnaam] aangevoerde reden alleen kan zien op de situatie van artikel 1:98 Wft. Deze reden valt niet onder een van de in artikel 8:62, tweede lid, Awb genoemde criteria zodat deze, wat daar verder van zij, niet kan leiden tot het maken van een uitzondering op de regel dat de zitting openbaar is. Daarmee komt aan het beginsel van openbaarheid van de zitting doorslaggevende betekenis toe. In de Wft is voorts geen wettelijke basis te vinden die in dit geval tot een andersluidend oordeel dient te leiden. Nu de rechtbank de publicatie op grond van artikel 1:97 Wft niet heeft geschorst maar heeft herroepen, kan de door [bedrijfsnaam] bepleite analoge toepassing in hoger beroep van artikel 1:101, derde lid, Wft in dit geval reeds hierom niet aan de orde zijn.

2.2. Het hoger beroep van AFM richt zich tegen het oordeel van de rechtbank voor zover dat betrekking heeft op het besluit tot openbaarmaking van de boete als bedoeld in artikel 1:97 Wft en, in verband daarmee, de veroordeling van AFM in de proceskosten.

2.3. Het College is in de eerste plaats van oordeel dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat AFM gehouden was haar beslissing tot vroegtijdige publicatie als bedoeld in artikel 1:97 van de Wft, waartegen door [bedrijfsnaam] bezwaar was gemaakt, te heroverwegen. Nu die heroverweging niet heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank het beroep van [bedrijfsnaam] terecht in zoverre gegrond verklaard wegens schending van artikel 7:11 van de Awb.

2.4. Het College is voorts van oordeel dat het hoger beroep slaagt voor zover de rechtbank aanleiding heeft gezien om op de voet van artikel 8:72, vierde lid, Awb zelf in de zaak te voorzien en om het besluit van 27 oktober 2010, voor zover het ziet op de publicatie als bedoeld in artikel 1:97 Wft, te herroepen. Ten onrechte heeft de rechtbank overwogen dat het publicatiestelsel van afdeling 1.5.2 van de Wft meebrengt dat de door de voorzieningenrechter uitgesproken schorsing van het besluit tot openbaarmaking van het boetebesluit op grond van artikel 1:97 van de Wft niet meer kan leiden tot een openbaarmaking van dat besluit voordat het – in bezwaar gehandhaafde – boetebesluit onherroepelijk is geworden. Het College verwijst naar zijn uitspraken van 24 april 2012 (ECLI:NL:CBB:2012:BW3574) en 7 mei 2013 (ECLI:NL:CBB:2013:CA1185). In die uitspraken heeft het College overwogen dat hij – anders dan de rechtbank – niet inziet dat het stelsel van de Wft met betrekking tot de openbaarmaking van boetebesluiten zich er tegen zou verzetten dat, in een situatie waarin de voorzieningenrechter van de rechtbank de openbaarmaking van het boetebesluit heeft geschorst, zonder nadere termijnbepaling, openbaarmaking als bedoeld in artikel 1:97 van de Wft (alsnog) plaatsvindt nadat de getroffen voorlopige voorziening is vervallen. In dit geval is de schorsing van het besluit tot openbaarmaking op grond van artikel 8:85, tweede lid, Awb vervallen op het moment dat de rechtbank uitspraak heeft gedaan. Daarmee herleeft het besluit tot openbaarmaking. Dit betekent dat de rechtbank ten onrechte aanleiding heeft gezien het primaire besluit van 27 oktober 2010, voor zover het ziet op de publicatie als bedoeld in artikel 1:97 Wft, te herroepen.

2.5. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd voor zover daarbij het besluit van 27 oktober 2010, voor wat betreft de toepassing van artikel 1:97 Wft, is herroepen.

2.6. Voor een proceskostenveroordeling in hoger beroep bestaat geen aanleiding.

3. De beslissing

Het College vernietigt de aangevallen uitspraak voor zover het besluit van 27 oktober 2010, voor wat betreft de toepassing van artikel 1:97 Wft, is herroepen.

» Noot

1. De hiervoor gepubliceerde uitspraak heeft betrekking op de openbaarmaking van een boetebesluit op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft) door de AFM en de openbaarheid van de zitting waarop een (hoger) beroep over die openbaarmaking wordt behandeld.

