

OPINIE

Dient toezicht volledig transparant te zijn?

B.R. Combée & D.P. Kuipers

*In de rubriek *Opinie* legt de redactie een stelling over een toezichtonderwerp voor aan een tweetal experts. Dit keer gaat de stelling over de transparantie van toezicht. De stelling die in dit nummer werd voorgelegd luidt: 'Toezicht dient volledig transparant te zijn.'*

Transparantie en openbaarheid cruciaal voor goed toezicht

Drs. B.R. Combée

Stel: een toezichthouder ontdekt dat het er in de keuken van een restaurant zeer onhygiënisch aan toegaat. Hij maakt er een melding van, het restaurant wordt aangesproken, maar voor er een openbare sanctie is opgelegd zijn we maanden verder. In de tussentijd gaat de inspecteur in kwestie echt niet in dat restaurant eten, maar u en ik weten niets van de vieze keuken en bestellen er rustig een maaltijd.

Of neem een financiële dienstverlener die zich niet houdt aan zijn zorgplicht. Daar spreekt de toezichthouder hem op aan, maar gedurende de periode dat hierover vertrouwelijk gecorrespondeerd wordt, gaat de misstand gewoon door en worden consumenten gedupeerd.

Een rechtsstaat beschermt zowel consumenten als bedrijven. Daar horen zorgvuldige procedures bij. In de praktijk leidt dat er echter toe dat tussen het vaststellen van een overtreding, het openbaar maken van de naam van de overtreder en het feitelijk handhaven door een toezichthouder maanden zitten, en soms zelf meer dan een jaar. In de tussentijd kan de overtreding gewoon doorgaan en zijn consumenten er niet van op de hoogte dat zij mogelijk schade lijden door het gedrag van een bedrijf.

Er is een groot consumentenbelang mee gediend om consumenten zo spoedig mogelijk te informeren over de risico's die zij blijkbaar lopen door met dat bedrijf zaken te doen, zelfs als de overtreding nog niet officieel is vastgesteld, maar er al wel een gerechtvaardigd vermoeden van een serieuze overtreding bestaat. Dat is de enige effectieve manier om (verdere) individuele en maatschappelijke schade te voorkomen.

De vraag is natuurlijk welk belang het zwaarste weegt: dat van de ondernemer om niet ten onrechte publiekelijk beschuldigd te worden, of dat van de consument om geen schade te ondervinden als gevolg van een overtreding.

Beide worden beschermd door de wet. Het bestaansrecht van bedrijven is echter dat ze ten dienste staan van hun klanten. Daarom weegt uiteindelijk het consu-

mentenbelang zwaarder. De maatschappij heeft het meeste baat bij bescherming van de consument. Dat is ook in het belang van alle bedrijven die zich wel netjes gedragen.

Toezichthouders zijn er om de consumenten te beschermen. Voor het vertrouwen van de maatschappij dat zij deze taak goed uitvoeren, is maximale transparantie nodig.

Effectief toezicht is afschrikwekkend, verandert verkeerd marktgedrag en voorkomt verdere financiële en vertrouwensschade bij consumenten. Snelle openbaarmaking van namen van (vermoedelijke) overtreders en van de aard van de overtrekking hoort daarbij.

Een kritische beschouwing van transparant toezicht

Mr. D.P. Kuipers

Op het eerste gezicht klinkt de stelling zeer redelijk. Een transparante toezichthouder, die inzichtelijk maakt op welke wijze toezicht wordt uitgeoefend en waar die toezichtshandelingen toe leiden; wie kan daar nu tegen zijn? Het publiek, en zeker de consument, moet toch gewaarschuwd worden voor bedrijven of personen die de wet overtreden en transparantie is hét middel daartoe. Toch veroorloof ik mij een aantal kritische kanttekeningen bij deze stelling, al was het maar omdat toezichthouders in de praktijk niet onfeilbaar zijn. Toezichthouders nemen – als het goed is – een zwaarwichtige positie in, zodat door de politiek, media en publieke opinie veel gewicht wordt toegekend aan de uitspraken en besluiten van toezichthouders. Juist deze gezaghebbendheid maakt dat enige bedachtzaamheid voor de schade die kan worden aangericht indien een toezichthouder al dan niet met het nodige aplomp een onjuist besluit openbaar gemaakt heeft of ten onrechte handhavend is opgetreden, op zijn plaats is. Ook – of juist! – een waarschuwing van een toezichthouder met betrekking tot de handelwijze van een concreet bedrijf of concrete persoon kan dan ook grote reputatieschade berokkenen. En wat als dat ten onrechte blijkt te zijn gebeurd?

Transparantie is zonder meer in de mode. In het conceptwetsvoorstel voor de zogenoemde Stroomlijningswet voor de nieuwe toezichthouder ACM waarin naar verwachting per 1 januari 2013 OPTA, NMa en Consumentenautoriteit zullen samensmelten, wordt dan ook de nodige aandacht besteed aan de noodzaak van transparant toezicht. Deze transparantie moet onder meer tot uiting komen in de wettelijk verplichte publicatie van sanctiebesluiten zoals voorzien is in artikel 12r van het Stroomlijningswetsvoorstel.