2. Bij besluit van 27 oktober 2010 heeft de AFM aan de onderneming een boete opgelegd van € 30.000 en besloten dit boetebesluit openbaar te maken (inmiddels gepubliceerd op de website van de AFM). De onderneming heeft bezwaar gemaakt bij de AFM en heeft de voorzieningenrechter verzocht het boetebesluit en de openbaarmakingsbeslissing te schorsen. Dat verzoek is toegewezen bij uitspraak van 23 december 2010 (ongepubliceerd). De AFM heeft de bezwaren van de onderneming ongegrond verklaard en daartegen heeft de onderneming beroep ingesteld. Dit beroep is alleen ten aanzien van de openbaarmaking op grond van art. 1:97 Wft (de vroegtijdige openbaarmaking na bekendmaking van het besluit aan de onderneming) gegrond verklaard omdat de AFM de openbaarmakingsbeslissing in strijd met art. 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet had heroverwogen in de beslissing op bezwaar (Rb. Rotterdam 17 november 2011, «JOR» 2012/17, m.nt. Voerman en Kuiper). Zowel de AFM als de onderneming stelden hoger beroep in. Het hoger beroep van de onderneming is bij uitspraak van 6 februari 2014 ongegrond verklaard («JOR» 2014/73). Die uitspraak zag alleen op de vraag of de AFM terecht een boete heeft opgelegd. Het CBb beantwoordde deze vraag bevestigend. De hiervoor gepubliceerde uitspraak, is de uitspraak op het hoger beroep van de AFM. Dat hoger beroep ziet alleen op de openbaarmaking van het boetebesluit en de wijze waarop het hoger beroep werd behandeld.

3. Volgens de inmiddels vaste lijn van het CBb (CBb 24 april 2012, «JOR» 2012/220, m.nt. Voerman en Tillema; CBb 7 mei 2013, «JOR» 2013/111, m.nt. Nuyten onder «JOR» 2013/112) vervalt de schorsing van een beslissing tot openbaarmaking zonder nadere termijnbevestiging op het moment waarop de rechtbank uitspraak op het beroep doet (conform art. 8:85, tweede lid Awb). De verplichting tot openbaarmaking van het boetebesluit herleeft dan. De rechtbank heeft daarom naar het oordeel van het CBb ten onrechte de publicatiebeslissing herroepen. De uitspraak van de rechtbank is echter gedaan voordat deze vaste lijn door het CBb werd gevolgd. De Rechtbank Rotterdam ging er toen van uit dat een schorsing van de publicatiebeslissing op grond van art. 1:97 Wft definitief was. Inmiddels volgt de rechtbank in uitspraken de hiervoor genoemde lijn van het CBb.

4. De uitspraak bevat ook een aantal overwegingen over de openbaarheid van de zitting. De onderneming had verzocht om behandeling achter gesloten deuren. Dat verzoek is door het CBb afgewezen omdat geen van de limitatief opgesomde criteria van art. 8:62, eerste lid Awb zich volgens het CBb voordeed. Het CBb overweegt dat in de bestreden uitspraak de beslissing tot openbaarmaking van het boetebesluit op grond van art. 1:97 Wft is herroepen, zodat alleen de openbaarmaking op grond van art. 1:98 Wft nog aanleiding kan zijn voor een zitting achter gesloten deuren. Hoewel soortgelijke overwegingen over de openbare behandeling van beroepen en hoger beroepen in meer uitspraken zijn terug te vinden, meen ik dat bij dit oordeel de bedoeling van de wetgever wat al te ver buiten beeld is geraakt. Dat wekt vooral verbazing nu het juist gaat om een procedure waar de rechter in de bedoeling van de wetgever aanleiding heeft gezien zonder concrete wettelijke grondslag de mogelijkheid van bezwaar en beroep tegen een openbaarmakingsbeslissing aan te nemen (zie: C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Boom juridische uitgevers, 2012, p. 763).

5. Art. 1:101 Wft bepaalt dat een verzoek om voorlopige voorziening tegen een openbaarmakingsbeslissing ex art. 1:97 Wft door de rechtbank achter gesloten deuren wordt behandeld. Wordt het verzoek toegewezen, dan wordt ook het bezwaar niet openbaar behandeld. En als beroep wordt ingesteld tegen de beslissing op bezwaar, wordt ook dat beroep achter gesloten deuren behandeld door de rechtbank. Deze bepaling is bij amendement aan de Wft toegevoegd (*Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 52*) om te voorkomen dat bij een toegewezen verbod tot openbaarmaking, de naam van betrokkene alsnog in de openbaarheid komt doordat er bijvoorbeeld een journalist bij de behandeling aanwezig is (*Handelingen II 21 juni 2006, p. 93-5707*). Dat doel, dat de wetgever met art. 1:101 Wft heeft nagestreefd, wordt niet bereikt als een hoger beroep in het openbaar wordt behandeld nadat de rechtbank in de bodemzaak heeft geoordeeld dat geen openbaarmaking mag plaatsvinden.

6. In een uitspraak van 30 januari 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:25) wees het CBb ook een verzoek om behandeling achter gesloten deuren af. In die uitspraak overwoog het CBb dat er een substantieel verschil is tussen de beslissing tot actieve openbaarmaking van een sanctiebesluit op grond van een wettelijke bepaling (in dat geval de Wet handhaving consumentenbescherming) en de mogelijkheid dat een consument door de openbaarheid van een rechtszitting van het bestaan van zo'n sanctiebesluit op de hoogte zou komen. Zoals blijkt uit de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis van de Wft, zag de wetgever dat verschil echter juist niet.

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