Natuurlijk zal ik niet ontkennen dat transparantie ook voor toezichthouders goede kanten heeft. Waar het knelt en waar de stelling mijns inziens dan ook dient te worden ingeperkt, is waar transparantie bij de toezichthouder de belangen van derden op negatieve wijze raakt. Dit geldt juist in sanctietrajecten, dat wil zeggen onderzoeken en procedures waarin een toezichthouder sancties wegens overtrekking van wettelijke verplichtingen kan opleggen aan onder toezichtgestelde (rechts)personen. Om die reden gaat het Stroomlijningswetsvoorstel mijns

inziens dan ook te ver door ongeclausuleerde openbaarmaking van sanctiebesluiten in de wet te willen opnemen, met name wanneer daarbij zelfs de op grond van de Wob vereiste belangenafweging achterwege wordt gelaten. Dat de belangenafweging niet meer door het bestuursorgaan wordt gedaan, is niet alleen nadelig voor de betrokken partijen maar houdt ook extra belasting van het rechtssysteem in.

Hoewel het natuurlijk interessant is voor het grote publiek om te weten welke onderzoeken een toezichthouder uitvoert (en waaraan het belastinggeld waaruit de toezichthouder wordt gefinancierd wordt besteed), kunnen uitlatingen daaromtrent door een toezichthouder veel (reputatie)schade toebrengen aan de in het onderzoek betrokken ondernemingen of personen. Dat geldt met name wanneer die betrokkenen nog niet eens kennis hebben genomen van de omvang van de verdenkingen, de aanleiding van het onderzoek of de aangevoerde bewijsmiddelen. Dan staat transparantie van toezicht immers op gespannen voet met de in artikel 6 EVRM verankerde onschuldpresumptie.¹ Niet voor niets hebben civiele rechters zowel de NMa, OPTA als de Consumentenautoriteit in het verleden op de vingers getikt omdat deze toezichthouders voorbarig in de openbaarheid traden zonder nadrukkelijk de onschuldpresumptie te respecteren.²

Onderzoek naar de effecten van sanctiebesluiten van toezichthouders heeft uitgezeten dat de reputatieschade voor de betrokken onderneming of persoon het grootst is op het moment dat een sanctiebesluit van een toezichthouder (of zelfs het starten van een sanctieonderzoek) bekendgemaakt wordt. Ook al blijkt later dat de toezichthouder verkeerd zat en dat het betreffende besluit ten onrechte genomen of het onderzoek zonder resultaat uitgevoerd is, dit vermindert de veroorzaakte reputatieschade voor de betrokken personen niet of nauwelijks. Deze blijkt feitelijk onomkeerbaar.

Niet voor niets worden sanctiebesluiten door de bestuursrechters ‘vol’ getoetst; de impact van dergelijke besluiten voor de betrokken ondernemingen en/of personen is groot, niet alleen door de opgelegde sancties zelf maar ook door de met bekendmaking daarvan gepaard gaande reputatieschade. Er is dan ook veel voor te zeggen om met bekendmaking van een sanctiebesluit, niet alleen het besluit zelf maar ook het dictum, te wachten tot nadat de betrokkenen het sanctiebesluit aan de rechter ter toetsing hebben kunnen voorleggen. De veelgehoorde rechtvaardiging voor directe publicatie – naast waarschuwing van het publiek met name transparantie – weegt mijns inziens niet op tegen het belang van de betrokken (rechts)personen om eerst het besluit door een rechter te laten toetsen. Want hoe onafhankelijk een toezichthouder ook is, sanctiebesluiten blijken bij de volle rechterlijke toetsing in de praktijk toch wel eens te bestaan uit doelredeneringen of te berusten op gebrekkig onderzoek c.q. bewijsmateriaal. Zolang dit in de rechtspraak het geval is, lijkt mij weinig reden te bestaan om bij wet te verplichten tot publicatie van sanctiebesluiten en betrokken (rechts)personen te dwingen tot een gang naar de voorzieningenrechter om dit te voorkomen op basis van een

1 Bijvoorbeeld bij de door Nieuwsuur gefilmde inval door de NMa bij de mobiele operators op 6 december 2011, zie <www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1117856>.

2 Zie onder meer de uitspraken LJN AO5781, LJN AS9694 en LJN BA4603.

Dient toezicht volledig transparant te zijn?

belangenafweging die nooit heeft plaatsgevonden of vanwege een *prima facie* onrechtmatig besluit.

Daar komt bij dat de doeleinden die de wetgever, althans de minister van EL&I, en de toezichthouders beogen te bereiken met directe bekendmaking van sanctiebesluiten, veelal ook op andere – voor de betrokkenen minder schadelijke – manieren bereikt kunnen worden of best enig uitstel kunnen lijden.

Afrondend kom ik dan ook tot de stelling: transparantie is prima, maar wel met mate en vooral met inachtneming van waarborgen voor de gerechtvaardigde belangen van ondernemingen en personen die de schadelijke en onomkeerbare gevolgen van voortijdige en onterechte transparantie kunnen ondervinden.